CeCo
CentroCompetencia

Análisis económico del Derecho Público

Robert. D. Cooter
Michael D. Gilbert

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

Análisis económico del Derecho Público
Santiago, Región Metropolitana, 2025

© Robert. D. Cooter, Michael D. Gilbert. 2025

La traducción de esta obra fue solicitada a sus autores por el CentroCompetencia UAI ("CeCo"), con el fin de ser publicada en la página web www.centrocompetencia.com

Traductor: Ignacio Peralta Fierro. Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Investigador del CentroCompetencia de la Universidad Adolfo Ibáñez (CeCo).

Diseño y Diagramación: Isidora Val

Se autoriza la reproducción parcial de este documento citando la fuente.

Cualquier comentario sobre la obra, por favor enviar un correo a centrocompetencia@uai.cl.

Junio, 2025

Robert Cooter

Robert Cooter es un pionero en el campo del análisis económico del derecho. Se educó en Swarthmore College, la Universidad de Oxford y la Universidad de Harvard. Después de obtener su doctorado en economía en 1975, se unió a la facultad de economía en Berkeley. En 1980 se unió a la facultad de derecho de Berkeley, donde actualmente es el Profesor Herman F. Selvin, emérito. Cooter ha dictado clases sobre análisis económico del derecho y una variedad de cursos conjuntamente con abogados, incluyendo contratos, responsabilidad civil extracontractual, sociedades, servicios financieros, teoría de la adjudicación y antropología.

Es coautor de *Law and Economics* (6ª edición, 2011, con Thomas Ulen; también traducido al español, portugués, italiano, húngaro, japonés, chino, coreano y farsi), *The Strategic Constitution* (Princeton, 2000), y *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations* (Princeton, 2012, con Hans-Bernd Schäfer). Cooter ha publicado una amplia variedad de artículos aplicando el análisis económico al derecho privado, al derecho constitucional y al derecho en países en desarrollo.

Michael Gilbert

Michael Gilbert es vicedecano y Profesor de Derecho Perre Bowen en la Universidad de Virginia (UVA). Imparte cursos sobre derecho electoral, legislación y análisis económico del derecho. Su investigación actual se centra en la desinformación, la corrupción y el papel de las preferencias "prosociales" como la empatía en el derecho. Sus investigaciones han sido publicadas en múltiples revistas de derecho, publicaciones arbitradas y volúmenes editados, y ha dado conferencias en todo Estados Unidos y alrededor del mundo.

Gilbert ha sido profesor visitante en la Universidad Panthéon-Assas en París y en la Universidad Torcuato di Tella en Buenos Aires, entre otros lugares. Ha recibido el Premio Universitario a la Enseñanza de la UVA y el Premio a la Enseñanza Distinguida del Consejo Estudiantil. Fue el director inaugural del Centro de Derecho Público y Economía Política de Derecho UVA, y es miembro de Convergencia, una red internacional de académicos que estudian las regulaciones económicas y sociales. Es miembro electo del American Law Institute.

Agradecimientos

El traductor agradece a Felipe Irarrázabal por el impulso a realizar esta traducción, a Juan Pablo Iglesias por su apoyo durante la realización del proyecto, y a José Tomás Saavedra y Fernanda Ruiz por su apoyo técnico.

Además, el traductor agradece a Robert Cooter y Michael Gilbert por la oportunidad de traducir esta monumental obra

Tabla de contenidos

15 **Presentación del libro**

18 ***Primera Parte: Introducción al análisis económico del Derecho Público***

21 1. La teoría positiva del análisis económico del derecho

24 2. Análisis económico del derecho en su vertiente normativa

26 3. Análisis económico del derecho en su vertiente interpretativa

28 4. Haciendo que el análisis económico sea relevante para el Derecho Público

30 5. Organización del libro

33 ***Segunda Parte: Teoría de la Negociación***

35 1. Teoría Positiva de la Negociación

35 1.1. Conflicto versus cooperación
38 1.2. Acuerdos Mixtos
42 1.3. Intercambio de Votos
44 1.4. Esfera de Cooperación
46 1.5. Teorema de Coase (desde el derecho privado)
50 1.6. Teorema de Coase (desde el derecho público)
54 1.7. El teorema de Coase ¿una Regla Práctica o una Ley de la Naturaleza?

55 2. Teoría Normativa de la Negociación

55 2.1. Eficiencia
56 2.2. Representación
59 2.3. Distribución y Bienestar Social

62 3. Fallas de la Negociación

62 3.1. Externalidades, Bienes Públicos y el *Free Riding*
69 3.2. Asimetría de Información
74 3.3. Monopolio

80 4. Teoría Interpretativa de la Negociación

80 4.1. El problema de la Intención Legislativa
82 4.2. La teoría de la Negociación en la Interpretación

90 *Tercera Parte: Aplicaciones de la teoría de la negociación*

91 1. Sobre la regulación

92 1.1. Congestión y externalidades
96 1.2. Regulación e información
99 1.3. El mecanismo de mercado
102 1.4. ¿Coase o Hobbes?
103 1.5. Sobre la responsabilidad

105 2. Federalismo

106 2.1. Externalidades legales
108 2.2. El principio de internalización
110 2.3. Introducción al Artículo I. Sección 8
115 2.4. Federalismo de Acción Colectiva
120 2.5. Una Revisión del Comercio

124 3. Separación de Poderes

124 3.1. Distintas maneras de separar poderes
126 3.2. Separación y Competencia
128 3.3. Pesos y contrapesos
131 3.4. Negociación entre poderes del estado
135 3.5. Tómalo o déjalo
137 3.6. ¿Un enfriador?

141 *Cuarta Parte: Teoría del Voto*

143 1. Teoría Positiva del Voto

144 1.1. ¿Por qué votar?
146 1.2. ¿Por qué abstenerse?
148 1.3. Representando las Preferencias de un Votante
149 1.4. Agregando Votos: Regla de Mayoría
153 1.5. El Mediano en los Cuerpos Gobernantes
154 1.6. Intransitividad
157 1.7. El Teorema del Caos
159 1.8. ¿Por qué hay tanta estabilidad?
164 1.9. Procedimientos de Votación Alternativos

168 2. Teoría Normativa del Voto

168 2.1. Eficiencia de Pareto
169 2.2. Bienestar Social
173 2.3. Sin equilibrio

174 3. Teoría Interpretativa del Voto

175 3.1. Democracia de Mediana y Democracia de Negociación
180 3.2. Intencionalismo e Intransitividad
182 3.3. La Teoría Mediana de la Interpretación

190 ***Quinta Parte: Aplicaciones a la Votación***

192 1. El Derecho al Voto

192 1.1. Un sistema de sufragio inclusivo
197 1.2. Un sistema de votación inclusivo y Externalidades
200 1.3. Compensación de Errores
202 1.4. La Comunidad Política Óptima
205 1.5. Información para los Votantes
208 1.6. Transparencia
213 1.7. Fraude Electoral

218 2. Estructuras de Representación

219 2.1. El tamaño de las Legislaturas
221 2.2. Bicameralismo
224 2.3. La regla de mayoría y la Representación Proporcional
229 2.4. Una persona, un voto
232 2.5. *Gerrymandering*
239 2.6. El Colegio Electoral

242 3. Competencia entre Gobiernos

242 3.1. Democracia Directa
245 3.2. ¿Qué es un Asunto?
251 3.3. Movilidad
253 3.4. Gobiernos Locales y Autonomía Municipal

258 ***Sexta Parte: Teoría del Atrincheramiento***

260 1. Teoría Positiva del Atrincheramiento

261 1.1. Compromisos Creíbles
266 1.2. Atrincheramiento y Equilibrios
269 1.3. Atrincheramiento e Incrementalismo
271 1.4. Haciendo generalizaciones a partir de la regla de supermayoría
274 1.5. Atrincheramiento e inestabilidad

278 2. Teoría normativa del atrincheramiento

279 2.1. Bienestar y democracia
282 2.2. Bienestar y minorías
287 2.3. Estabilidad y costos de transición

290 2.4. Estabilidad y Racionalidad
293 2.5. Sobre el Atrincheramiento Óptimo

299 3. Teoría interpretativa del atrincheramiento

299 3.1. Sobre los precedentes
302 3.2. La Teoría Interpretativa de las Transiciones

309 ***Séptima Parte: Aplicaciones de la teoría del Atrincheramiento***

311 1. Derechos

312 1.1. Definiciones de Derechos
313 1.2. Derechos y atrincheramiento
316 1.3. Costos de Transacción y Derechos
320 1.4. Coase versus Hobbes Revisitado
324 1.5. Derechos en venta
327 1.6. Condiciones Inconstitucionales
332 1.7. Derechos Locales o Universales
334 1.8. Balanceando Derechos

338 2. Igualdad

338 2.1. Discriminación por el Estado
340 2.2. Niveles de Estudio
342 2.3. Discriminación en un mercado perfecto
344 2.4. Discriminación en un mercado imperfecto
347 2.5. Señales Discriminatorias

354 3. Libertad de Expresión

354 3.1. Señales Discriminatorias
357 3.2. Discurso público y externalidades positivas
360 3.3. Discurso y Congestión
361 3.4. Discursos dañinos
367 3.5. El discurso mercantil
369 3.6. Difamación

373 4. Actualización Constitucional

374 4.1. Las actualizaciones judiciales limitan las enmiendas legales
377 4.2. Ventaja Institucional y Cambio Constitucional
381 4.3. Atrincheramiento y Actualización

385 ***Octava Parte: Teoría de la Delegación***

388 1. El Juego de la Delegación

388 1.1. Principales y Agentes
390 1.2. El Juego Estratégico

391 1.3. Cuándo Delegar
393 1.4. Cuánto Delegar
398 1.5. Rendiciones de Cuentas versus Experiencia
401 1.6. Supervisión Unilateral
404 1.7. Principales Múltiples

408 2. El Juego de las Reglas

409 2.1. Reglas, Estándares y Delegación
411 2.2. El Juego Estratégico
413 2.3. Cuándo Usar Reglas y Estándares
415 2.4. Grados de precisión
418 2.5. Redactar y aplicar - ¿Invertir ahora o después?

421 3. Análisis Normativo de la Delegación

421 3.1. Delegación como Oferta o como orden
424 3.2. Externalización y Aliados
427 3.3. Delegación y Representación

430 4. Teoría Interpretativa de la Delegación

430 4.1. Las reglas interpretativas
432 4.2. La regla de la delegación
434 4.3. Aplicación de la regla de delegación

441 ***Novena Parte:Aplicaciones de la teoría de la Delegación***

443 1. Agencias y Derecho Administrativo

444 1.1. La Doctrina Chevron
446 1.2. ¿Qué maximizan las agencias?
450 1.3. Competencia Institucional
455 1.4. *Chevron* Revisitado

462 2. Límites legales a la delegación

462 2.1. La doctrina de no delegación
466 2.2. El costo de prohibir la delegación
467 2.3. El principio de no delegación y representación

471 3. Cabildeo, Búsqueda de Rentas y Capturas de Agencias

472 3.1. Subsidios y Regulaciones
477 3.2. Cabildeo
482 3.3. *Loncherismo*

489 4. Corrupción y Financiamiento de Campañas

490 4.1. La regulación del soborno
492 4.2. Negociación y Sobornos
497 4.3. Contribuciones de Campaña
504 4.4. Gastos Independientes

513 ***Décima Parte: Teoría de la adjudicación***

516 1. Teoría positiva del proceso legal

517 1.1. El valor de una demanda
523 1.2. Negociación de acuerdos extrajudiciales
525 1.3. Ningún acuerdo
532 1.4. Externalidades de la litigación
537 1.5. El juicio
545 1.6. Apelación

551 2. Comportamiento Judicial

551 2.1. El Modelo Legal
556 2.2. El Modelo Actitudinal
557 2.3. El Modelo Estratégico: Separación de Poderes
563 2.4. El Modelo Estratégico: Jerarquía Judicial

570 3. Teoría Normativa de la Adjudicación

570 3.1. Precisión en la determinación de hechos
574 3.2. Interpretar de manera precisa
578 3.3. Indemnización y reglas supletorias

585 4. Teoría Interpretativa de la Adjudicación

586 4.1. Intencionalismo
590 4.2. El Principio Interpretativo de los Incentivos

595 ***Décimo primera Parte: Aplicando la teoría de la adjudicación***

597 1. Métodos de interpretación

598 1.1. Texto versus intención
603 1.2. Derecho y coordinación
609 1.3. Comunicación en el largo plazo
613 1.4. Costos de transición
616 1.5. Justicia y excepciones
621 1.6. Epílogo sobre la interpretación

623 2. Doctrina

624 2.1. Revisitando la distinción entre reglas y estándares
628 2.2. Ciclos doctrinarios
631 2.3. Reglas profilácticas
635 2.4. Sobre precedentes y "Pendientes Resbaladizas"
641 2.5. Aquiescencia al precedente

644 3. Puzles y Paradojas

644 3.1. La Regla de Marks
650 3.2. La Paradoja Doctrinal
655 3.3. Instrasitividad en el Tribunal

661 ***Décimo segunda Parte: Teoría del enforcement***

664 1. Teoría Positiva del *enforcement*

664 1.1. Los costos y beneficios de violar la ley
669 1.2. La "Ley" de la Disuasión
671 1.3. La Ley en los libros y la ley en la práctica
675 1.4. *Enforcement* a través de acuerdos extrajudiciales
681 1.5. Irracionalidad y Descuento

685 2. Teoría normativa del *enforcement*

686 2.1. *Enforcement* y bienestar social
689 2.2. Bienestar social y Disuasión
693 2.3. Disuasión Óptima
698 2.4. Las multas frente a las penas privativas de libertad

702 3. Teoría Interpretativa del *enforcement*

702 3.1. Sobre los Remedios
705 3.2. Introducción al Desacato
708 3.3. Teoría Económica del Desacato
716 3.4. Desacato en el Derecho Público

721 ***Décimo tercera Parte: Aplicaciones de la teoría del enforcement***

723 1. El Derecho detrás del *enforcement*

724 1.1. Introducción a la Cuarta Enmienda
730 1.2. Análisis económico de los registros
736 1.3. Revisando la regla de exclusión y la inmunidad calificada

742 2. *Enforcement* y Diseño Legal

743 2.1. Haciendo enforcement de Reglas y Estándares
746 2.2. Reglas Insinceras

753 2.3. Estándares de Prueba

757 3. Más Allá de la Disuasión

758 3.1. El derecho como Información
762 3.2. El derecho y la Reputación
766 3.3.El derecho y la coordinación
774 3.4. Re-coordinación y Equilibrios Esquinados
780 3.5. Cambio de Preferencias

784 4. Legitimidad Judicial

785 4.1. Definiendo la legitimidad
787 4.2. Las virtudes pasivas
790 4.3. Modelando el cumplimiento de la ley

Presentación del libro

Por CeCo UAI

Felipe Irarrázabal Philippi (Director CentroCompetencia UAI)
Juan Pablo Iglesias Mujica (Coordinador de investigación CentroCompetencia UAI)
Junio, 2025

El análisis económico del derecho –o *law and economics*, como suele mencionarse en la literatura anglosajona– tardó en llegar y asentarse en Latinoamérica, y el ecosistema en que actualmente habita es, ante todo, aquel del Derecho Privado, sobre todo el derecho civil. Así, en el derecho privado, esta forma de análisis ha encontrado desde hace ya algunas décadas un terreno fértil para desplegar sus herramientas, enfocándose en los contratos, la responsabilidad civil, la asignación de derecho de propiedad y otros tópicos a través de modelos de eficiencia, incentivos y cálculo de costo-beneficio.

Sin embargo, en lo que respecta al Derecho Público, la adopción de estas herramientas ha tendido a ser más tímida, a pesar de que sus aplicaciones resultan tan o más relevantes que en la esfera del Derecho Privado. La traducción al castellano de *Public Law & Economics* (2022) de Robert Cooter y Michael Gilbert constituye un aporte significativo para revertir este desface.

El valor de esta obra no radica solamente en la calidad de sus autores –ambos reconocidos académicos con vasta experiencia en el análisis económico del derecho– sino también en el hecho de que ofrece un marco conceptual potente y adaptable para entender y repensar las instituciones públicas. Cooter y Gilbert brindan un conjunto de herramientas analíticas que permiten mirar de otra manera las funciones del Poder Legislativo, las decisiones de la Administración y el rol de los jueces. Así, este libro no solo es una contribución académica a un campo en permanente expansión, sino que es, sobre todo, una lúcida exposición del rendimiento de las herramientas del análisis económico del derecho, que invita a jueces, practicantes y académicos a seguir analizando y practicando el derecho a partir de estos instrumentos.

El libro, además, es importante porque nos hace repensar, en alguna medida, cuál es el significado esencial de la tradición jurídica a la que pertenecen los países hispanoparlantes. Dichos países se caracterizan, en general, por una formación jurídica más formalista o textualista que aquella que

caracteriza a los países de la tradición de *common law*, de donde se origina el análisis económico del derecho. En efecto, la tradición continental, por un lado, da mayor peso al texto de la ley y la exégesis, mientras que la tradición del *common law*, propia de países anglosajones, se caracteriza por una aproximación más flexible hacia la ley, y más consecuencialista. Por ello, el análisis económico del derecho puede servir de base para reexaminar críticamente algunas de sus normas (con el fin de modificarlas), a la vez que dinamizar su interpretación.

Este libro introduce al lector a un enfoque que considera el Derecho como un sistema de incentivos, capaz de influir en las decisiones de individuos y organizaciones -un precio implícito-, y de moldear la conducta de los poderes públicos. Y lo hace desde tres perspectivas: una *positiva*, mediante la cual busca explicar cómo operan las instituciones en los hechos, una *normativa*, donde busca evaluar el desempeño de las instituciones, y una *interpretativa*, que contribuye a una adecuada exégesis de las disposiciones normativas. Cada una de esas perspectivas puede enriquecer nuestra cultura jurídica, al entregar perspectivas novedosas de las normas y las instituciones que se encargan de sus aplicaciones. Dado que el libro adopta estas tres perspectivas, no se queda en describir lo que actualmente ocurre, sino que también, a partir de un análisis a veces crítico, propone soluciones y formas novedosas para interpretar el Derecho.

Dicho lo anterior, vale la pena hacer algunas acotaciones en cuanto a la utilidad de este libro. Sobre el particular, se podría señalar que la perspectiva que entrega esta obra resulta especialmente útil para el Poder Legislativo. El Congreso, en su función de dictar leyes, debe necesariamente tomar en cuenta los efectos de las normas que dicta. El enfoque que proponen Cooter y Gilbert ofrece un marco que va más allá del análisis de principios y derechos: invita a preguntarse cómo ciertas normas alteran los comportamientos, qué incentivos crean en las personas y cuáles son las consecuencias previsibles –y, a veces, no intencionadas– de las leyes. En tiempos en que la proliferación normativa y la complejidad social exigen soluciones más informadas y racionales, este libro ofrece a los integrantes del Poder Legislativo y sus asesores un prisma valioso para pensar en las consecuencias de sus decisiones y actuar con mayor precisión.

A su vez, para la Administración Pública, este libro también constituye un útil insumo. El análisis económico que despliegan los autores no se queda en la teoría, sino que también examina cómo la Administración, en la práctica, opera bajo ciertos principios del análisis económico del derecho. Así, desde la relación entre un principal y sus agentes (lo que nosotros conoceríamos como la relación

entre un mandante y su mandatario), hasta la deferencia que debería recibir la Administración por parte del Poder Judicial, Cooter y Gilbert desmenuzan una plétora de aspectos claves para la operación del sistema administrativo.

Finalmente, este libro también permite entender el Poder Judicial desde una nueva perspectiva. Aquello, pues ilumina desde su enfoque particular debates antiguos, como aquel referido a la determinación de la intención del legislador, señalando que esta probablemente se pueda hallar analizando los puntos de negociación que se manifestaron en el Congreso respecto a la aprobación de una ley.

Primera Parte
Introducción al análisis económico del Derecho Público

Introducción al análisis económico del Derecho Público

El rey Juan y los barones negociaron la Carta Magna en 1215. Tres mil años antes, Hammurabi promulgó su famoso código. El derecho es una disciplina bastante antigua. En comparación, la economía es nueva. Adam Smith sentó sus bases en 1776 con su obra maestra *Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones.* Desde entonces, los economistas han estudiado e influido en varios asuntos de *policy*[*]. Sin embargo, durante la mayor parte de ese tiempo, los economistas no han estudiado ni influido en el derecho, al menos no en el sentido en que los abogados utilizan el término.

Para los abogados, el "derecho" significa más que una cuestión de *policy*. El derecho abarca constituciones, leyes, regulaciones, tratados, costumbres y casos anteriores. El derecho implica cierto tipo de razonamiento. Para decidir si un caso anterior rige en un caso actual, los abogados razonan por analogía. Para determinar derechos y obligaciones, los abogados interpretan el derecho. A través de la interpretación, los jueces determinan el significado del derecho. La interpretación puede conducir a decisiones monumentales, como cuando la Corte Suprema de EE. UU. sostuvo que la Constitución prohíbe la segregación racial en las escuelas públicas[1]. Según Alexander Hamilton, uno de los Fundadores de la Constitución de EE. UU., "Las leyes son letra muerta sin los tribunales para exponer y definir su verdadero significado y operación[2]".

Para resolver casos, los jueces aplican el derecho a los hechos. Antes de la década de 1960, los economistas proporcionaban los hechos en algunos temas relacionados al análisis de ciertos mercados. Por ejemplo, los economistas podían haber estimado la cuota de mercado de una

[*] Nota del traductor: aquí opté por dejar el término "policy" originalmente usado en el libro, pues se acostumbra usarlo en el ámbito académico hispanoparlante, y, por lo general, no existe una traducción muy clara. Con tal término se refiere generalmente a cuestiones guiadas por conocimiento experto relativamente consensuado respecto de cómo realizar políticas públicas.

[1] Brown v. Bd. of Ed. of Topeka, Shawnee Cnty., Kan., 347 U.S. 483 (1954). Utilizamos el estilo de citación Bluebook con algunas excepciones menores, la principal siendo que no utilizamos formas abreviadas. Esto evita que los lectores tengan que buscar la información completa de la cita. Para los casos, la cita comienza con el nombre del caso, seguido del volumen del reporte en el que se publicó el caso, el nombre abreviado del reportero del caso, la página en la que comienza el caso y el año de la decisión. Para los artículos, la cita comienza con el(los) autor(es), seguido del nombre del artículo, el número de volumen de la revista en la que aparece, el nombre abreviado de la revista, la primera página del artículo y el año de publicación. Las citas para otros tipos de trabajos son autoexplicativas.

[2] THE FEDERALIST No. 22, en 112 (Alexander Hamilton) (Ian Shapiro ed., 2009).

empresa para un caso de derecho de antitrust, o podrían haber calculado los salarios perdidos por un trabajador lesionado en un accidente. En casos como estos, los economistas proporcionaban los insumos necesarios para la operación del derecho, pero no hacían mucho más que esto.

A partir de la década de 1960, la relación entre la economía y el derecho cambió drásticamente[3]. La economía se expandió a áreas tradicionales del derecho, especialmente el derecho penal, el derecho de propiedad, el derecho de contratos y el derecho de responsabilidad civil (el derecho de los accidentes). Los economistas comenzaron a hacerse preguntas como estas: ¿Cuál de las partes en un accidente debe asumir sus costos? ¿Cuál es el remedio eficiente para un incumplimiento de contrato? ¿Castigos más severos disuadirán más crímenes?

La economía cambió el estudio y práctica del derecho. Hoy en día, las principales facultades de derecho en muchos países tienen economistas en sus facultades; programas de doble titulación (un doctorado en economía y un grado en derecho) existen en muchas universidades importantes; las revistas de derecho publican rutinariamente artículos utilizando análisis económico; y varias revistas se dedican exclusivamente al campo. Muchas áreas del derecho, como el derecho corporativo y el derecho de insolvencia, se enseñan desde la perspectiva del análisis económico del derecho. En los Estados Unidos, muchos importantes académicos que se especializan en el análisis económico del derecho se han convertido en jueces. Existen organizaciones profesionales que se especializan en el análisis económico del derecho en Asia, Europa, América del Norte, América del Sur y en otros lugares. Dos economistas que ayudaron a fundar el campo, Ronald Coase y Gary Becker, recibieron el Premio Nobel de Economía.

El análisis económico ha disfrutado de un éxito notable en el derecho. Sin embargo, aún tiene espacio para crecer. Los abogados dividen el derecho en dos partes: público y privado. El derecho privado involucra relaciones privadas entre individuos. Cuando el dueño de una casa contrata a alguien para que la pinte, el derecho privado rige su acuerdo. Cuando un conductor lesiona a un peatón, el derecho privado resuelve esta disputa. El derecho público involucra al estado. El derecho público establece los poderes del gobierno y los derechos fundamentales como la libertad de expresión y la religión. El derecho público regula la guerra, la contaminación, la inmigración, las elecciones, la discriminación, la educación y la salud.

La mayor parte del trabajo relativo al análisis económico del derecho aborda el derecho privado. El análisis económico del derecho privado ha ejercido una enorme influencia en la academia y

[3] El nacimiento del moderno análisis económico del derecho generalmente se remonta a dos artículos: Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. Econ. 1 (1960) y Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, 70* Yale L.J. 499 (1961).

enseñanza jurídica. En comparación, el análisis económico del derecho público no ha tenido tanto impacto. No queremos decir que los académicos no hayan escrito en esta área. Muchas obras importantes aplican el análisis económico a temas de derecho público. Discutiremos muchas de esas obras en este libro. Fuera del derecho penal, sin embargo, el análisis económico ha tenido una influencia limitada en el estudio y enseñanza del derecho público. Cuando enseñan derecho constitucional, los académicos generalmente no piensan en el análisis económico. Cuando discuten casos sobre elecciones, los abogados no preguntan "¿Qué dicen los economistas sobre el voto?" Cuando interpretan estatutos, los jueces no utilizan modelos económicos.

Creemos que la economía puede iluminar el derecho público de la misma manera que ha iluminado el derecho privado. Este libro intenta mostrar cómo y por qué. Nuestra ambición es hacer que el derecho público y la economía sean tan influyentes como su contraparte, el derecho privado.

Para explicar el potencial que tiene el análisis económico del derecho público, comenzamos discutiendo sus raíces. El análisis económico del derecho procede bajo tres perspectivas: positiva, normativa e interpretativa. La teoría positiva predice cuándo surgen las leyes y cómo las personas responden a ellas. La teoría normativa evalúa las leyes utilizando diferentes concepciones de eficiencia. La teoría interpretativa determina el significado del derecho. Elaboraremos brevemente cada perspectiva[4]. Aunque hemos tratado de ser claros, algunos lectores pueden encontrar esta discusión un poco abrumadora. A partir del próximo capítulo y a lo largo del libro, trabajaremos con estas ideas paso a paso.

1. La teoría positiva del análisis económico del derecho*

Los integrantes del poder legislativo hacen leyes para lograr ciertos objetivos. Para ilustrar, estos bajan el límite de velocidad para así ralentizar el tráfico y los reguladores ponen límites a las emisiones para reducir la contaminación. Para lograr estos objetivos, el derecho generalmente debe influir en el comportamiento de las personas. Así, el comportamiento de las personas suele ser relevante para la creación, revisión, derogación e interpretación del derecho. La economía

[4] Nuestra discusión se basa en Robert D. Cooter y Michael D. Gilbert, *Constitutional Law and Economics, en* RESEARCH METHODS IN CONSTITUTIONAL LAW: A HANDBOOK (Malcolm Langford y David S. Law eds., 2021).

* Nota del traductor: en su versión original, el término "positiva" era "positive", referido a una "positive theory". Una traducción quizás intuitiva llevaría a señalar que lo que hay es una teoría "positivista", en el sentido que se le ha dado a esa expresión en la doctrina que algunos llaman "positivismo jurídico", la que, en general, enfatiza cuestiones como que el derecho y la moral no están necesariamente conectadas (no importa para estos efectos si la anterior es una descripción totalmente precisa de la familia del positivismo jurídico). A lo largo del libro, los autores no se refieren a la doctrina del positivismo jurídico; si lo hicieran, aludirían a una "positivist theory", no a una "positive theory". Con "positive theory" o "teoría positiva", los autores, más bien, se refieren a cuestiones como lo que efectivamente caracteriza cierto asunto que es tratado en el libro.

proporciona una teoría del comportamiento. Dicha teoría se basa en tres conceptos: preferencias, maximización y equilibrio. Explicaremos brevemente cada uno[5].

Los economistas asumen que las personas pueden ordenar jerárquicamente el beneficio o la recompensa que le traen diferentes resultados. Así, un consumidor puede clasificar bienes: café gourmet, zapatos de cuero, smartphones, autos eléctricos y torta de chocolate. Un político puede clasificar cargos: concejal, gobernador, miembro del Congreso y presidente. Un estudiante universitario puede clasificar carreras: negocios que prometen riqueza o arte que da placer. "Función de utilidad" es el nombre técnico que los economistas dan a una clasificación de preferencias. A veces, las funciones de utilidad implican el uso de matemáticas complicadas. Sin embargo, la idea detrás de las funciones de utilidad es simple. A medida que una persona satisface mejor sus preferencias, su recompensa o "utilidad" aumenta.

Las clasificaciones de preferencias deben cumplir algunas condiciones formales[6]. Sin embargo, la economía no asume nada respecto de las razones de una clasificación de preferencias. Los valores subyacentes a las preferencias de una persona pueden incluir placer, amor, estatus, felicidad, riqueza, poder, altruismo o justicia. Las preferencias reales de las personas son complicadas y difíciles de medir. Para simplificar el análisis, los economistas hacen suposiciones. Respecto del mundo de los negocios, los economistas a menudo suponen que las personas solo se preocupan por el dinero. Los modelos económicos de auto-interés material suelen ser simples y convincentes. Sin embargo, el análisis no tiene por qué terminar ahí. Los valores inmateriales—filosofías políticas, compromisos morales, creencias religiosas—también influyen en las personas.

Habiendo discutido las preferencias, consideramos su satisfacción. Cada persona desea satisfacer sus preferencias en la mayor medida posible. Cuando las alternativas están clasificadas jerárquicamente, una persona racional elige la alternativa que está más encumbrada en dicha clasificación. Dadas oportunidades ilimitadas, todos satisfarían plenamente sus preferencias. En la realidad, las oportunidades son limitadas. Las personas tienen información imperfecta y enfrentamos muchas restricciones, incluyendo tiempo y dinero. Los economistas asumen que las personas satisfacen sus preferencias lo mejor que pueden dadas sus creencias y limitaciones. Para hacer predicciones específicas, los economistas utilizan las matemáticas de la maximización.

[5] Los lectores pueden encontrar introducciones más completas al análisis microeconómico en muchas fuentes, incluyendo ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS (6.ª ed. 2016).

[6] La lista habitual incluye tres condiciones: reflexividad, completitud y transitividad.

La maximización de utilidades a menudo proporciona un buen modelo para predecir cómo se comportarán las personas. Sin embargo, el modelo no es perfecto. Las personas reales no actúan movidas por consideraciones puramente lógicas, sino que también por consideraciones psicológicas. Muchas personas cometen errores al tomar decisiones, especialmente cuando enfrentan situaciones nuevas y deben tomar decisiones dentro de un lapso de tiempo estrecho. Mientras que la economía tradicional anticipa "racionalidad plena", las personas reales exhiben "racionalidad disminuida". Los psicólogos cognitivos y los economistas conductuales estudian la racionalidad disminuida. Incorporar la racionalidad disminuida en los modelos económicos mejora sus predicciones.

Hasta ahora, nos hemos concentrado en el comportamiento de los individuos. A continuación, consideramos cómo interactúan los individuos. Una interacción social tiende a persistir cuando ningún individuo puede aumentar su satisfacción cambiando su comportamiento dado que los demás no cambian su comportamiento. Todos maximizan simultáneamente. Lo anterior define un "equilibrio". Si los demás conducen por el lado derecho de la carretera, no puedo aumentar mi satisfacción conduciendo por el lado izquierdo de la carretera. Conducir por el lado izquierdo causaría un accidente, disminuyendo mi satisfacción. Todos razonan de esta manera, por lo que todos conducen por el lado derecho de la carretera. Conducir por el lado derecho es un equilibrio.

La ley crea incentivos y las personas responden a ellos. Los incentivos positivos crean oportunidades para aumentar la satisfacción de las preferencias, como cuando una constitución protege la libre expresión política. Los incentivos negativos crean oportunidades para evitar la frustración de las preferencias, como cuando una ley castiga la discriminación. El análisis económico se especializa en predecir los efectos de los incentivos. Predice estos efectos combinando la maximización de la utilidad para los individuos y los equilibrios para los grupos.

El análisis económico no puede modelar el comportamiento humano a la perfección. Sin embargo, sus modelos son lo suficientemente precisos como para ser útiles al momento de predecir las causas y efectos de muchas leyes.

2. Análisis económico del derecho en su vertiente normativa

El análisis económico "positivo" hace predicciones sin evaluarlas. Para ilustrar, cuando los economistas predicen la cantidad de carbón quemado, el número de automóviles producidos y los kilos de papas consumidos, realizan un análisis positivo. En contraste, el análisis económico del derecho en su vertiente normativa evalúa: ¿deberíamos aumentar el salario mínimo, subsidiar la energía solar o prohibir los préstamos con altos intereses? Para responder preguntas como estas, los economistas realizan un análisis normativo. El análisis normativo involucra valores.

Los economistas suelen centrarse en un valor: la eficiencia. La mayoría de las personas prefieren la eficiencia a la ineficiencia. El hecho de que una ley logre un objetivo de manera más eficiente que otra es generalmente un argumento a su favor, independientemente del tema de que trate la ley. Los economistas se basan en tres estándares de eficiencia: eficiencia de Pareto, eficiencia de costo-beneficio y bienestar social.

Un cambio en la ley es eficiente en términos de Pareto si alguien lo apoya y nadie se opone. Este estándar de eficiencia no genera mucha controversia. Si alguien prefiere la nueva ley y nadie se opone a ella, la mayoría de las personas estaría de acuerdo en que deberíamos promulgar la nueva ley. Desafortunadamente, la eficiencia de Pareto no es muy útil. Casi todas las leyes tienen al menos una persona que la apoya. ¿Cómo podría una ley promulgarse en primer lugar si no tuviera al menos un defensor? Si una ley tiene incluso un solo defensor, entonces cambiarla no es eficiente de acuerdo con Pareto. Si solo hacemos cambios en la ley que sean eficientes de acuerdo con Pareto, no haremos muchos cambios. Las leyes que casi todos odian seguirán en vigor.

Para ir más allá de la eficiencia de Pareto, podemos indagar sobre las magnitudes. Podemos evaluar si un cambio en la ley ayuda a sus beneficiarios más de lo que perjudica a los demás. Para ilustrar, consideremos una prohibición de los préstamos con altos intereses. La prohibición beneficiará a los consumidores que son engañados por prestamistas depredadores. Sin embargo, perjudicará a algunos consumidores que perderán acceso al crédito. La prohibición no es eficiente de acuerdo con Pareto porque una o más personas se oponen a ella (consumidores que pierden acceso al crédito). Sin embargo, la prohibición podría ser eficiente en términos de costo-beneficio. El análisis de costo-beneficio podría comparar el dinero ahorrado por el primer grupo de consumidores con el dinero perdido por el segundo. Específicamente, podría comparar la disposición del primer grupo para pagar por la promulgación de la ley con la disposición del segundo grupo para pagar por no promulgar la ley. La prohibición es eficiente en términos de costo-beneficio si el primer grupo está dispuesto a pagar más.

La eficiencia en términos costo-beneficio ayuda a los economistas a evaluar muchas leyes. Sin embargo, tiene limitaciones. Entre otras características, a menudo otorga el mismo peso a ricos y pobres. Una ley que crea una pérdida de un dólar para los pobres y una ganancia de dos dólares para los ricos es eficiente en términos de costo-beneficio. A veces, una ponderación estrictamente igualitaria del dinero tiene sentido. Otras veces, sin embargo, no tiene sentido.

El derecho público a menudo tiene como objetivo la igualdad. Cuando la igualdad es un objetivo, podríamos dejar de lado la eficiencia costo-beneficio y concentrarnos en el bienestar social. El bienestar social agrega las funciones de utilidad de todos los individuos en la sociedad[7]. Logramos la "eficiencia del bienestar social" maximizando la utilidad agregada.

El bienestar social puede tener en cuenta la desigualdad. Una persona pobre usa el dinero para satisfacer necesidades urgentes como alimentos, refugio y ropa. Una persona rica usa el dinero para satisfacer deseos como entretenimiento y ocio. Cuando obtiene aún más dinero, compra lujos: comida fina en restaurantes, ropa de diseñador y vacaciones internacionales. Según una larga tradición filosófica, la utilidad que una persona obtiene de un dólar adicional disminuye a medida que obtiene más dinero. Recibir $1,000 aumenta la utilidad de una persona pobre más de lo que aumenta la utilidad de una persona rica. El bienestar social tiene esto en cuenta. Mover dinero de los ricos a los pobres no aumenta la cantidad total de dinero en la sociedad. Sin embargo, podría aumentar el bienestar social.

El bienestar social proporciona un marco poderoso para evaluar muchas leyes. Puede acomodar una variedad de compromisos que las personas tienen, incluidos los compromisos con la igualdad.

[7] En su formulación más simple, el bienestar social es la suma de la utilidad de todos los individuos. En formulaciones más complicadas, el bienestar social es alguna otra función de la utilidad de todos los individuos.

3. Análisis económico del derecho en su vertiente interpretativa

La teoría positiva predice los efectos de la ley y la teoría normativa los evalúa. Estos modos de análisis son familiares para todos los economistas, incluidos aquellos que no estudian derecho. Juntas, estas actividades constituyen gran parte de la disciplina del análisis económico del derecho. Sin embargo, no constituyen toda la disciplina. A veces, los académicos despliegan un tercer modo de análisis que consideramos especialmente interesante y que desarrollamos a lo largo del libro: la interpretación de la ley mediante el análisis económico del derecho. Este modo de análisis no predice ni evalúa los efectos de la ley. Identifica su significado.

Las leyes imponen obligaciones a las personas. Los clientes pagan a los abogados para que les asesoren sobre sus obligaciones. Los abogados dicen a las personas lo que la ley les exige hacer. Lo que la ley exige a las personas hacer es el contenido de la ley, o el significado de la ley, o una explicación de la ley misma.

A veces, un abogado puede decir a una persona lo que la ley requiere simplemente recitando un estatuto, regulación u otro documento oficial. Sin embargo, la mayoría de los documentos legales requieren más que recitación. Requieren interpretación. Para interpretar la ley, los juristas recurren a diversas fuentes, incluidos el texto de la ley, la intención de los legisladores y la historia de la ley, incluidos casos anteriores relacionados. Los juristas encuentran el significado de la ley razonando sobre fuentes diversas. La práctica del derecho requiere dominar el razonamiento jurídico, no solo memorizar reglas. El razonamiento jurídico es una disciplina humanística expresada en la práctica y teoría legal, y aprendida a través de la educación y experiencia legales.

El uso interpretativo del análisis económico del derecho combina la disciplina humanística del derecho con la ciencia social de la economía. Combinar metodologías diferentes puede parecer confuso. El razonamiento económico no siempre se asemeja al razonamiento legal. La actividad probatoria que se desarrolla en el derecho no se parece al tipo de pruebas que se presentan en una revista de economía. Sin embargo, combinar las dos disciplinas trae frutos. El análisis económico puede aumentar el rigor en el razonamiento jurídico y el razonamiento jurídico puede aumentar la relevancia de la economía para la vida pública.

La economía puede ayudar en la interpretación de diversas maneras que elaboraremos en profundidad a lo largo del libro. Aquí esbozamos una manera. El propósito de una ley a menudo proporciona una fuente importante en la interpretación. Las leyes tienen diversos propósitos, como

preservar la libertad, aumentar la igualdad, reducir la discriminación y proteger especies en peligro de extinción. A veces, la interpretación correcta de una ley es la que mejor cumple su propósito. Si una interpretación cumple el propósito de la ley depende en parte de los incentivos que crea. La economía se especializa en analizar los incentivos. Al identificar los incentivos que mejor cumplen los propósitos de una ley, la economía puede auxiliar la interpretación jurídica.

Para ilustrar, consideremos el derecho de daños. Si una persona actúa con negligencia y causa un accidente, a menudo es responsable del daño. ¿Qué significa actuar "negligentemente"? Según una explicación común, el propósito del derecho de daños es proteger a las personas de riesgos impuestos por otros que no son razonables. Así, una persona es negligente cuando ella impone riesgos no razonables. ¿Qué constituye un riesgo no razonable? Los economistas ayudan a responder comparando costos y beneficios. Específicamente, comparan los costos marginales de precauciones adicionales contra accidentes y los beneficios marginales de la reducción del riesgo. Si una persona evita tomar una precaución para la cual el beneficio marginal excede el costo marginal, actúa con negligencia. Esto no es un argumento normativo sobre lo que debería ser la negligencia. Es un argumento interpretativo sobre lo que es la negligencia. Interpretar la negligencia de esta manera incentiva a las personas a tomar precauciones que estén justificadas por sus costos.

El propósito de algunas leyes es lograr mayor eficiencia. Para tales leyes, las perspectivas interpretativa y normativa del análisis económico del derecho generalmente conducen a las mismas conclusiones. La interpretación eficiente de la ley (perspectiva normativa) es la interpretación legalmente correcta de la ley (perspectiva interpretativa). Este solapamiento hace que la perspectiva interpretativa del análisis económico del derecho sea fácil de pasar por alto. Sin embargo, muchas leyes tienen propósitos distintos a la eficiencia. Para tales leyes, las perspectivas normativa e interpretativa divergen. Los economistas pueden sentirse tentados a seguir el camino normativo. Los abogados y jueces se preocupan por el camino interpretativo, por lo que intentaremos seguirlo a lo largo del libro. Uno de nuestros principales objetivos es desarrollar la perspectiva interpretativa del análisis económico del derecho.

4. Haciendo que el análisis económico sea relevante para el Derecho Público

Hemos resumido las tres perspectivas que se utilizan en el análisis económico del derecho. Los académicos han desplegado con éxito estas perspectivas (especialmente las positivas y normativas) en el derecho privado. Sin embargo, ellas no han disfrutado del mismo éxito en el derecho público. ¿Por qué? Ofrecemos tres hipótesis.

Primero, como se describió anteriormente, la economía enfatiza la eficiencia como la medida adecuada del valor social. La eficiencia parece un valor natural a priorizar en muchas áreas del derecho privado. Las partes de un contrato no quieren dejar valor sobre la mesa. Nadie quiere gastar dinero en precauciones innecesarias contra accidentes. La conexión entre la eficiencia y el derecho contractual, el derecho de propiedad y la responsabilidad civil ayuda a explicar el éxito del análisis económico en dichas áreas. En el derecho público, la conexión es más débil. Muchas normas del derecho público no parecen involucrar la eficiencia. Las personas dudan de la relevancia de la economía para temas como los derechos humanos, la discriminación y la interpretación constitucional.

Segundo, la investigación académica sobre el análisis económico del derecho público tiende a ser técnica. Las revistas de economía rebozan de teoría de juegos, Cálculo infinitesimal, estadísticas y lenguaje especializado. Los economistas estudian modelos abstractos y generalmente escriben para otros economistas, no para legos. Para muchos juristas, este trabajo es impenetrable.

Tercero, mucha investigación relativa al análisis económico del derecho público se enfoca en instituciones. Los académicos estudian el diseño de tribunales, agencias y legislaturas. Contrastan los regímenes presidenciales, parlamentarios y autocráticos. Miden el efecto de los derechos de propiedad sobre el crecimiento económico. Estos temas son muy interesantes e importantes. Sin embargo, son en su mayoría irrelevantes para la práctica jurídica. La mayor parte de la práctica jurídica no involucra el diseño institucional. En los tribunales, los jueces no preguntan a los abogados "¿Cuántas cámaras debería tener la legislatura?", "¿Debería tal o cual agencia ser políticamente independiente?" o "¿Son los estados federales más corruptos que los estados unitarios?". En resumen, gran parte de la investigación económica relativa al derecho público no aborda las preocupaciones de los juristas.

En este libro intentamos remediar estos problemas. Con respecto a la eficiencia, consideramos la eficiencia de Pareto y de costo-beneficio, pero también consideramos el bienestar social. El bienestar social proporciona una medida del valor social que no se centra exclusivamente en la riqueza y que puede acomodar compromisos como la igualdad. Además, no asumimos que el derecho público tiene como objetivo maximizar la eficiencia en ningún sentido. Permitimos la posibilidad de que el derecho pueda tener otros objetivos, como la justicia. Cualquiera que sea el objetivo de una ley, los legisladores generalmente deben cambiar el comportamiento de las personas para lograrlo. Cambiar el comportamiento requiere buenos incentivos. Al estudiar los incentivos, los economistas pueden hacer contribuciones valiosas al derecho, sea cual sea su propósito.

Con respecto a lo técnica que suele ser la disciplina, nos esforzamos a lo largo del libro por proporcionar explicaciones claras y directas de las ideas. Usamos muchos gráficos, pero evitamos el uso de matemáticas por regla general (y evitamos el cálculo por completo). Cuando hacemos uso de la teoría de juegos, aludimos a una versión simple de ella. Nuestro objetivo es hacer que el derecho público y la economía sean accesibles para no expertos. El libro debería ser adecuado para enseñar a estudiantes avanzados de pregrado, estudiantes de derecho y tal vez estudiantes de posgrado en ciencias políticas, políticas públicas y disciplinas relacionadas. Esperamos que el libro sea un recurso útil para los académicos también.

Con respecto a la relevancia, dedicamos atención en cada capítulo a preguntas jurídicas concretas. Por ejemplo, estudiamos casos sobre federalismo, fraude electoral, libertad de expresión, discriminación racial y registros policiales. Analizamos constituciones, estatutos y precedentes judiciales. Comparamos métodos de interpretación como el textualismo y el intencionalismo. A lo largo del libro, intentamos mostrar la aplicabilidad del análisis económico a las preguntas de los abogados. Al igual que en la literatura existente, también discutimos preguntas sobre diseño institucional. El análisis económico de las instituciones legales puede informar el trabajo de los juristas, como intentaremos mostrar.

5. Organización del Libro

El derecho público abarca desde la separación de poderes del gobierno hasta los cinturones de seguridad. Dada la amplitud del tema, no podemos organizar el libro en torno a temas legales sustantivos. En su lugar, organizamos el libro en torno a procesos. El derecho público se relaciona con seis procesos fundamentales del gobierno: negociación, votación, atrincheramiento, delegación, adjudicación y aplicación. Estos procesos crean, sostienen, enmiendan e implementan el derecho público. Dedicamos dos capítulos a cada proceso. El primer capítulo de cada par presenta la teoría económica. Dividimos los capítulos de teoría en tres partes: positiva, normativa e interpretativa. El segundo capítulo de cada par presenta aplicaciones. A continuación, resumimos brevemente los capítulos.

El capítulo 2 aborda la negociación. La negociación impregna el gobierno, por lo que es el primer tema de nuestro análisis. Presentamos la teoría positiva de la negociación, explicando conceptos como la eficiencia y la distribución. Desarrollamos el Teorema de Coase Privado, que es familiar en el derecho privado, y el Teorema de Coase Público, que se aplica a actores como legisladores, administradores y jueces. Pasando a la teoría normativa, explicamos cuándo la negociación por parte de actores del derecho público es probable que beneficie o perjudique al público. También explicamos conceptos como la utilidad y el bienestar social. En nuestro análisis interpretativo, aplicamos la economía a preguntas sobre las "intenciones" de los legisladores. El Capítulo 3 aplica la teoría de la negociación a temas de derecho público, incluidas regulaciones, la separación de poderes y el Artículo I, Sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos, que divide el poder entre el gobierno federal y los estados.

El capítulo 4 aborda la votación, que es omnipresente en el derecho público. Este capítulo comienza con la teoría positiva de la votación. Consideramos por qué la gente vota y cuándo es racional la abstención. Luego presentamos el teorema del votante mediano. Pasando a la teoría normativa, explicamos la relación entre el teorema del votante mediano, la eficiencia y el bienestar social. Nuestro análisis interpretativo introduce la "teoría mediana de la interpretación". Esta teoría proporciona una manera de interpretar leyes promulgadas mediante la emisión de votos separados sobre cuestiones separadas, como cuando se vota sobre iniciativas en las urnas. El Capítulo 5 aplica la teoría de la votación a cuestiones de derecho público. Entre otros temas, abordamos el derecho al voto, las comunidades políticas, el financiamiento de campañas y la manipulación de distritos electorales.

El capítulo 6 presenta la teoría del atrincheramiento. Muchas leyes están "atrincheradas", lo que significa que son especialmente difíciles de cambiar. Mostramos cómo el atrincheramiento crea un "conjunto de equilibrio" dentro del cual la ley permanece fija. Exploramos las condiciones

bajo las cuales la ley atrincherada puede cambiar y cuán pequeños o grandes son esos cambios. Pasando al análisis normativo, consideramos las justificaciones para el atrincheramiento. Las justificaciones convencionales incluyen la protección de los derechos de las minorías y la promoción de la estabilidad. Concluimos con el análisis interpretativo, relacionando la teoría económica del atrincheramiento con el precedente judicial y la doctrina del stare decisis. El Capítulo 7 aplica estas ideas a temas de derecho público, especialmente derecho constitucional. Nuestros temas incluyen igualdad, libertad de expresión y conflictos entre derechos. Este capítulo concluye contrastando dos métodos para modernizar derechos: enmiendas constitucionales y la "actualización" judicial.

El capítulo 8 aborda la delegación. La delegación de poder —del presidente a los administradores, de los ciudadanos a los legisladores, y así sucesivamente— es central en el derecho público. Este capítulo comienza con la teoría positiva de la delegación. Analizamos los trade-offs que enfrentan los principales cuando deciden si delegan la autoridad, y consideramos si los principales deberían guiar a sus agentes mediante "reglas" o "estándares". Pasando a la teoría normativa, consideramos las circunstancias en las que la delegación beneficia a los principales, a los agentes y al público en general. Finalmente, consideramos la teoría interpretativa. Los abogados y jueces rutinariamente se preguntan si un estatuto otorga a una agencia el poder para tomar una acción particular. Desarrollamos el "canon de delegación", que ayuda a responder esa pregunta. El capítulo 9 aplica la teoría de la delegación a temas legales como la revisión judicial de las acciones de las agencias, la doctrina de la no delegación, la nulidad por vaguedad y las leyes sobre sobornos.

El capítulo 10 presenta la teoría de la adjudicación. Los tribunales están en el corazón del derecho público y los economistas han analizado muchos aspectos del proceso judicial. Comenzamos con la teoría positiva de la adjudicación. Examinamos cómo los litigantes determinan el valor de sus reclamos y deciden si llegan a un acuerdo extra judicial o litigan. Discutimos juicios y apelaciones y relacionamos estos procesos con herramientas económicas como la actualización bayesiana y el Teorema del Jurado de Condorcet. Luego pasamos al comportamiento judicial. Consideramos los modelos legales, actitudinales y estratégicos de juzgamiento. Pasando a la teoría normativa, analizamos el trade-off entre la precisión en la adjudicación y los costos de la búsqueda de hechos y la interpretación. Finalmente, presentamos un principio de interpretación basado en incentivos. Según este principio, la interpretación correcta de una ley crea incentivos que mejor cumplen su propósito. El capítulo 11 aplica estas ideas a temas legales. Abordamos teorías de interpretación, reglas profilácticas, errores de escribano y el desarrollo del precedente.

El capítulo 12 presenta la teoría del enforcement. Comenzamos con una teoría positiva del enforcement por parte del estado. Discutimos la disuasión, la probabilidad de enforcement y la

severidad del castigo. También discutimos multas, encarcelamiento y costos de aplicación. Pasando a la teoría normativa, consideramos las circunstancias en las que el enforcement beneficia al público. Finalmente, consideramos la teoría interpretativa. Analizamos la doctrina del "desacato coercitivo", que otorga a los tribunales el poder para hacer cumplir sus órdenes. El Capítulo 13 aplica estas ideas a temas de derecho público. Abordamos registros policiales, la regla de exclusión, la inmunidad calificada y los estándares de prueba. También mostramos cómo la ley puede cambiar el comportamiento de las personas sin amenazar con castigos, como cuando proporciona información y coordina acciones. Concluimos con una pregunta venerable: ¿Cuándo cumplirá el estado con sus propias leyes?

La gente aconseja a los escritores "escribir sobre lo que conocen". Conocemos mejor el derecho en los Estados Unidos que el derecho en otros lugares, por lo que nuestros capítulos se concentran principalmente en el derecho en los Estados Unidos. Sin embargo, los seis procesos fundamentales del gobierno son universales, al igual que el análisis económico de esos procesos. Muchas de las leyes estadounidenses que abordamos se parecen a las leyes de otros lugares. Esperamos que nuestro libro tenga valor para estudiantes y académicos en todo el mundo.

* * *

En 1973, Richard Posner publicó la primera edición de The Economic Analysis of Law. Su libro trazó los contornos de un campo en crecimiento. Desde entonces, muchos otros libros han proporcionado una visión integral del derecho y la economía, con un enfoque en el derecho privado[8]. Estos libros sirven como herramientas de enseñanza. Cada año, introducen a miles de estudiantes, abogados y jueces en el análisis económico del derecho. Estos libros también sirven como recursos para los académicos. Miles de trabajos académicos los citan y se basan en ellos. Estos libros unifican y organizan el derecho privado y la economía. Esperamos que nuestro libro unifique y organice el derecho público y la economía.

[8] *Véase, por ejemplo*, A. Mitchell Polinsky, An Introduction to Law and Economics (5.ª ed. 2018); Maxwell L. Stearns, Todd Z. Zywicki, & Thomas J. Miceli, Law and Economics: Private and Public (2018); Robert Cooter & Thomas Ulen, Law and Economics (6.ª ed. 2016); Steven Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law (2004).

Segunda Parte
Teoría de la Negociación

Teoría de la Negociación

La negociación es ubicua en materias de gobernanza* —naciones en guerra negocian la paz, partidos rivales enmiendan la constitución, las dos cámaras del poder legislativo reconcilian proyectos de ley diferentes, los jueces regatean respecto de una decisión, y así sucesivamente. Dado que la negociación es tan ubicua, iniciamos nuestro análisis con ella. Aplicamos al derecho público la misma teoría de la negociación que los economistas aplican a los bienes. Mostramos que los legisladores negocian entre ellos porque las negociaciones exitosas pueden beneficiarlos, tal como el intercambio de estampillas beneficia a los coleccionistas. Una negociación exitosa entre funcionarios resulta en la creación de leyes u otros actos para generar beneficios mutuos. Esta lógica aplica a legisladores, reguladores e incluso jueces.

Además de explicar la creación u "oferta" del derecho público, la negociación puede explicar la "demanda" por él. Una negociación entre privados exitosa reduce la presión por crear leyes. Si un club nocturno acepta reducir el ruido, sus vecinos no buscan ordenanzas sobre ruido. Viceversa, una negociación entre privados fallida aumenta la presión por crear leyes. Si el club nocturno y sus vecinos no logran ponerse de acuerdo, los vecinos buscan ordenanzas sobre ruido. Si acaso los privados logran ponerse de acuerdo entre ellos o si los funcionarios crean nuevas leyes, depende de qué grupo puede llegar a un acuerdo. Para llegar a dicho acuerdo, las partes deben superar los obstáculos que pueda haber en dicha negociación.

Estas ideas iluminan cuestiones fundamentales del derecho público, incluyendo las siguientes:

> *Ejemplo 1:* ¿Cuándo y por qué los legisladores intercambian votos para promulgar leyes?
> *Ejemplo 2:* La mayoría de los legisladores llegan a acuerdos—tú votas por mi proyecto de ley y yo votaré por el tuyo. En contraste, se prohíbe a los jueces intercambiar votos a la hora de fallar casos. ¿Cuándo deberían las personas negociar sobre sus asuntos, como lo hacen la mayoría de los legisladores, y cuándo deberían votar según su conciencia, como lo hacen la mayoría de los jueces?

*Nota del traductor: en la versión original en inglés se señala que "bargaining pervades government". Una traducción más literal de dicha afirmación sería que la negociación es "ubicua en el gobierno", pero ello sería engañoso, pues en castellano, "gobierno" se refiere a la rama ejecutiva del Estado, mientras "government", en inglés se refiere a asuntos de los tres poderes del Estado (como consta en el hecho de que se señala que la negociación del "goverment" dice relación con la negociación legislativa). Por eso, se tradujo "goverment" como "materias de gobernanza", una expresión más amplia que "materias de gobierno".

Ejemplo 3: El Congreso demanda al Presidente, los reguladores demandan a los fabricantes y los ciudadanos demandan a la policía. La mayoría de las disputas legales se resuelven fuera de los tribunales, pero algunas van a juicio. ¿Por qué algunas disputas se resuelven en el foro privado y otras se litigan?

Ejemplo 4: En la Convención Constitucional de los EE. UU., los estados más poblados querían que las *personas* estuvieran representadas en el Congreso (y así los estados con más ciudadanos tienen más representantes). En contraste, los estados pequeños querían que los *estados* estuvieran representados (igual número de representantes por estado). El "Gran Compromiso" resultó en la representación personal en la Cámara de Representantes y la representación de los estados en el Senado. Ha perdurado por más de 200 años. Mientras tanto, el Congreso reescribe el presupuesto cada año. ¿Por qué algunos acuerdos políticos persisten y otros cambian?

Para responder a estas preguntas, este capítulo comienza con la teoría positiva de la negociación, pasa a sus consecuencias normativas y concluye mostrando cómo la negociación puede ayudar en la interpretación de las leyes.

1. Teoría Positiva de la Negociación

La negociación generalmente mezcla dos actividades: producción y distribución. La *producción* se refiere a la creación de valor. La *distribución* se refiere a la asignación de valor entre las personas. Para distinguir la producción de la distribución, consideramos dos situaciones de negociación puras: juegos de distribución pura y juegos de producción pura.

1.1. Conflicto versus Cooperación

George Washington escribió: "[D]ebemos consultar nuestros medios más que nuestros deseos" [9]. Los legisladores enfrentan esta realidad cada vez que participan en la actividad fundamental que es la elaboración del presupuesto. Consideremos la negociación entre los legisladores sobre cómo gastar el presupuesto del estado. Si el presupuesto total es fijo, entonces cada dólar gastado en un proyecto es un dólar que no puede gastarse en otro. La asignación de gastos en proyectos es un juego de suma cero, como el póker. Para que un jugador gane, otro debe perder; las ganancias y las pérdidas suman

[9] Carta de George Washington al Marqués de Lafayette (30 de octubre de 1780), *en* 20 THE WRITINGS OF GEORGE WASHINGTON 266–67 (John C. Fitzpatrick ed., 1937).

cero. Dado que el valor se distribuye pero no se produce, la asignación de ítems en un presupuesto fijo es un juego de *distribución pura.*

Los juegos de distribución pura suelen ser inestables, ya que los jugadores hacen y deshacen coaliciones para asegurarse más para sí mismos. Imaginemos que tres legisladores están negociando cómo gastar $100 en tres proyectos (A, B, C). El primer legislador preferiría gastar todo en el proyecto A ($100, $0, $0). El segundo legislador preferiría gastar todo en el proyecto B ($0, $100, $0). El tercer legislador preferiría gastar todo en el proyecto C ($0, $0, $100)[10]. El poder legislativo opera bajo la regla de mayoría, lo que significa que cualquier coalición de dos legisladores puede determinar cómo gastar el dinero. Comienzan a negociar con una propuesta para dividir el dinero de manera equitativa entre los proyectos ($33, $33, $33). Luego, el primer legislador propone gastar de manera equitativa en los dos primeros proyectos y nada en el tercero ($50, $50, $0). Esta propuesta obtiene una mayoría de votos —2 a 1— sobre la propuesta original. Como otra alternativa, el tercer legislador propone eliminar el primer proyecto y gastar en el segundo y el tercero ($0, $75, $25). Esta propuesta obtiene una mayoría de votos —2 a 1— sobre la propuesta anterior. Entre las tres propuestas, cada una vence a una y pierde contra otra.

Para cada propuesta, existe una contrapropuesta que dos legisladores prefieren[11]. Por lo tanto, no hay una mayoría estable. Los legisladores corren en círculos mientras regatean, y tal vez nunca lleguen a un acuerdo. El problema radica en la naturaleza distributiva del juego, no en las propuestas específicas. Los juegos de distribución pura corren el riesgo de generar regateos indefinidos. Para asegurarse de que los regateos finalmente terminen, la ley los restringe. Por ejemplo, algunas constituciones estatales imponen plazos a los legisladores para que acuerden un presupuesto[12].

Lo opuesto a los juegos de distribución pura son los juegos de producción pura o *juegos de coordinación*. Un juego de coordinación produce valor sin crear ningún conflicto sobre su distribución. Los intereses de todos los jugadores convergen[13]. El mejor plan para cualquiera es el mejor para todos. Para ilustrar, imaginemos un grupo de automovilistas decidiendo si conducir por

[10] Aquí hay una declaración más completa de las preferencias de los legisladores: cada uno preferiría gastar más dinero en su propio proyecto y menos en los de los demás.

[11] Suponemos que los legisladores son simétricos: cada uno tiene el mismo número de votos (uno), ninguno tiene más control sobre la agenda que los demás, y así sucesivamente. Bajo estas suposiciones, la contienda por la distribución desestabiliza cada posible coalición. Volveremos a este tipo de inestabilidad en capítulos posteriores.

[12] *Por ejemplo,* CAL. CONST. art. IV, § 12(c)(3) ("El poder legislativo aprobará la ley de presupuesto la medianoche del 15 de junio de cada año").

[13] Ver THOMAS C. SCHELLING, THE STRATEGY OF CONFLICT (1960).

el lado izquierdo o derecho de la carretera. A los conductores no les importa en qué lado conducir siempre que todos tomen la misma decisión. Pasar de una solución no cooperativa (conducen por lados diferentes) a una cooperativa (conducen por el mismo lado) produce valor para todos los conductores (más seguridad y velocidad). Los juegos de coordinación pura ayudan a explicar el cumplimiento de algunas leyes. Por ejemplo, el "Tratado del Metro" establece métodos uniformes de medición que muchos países siguen, aunque el tratado carece de un mecanismo de aplicación.

En los juegos de producción pura, la coordinación tiene éxito si las partes pueden comunicarse. Si los conductores que se acercan por un camino de tierra pueden intercambiar mensajes de texto, acordarán desviarse a la derecha o a la izquierda para evitar un accidente. Sin embargo, con obstáculos en la comunicación, la coordinación puede fallar. Consideremos el ancho de las vías del tren. Para conectar las líneas ferroviarias, todas deberían tener el mismo ancho. Sin embargo, la coordinación a veces es difícil. Los países de América del Sur no se coordinaron al construir los ferrocarriles, lo que condujo a que las vías tuvieran diferentes anchos en distintos lugares. Por contraste, las vías ferroviarias en el estado de Utah, en EE. UU., se conectan perfectamente con las vías del estado de Nevada, en parte gracias a los *Pacific Railroad Acts*. La coordinación sobre las vías en Estados Unidos evita el problema de algunas vías en América del Sur. Las vías se conectan en Estados Unidos porque un gobierno central puede coordinar distintos entes entre sí de manera más fácil que varios gobiernos separados.

Preguntas

1.1.1 Conducir en Haití puede ser caótico y peligroso. Levy Azor, "un trabajador independiente apasionado por el orden" pero sin autoridad legal, dirigió con éxito el tráfico en una intersección principal. Trabajaba por propinas. Supongamos que Azor favorecía a los conductores que daban propina. ¿Por qué los conductores que no daban propina seguirían sus señales?[14]

1.1.2. Tres legisladores parten de los siguientes beneficios: (20, 20, 60). Después de negociar, sus resultados serán (50, 50, 0) o (45, 35, 20). ¿Están los legisladores jugando un juego de producción o de distribución?

1.1.3. Medicaid es un programa del Congreso que otorga dinero a los estados para gastar en atención médica para los pobres. El gasto en Medicaid es "obligatorio", no "discrecional", lo que significa que la asignación de dinero a los estados sigue fórmulas establecidas[15]. ¿Qué problemas

[14] Ver Damien Cave, *The Rhapsody of Port-au-Prince's Streets*, N.Y. Times, 3 de junio de 2010; Richard McAdams, The Expressive Powers of Law 23–24 (2015).

[15] 42 U.S.C. § 1396b(a).

evita el Congreso al hacer que el gasto en Medicaid sea obligatorio en lugar de discrecional?

1.1.4. La *Uniform Law Commission* (ULC) es una organización sin fines de lucro en los Estados Unidos que redacta estatutos modelo sobre temas donde la uniformidad entre los estados es deseable. Los estados pueden promulgar los estatutos modelo, o versiones modificadas de ellos, si así lo desean. ¿Qué tipo de juego entre los estados ayuda a resolver la ULC?

1.2. Acuerdos Mixtos

En lugar de ser puros, la mayoría de los juegos de negociación son mixtos: involucran producción y distribución. Las partes pueden cooperar y producir, siempre que puedan ponerse de acuerdo en la distribución. Explicamos cómo se ven estos elementos en el derecho público usando un ejemplo. Los criminales que transgreden la ley federal en los Estados Unidos van a prisiones federales, y los criminales que violan la ley estatal van a prisiones estatales. A veces, un sistema se satura, como cuando los funcionarios federales arrestan a más sospechosos de drogas de los que sus prisiones pueden albergar. En ese caso, el gobierno federal paga a los estados una "tarifa por día de cárcel" para alojar a los detenidos. Esa tarifa expresa el valor de una celda en dinero, tal como los precios de mercado para automóviles, pasta de dientes o seguros.

Adam es el alcaide de una prisión estatal con celdas adicionales, y tiene la autoridad para alojar prisioneros federales. Por seguridad, prefiere mantener su prisión operando por debajo de su capacidad máxima. Traduciendo esto a dinero, el valor que le asigna a mantener algunas celdas vacías es de $3,000. Blair trabaja para el Servicio de Alguaciles de EE. UU. Ella preferiría transferir a algunos detenidos federales a la prisión de Adam en lugar de saturar la instalación federal. Tiene un presupuesto de $5,000 y la autoridad para negociar la tarifa por día de cárcel. Supongamos que el valor que Blair le asigna a transferir los detenidos es de $4,000. Dado que Adam valora las celdas menos que Blair, hay margen para un acuerdo. Adam no aceptará menos de $3,000 y Blair no pagará más de $4,000. La tarifa por día de cárcel tendrá que estar en algún punto intermedio[16].

Algunos términos técnicos aclaran la lógica de este ejemplo. Las partes han entablado un *juego de negociación*, lo que significa que la comunicación puede llevar a un acuerdo. La *solución no cooperativa* ocurre si las partes no logran ponerse de acuerdo. En ese caso, la prisión de Adam se mantendría por debajo de su capacidad, lo cual vale $3,000 para él. Además, si las partes no logran ponerse de acuerdo,

[16] Este juego se basa en ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 74–76 (6.ª ed. 2016).

Blair conserva los $5,000 de su presupuesto para gastar en algo distinto a las celdas adicionales de Adam. Las *ganancias no cooperativas* equivalen a $3,000 para Adam y $5,000 para Blair[17].

Las ganancias no cooperativas de los jugadores se llaman *valores de amenaza*. En lo que sigue explicaremos dicho nombre. En el transcurso de la negociación, Adam y Blair pueden afirmar hechos ("Los detenidos son violentos"), apelar a normas ("$3,700 es un precio injusto") y hacer amenazas ("No aceptaré menos de $3,500"). La teoría económica de la negociación se centra en la credibilidad de las amenazas.

Tanto Adam como Blair pueden hacer amenazas creíbles. Sin la cooperación de Blair, la prisión de Adam se mantendría por debajo de su capacidad, lo cual él valora en $3,000. Puede amenazar de manera creíble con no cooperar a menos que el precio sea de $3,000 o más, por lo que su valor de amenaza es de $3,000. De manera similar, Blair comienza con $5,000, por lo que puede amenazar de manera creíble con retirarse a menos que obtenga más que eso del acuerdo. Su valor de amenaza es de $5,000. Si las partes no cooperan, Adam conserva el valor de sus celdas vacías de $3,000, y Blair conserva su presupuesto de $5,000.

Para generalizar, una amenaza creíble exige de cada actor nada más que lo que puede obtener sin la cooperación del otro. La ganancia que el primer actor puede obtener sin la cooperación del segundo es la ganancia no cooperativa del primer actor. Por lo tanto, una amenaza creíble pide nada más que la ganancia no cooperativa de quien realiza la amenaza. La suma de los valores de amenaza es *el valor no cooperativo del juego*. En el caso de Adam y Blair, el valor no cooperativo equivale a $8,000.

Al negociar con éxito, Adam y Blair pueden reasignar un recurso (celdas vacías en prisión) desde alguien que lo valora menos (Adam) a alguien que lo valora más (Blair). Si se coopera, Blair recibe el valor de uso de las celdas, que es de $4,000. Para usar las celdas, Blair paga parte de sus $5,000 a Adam. Para seguir con el ejemplo, supongamos que le paga $3,600. La ganancia cooperativa de Adam equivale a $3,600. La *ganancia cooperativa* de Blair equivale a su valor de uso de las celdas ($4,000) más el dinero que le queda ($1,400), lo que da un total de $5,400. Así, $9,000 es igual a la suma de las ganancias cooperativas y el *valor cooperativo* del juego de negociación.

Nótese que el valor cooperativo del juego es de $9,000 y el valor no cooperativo es de $8,000. El *excedente cooperativo* es igual a la cantidad en la que el valor cooperativo del juego excede su valor no cooperativo. En este ejemplo, la cooperación produce un excedente de $1,000.

[17] Asumimos que el valor que el dinero para Blair es igual a su valor nominal.

Además de producir un excedente, la negociación determina la distribución de éste entre las partes. El precio distribuye el excedente de la cooperación, pero usualmente no afecta la cantidad total de dicho excedente. Por ejemplo, si Adam y Blair acuerdan un precio de $3,600 como se describió antes, entonces Adam obtiene $600 del excedente y Blair obtiene $400 del excedente. Alternativamente, si el precio es de $3,800, Adam obtiene $800 del excedente y Blair obtiene $200. En ambos casos, el excedente es de $1,000.

Ninguna de las partes aceptará un acuerdo que le entregue una ganancia menor que su valor de amenaza. La racionalidad exige que las partes acuerden un precio entre $3,000 y $4,000, ya que cualquier precio en ese rango beneficiará a ambas partes en comparación con lo que ocurriría en un escenario no cooperativo. Sin embargo, el precio exacto que las partes acordarán es impredecible. Si Blair ofrece $3,100, Adam podría retirarse de la negociación aunque aceptar lo dejaría en mejor situación que no cooperar. De manera similar, si Adam exige $3,900, Blair podría negarse, aunque aceptar la haría estar mejor que no cooperar.

La distribución del excedente cooperativo es impredecible porque en parte depende de la psicología, no solo de la racionalidad. Aunque el acuerdo exacto al que se arribará es impredecible, la teoría de la negociación proporciona una regla útil. Una *distribución razonable* otorga a cada jugador una parte igual del excedente cooperativo. Aplicado a este caso, el excedente cooperativo equivale a $1,000, por lo que Adam y Blair deberían obtener $500 cada uno. Para dividir el excedente de esta manera, Blair debe pagar a Adam $3,500 por las celdas. Para generalizar, la distribución razonable requiere que cada parte reciba su valor de amenaza más la mitad del excedente cooperativo[18].

En la teoría de juegos, una división equitativa del excedente se llama "solución de negociación de Nash"[19]. La solución de negociación de Nash combina la concepción económica de racionalidad con la concepción legal de razonabilidad.

En resumen, cuando el jugador que posee un recurso lo valora menos que otro jugador, la diferencia en valor crea un margen para la negociación. Transferir recursos de una persona a otra produce valor cuando la persona que recibe el recurso lo valora más que la persona que lo entrega. Los jugadores pueden crear un excedente si logran ponerse de acuerdo en su distribución. La negociación tiene tres elementos: establecer los valores de amenaza, determinar el excedente cooperativo y distribuir

[18] Si Blair paga a Adam $3,500, Adam recibe su valor de amenaza de $3,000 más $500, la mitad del excedente. Blair obtiene las celdas, las cuales valora en $4,000, y le quedan $1,500, para un pago total de $5,500. Esto equivale a su valor de amenaza de $5,000 más $500, la mitad del excedente.

[19] La idea se remonta a John F. Nash Jr., *Equilibrium Points in N-Person Games*, 36 PROC. NAT'L ACAD. SCI. 48 (1950).

dicho excedente. Los valores de amenaza y el excedente cooperativo dependen únicamente de la racionalidad. La distribución del excedente depende de psicología y otros factores. Una distribución es "razonable" en nuestro sentido si cada jugador recibe su valor de amenaza sumado a una parte igual del excedente. La distribución razonable predice el precio, aunque no perfectamente.

Preguntas

1.2.1. En el ejemplo de Adam y Blair, ¿cómo se distribuye el excedente si el precio es de $3,700?
1.2.2. En el ejemplo de Adam y Blair, explica por qué el precio no puede bajar a $2,500.
1.2.3. Al igual que Blair, supongamos que un tercer actor quiere las celdas vacías. Adam recibe una oferta de $3,200 del tercer actor. ¿Cómo cambia la oferta del tercer actor los valores de amenaza, el excedente de la cooperación y la solución de negociación de Nash en las negociaciones entre Adam y Blair?

¿Llegar a un acuerdo o Litigar?

La teoría de la negociación ilumina muchos aspectos del derecho, incluyendo la decisión de llegar a un acuerdo o litigar. Consideremos este ejemplo. El estado alega que la "Empresa Contaminadora S.A." descargó ilegalmente químicos tóxicos en un río, dañando a los peces. La multa por hacerlo asciende a $300,000. Los hechos son confusos. La corporación sostiene que no descargó químicos; incluso si lo hizo, los químicos no eran tóxicos; y aun si los químicos fueran tóxicos, no mataron a los peces.

Debido a los hechos confusos, ninguna de las partes está confiada respecto de sus prospectos ante el tribunal. En cambio, ambas partes creen que tienen un 50% de probabilidades de ganar (y, por lo tanto, un 50% de probabilidades de perder). Litigar le costará a cada parte $50,000, mientras que llegar a un acuerdo fuera de los tribunales no costará nada. Cooperar en este caso significa resolver el pleito fuera de los tribunales y ahorrar los costos de litigar. No cooperar significa acudir a los tribunales y gastar dinero en un litigio.

Supongamos que el estado, al igual que la corporación, quiere más dinero y no menos. El valor de amenaza del estado es su ganancia esperada en caso de seguir un curso de no cooperación. Podemos calcular esto matemáticamente: si el estado va a los tribunales, tiene un 50% de probabilidades de ganar $300,000 y un 50% de probabilidades de no ganar nada,

y pagará $50,000 en costos de litigio. Por lo tanto, su valor de amenaza equivale a $100,000. Con la misma lógica, el valor de amenaza de la corporación es de -$200,000.

Desde ya podemos ver cómo la teoría de la negociación proporciona orientación en las negociaciones de acuerdos. El estado gana al aceptar cualquier acuerdo mayor a $100,000, y la corporación gana al ofrecer un acuerdo de hasta $200,000. Si las partes cooperan, ahorrarán $100,000 en costos de litigio, por lo que el excedente cooperativo es de $100,000. El acuerdo razonable daría a cada parte su valor de amenaza más la mitad del excedente, lo que significa que la corporación llegaría a un acuerdo con el estado por $150,000.

1.3. Intercambio de Votos

El valor producido por una negociación exitosa a menudo se expresa en dinero, como en el ejemplo de Adam y Blair. Sin embargo, en el derecho público, la negociación a menudo se basa en una moneda diferente: votos[20]. Si encendemos las cámaras de video, la legislatura podría parecer una sociedad de debate de alto nivel. Si apagamos las cámaras, la legislatura se asemeja al Gran Bazar de Estambul, con políticos intercambiando votos como los comerciantes intercambian alfombras.

Aquí hay un ejemplo de negociación sobre votos que involucra a dos miembros del consejo municipal, Caleb y Dee. Caleb propone gastar más dinero en escuelas públicas. Dee emitirá el voto decisivo sobre la propuesta de Caleb, por lo que él necesita su voto para aprobarla. De manera similar, Dee propone gastar más dinero en la policía. Caleb emitirá el voto decisivo sobre la propuesta de Dee, por lo que ella necesita su voto para aprobarla. Cada uno preferiría que su propia propuesta se aprobara y que la propuesta del otro fallara. ¿Llegarán a un acuerdo y aprobarán ambas medidas? ¿O fracasarán en llegar a un acuerdo y no aprobarán ninguna, manteniendo así el statu quo?

Formulemos el problema en términos del presupuesto del consejo municipal. Caleb propone aumentar los impuestos en $100,000 y gastarlos en un gimnasio escolar. Dee propone aumentar los impuestos en $50,000 y gastarlos en contratar a otro policía. Si Caleb y Dee están de acuerdo, los gastos en escuelas aumentarán en $100,000, los gastos en la policía aumentarán en $50,000, y los impuestos aumentarán en $150,000. Para llegar a un acuerdo, Caleb y Dee deben preferir el paquete completo de gastos e impuestos en lugar del statu quo.

[20] El análisis germinal sobre el intercambio de votos es de JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, THE CALCULUS OF CONSENT: LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (1962).

A diferencia del ejemplo anterior, este tiene una limitación: las elecciones son "grandes", no graduales. Las partes no pueden construir una fracción de gimnasio por, digamos, $80,000. Tampoco pueden contratar a un policía y medio por, digamos, $75,000. Cuando se enfrentan decisiones "grandes", un acuerdo puede dar a una parte una porción desproporcionada del excedente, sin la posibilidad de transferir parte de él a la otra parte. En consecuencia, las partes no pueden dividir el excedente de la cooperación de manera equitativa como lo exige la solución de negociación de Nash. Aun así, las partes razonables cooperarán y dividirán el excedente de manera desigual entre ellas.

Preguntas

1.3.1. ¿Existe margen para un acuerdo si Caleb gana menos con un gimnasio escolar de lo que pierde al contratar a un policía extra?
1.3.2. Si Caleb no consigue su gimnasio escolar, su carrera no se verá afectada. Si Dee no consigue su policía extra, sus electores la sacarán de su cargo. ¿Quién tiene la ventaja en las negociaciones, Caleb o Dee? ¿Puedes expresar esta idea usando el lenguaje de los valores de amenaza?
1.3.3. Para que Caleb y Dee dividan el excedente de manera equitativa, uno debe hacer un *pago lateral** al otro. Aquí tienes ejemplos de pagos adicionales: Dee obtiene el lugar de estacionamiento de Caleb en el ayuntamiento, Caleb obtiene el voto de Dee en un asunto futuro, o Dee le da a Caleb una bolsa de dinero. ¿Debería la ley permitir pagos laterales como estos?
1.3.4. La ley de Wisconsin prohíbe a los legisladores intercambiar votos, pero permite "acuerdos para conciliar disposiciones en conflicto entre medidas legales diferentes"[21]. Si una medida financia escuelas pero no a la policía, y si la otra medida financia a la policía pero no escuelas, ¿viola la ley de Wisconsin un compromiso que financia ambas?

* Nota del traductor: el término utilizado en la versión original del libro es "side payment". El término se refiere al pago hecho por una o más partes de un acuerdo a un tercero para inducirlo a unirse al acuerdo.

[21] Aquí está el texto completo del estatuto: "Nada en las secciones 13.05 y 13.06 se interpretará como que prohíbe la libre discusión y deliberación sobre cualquier cuestión pendiente ante la legislatura por parte de sus miembros, ya sea en privado o en público, ni como prohibición de acuerdos entre miembros para apoyar cualquier medida pendiente, bajo la condición de que se realicen ciertos cambios en dicha medida, ni como prohibición de acuerdos para conciliar disposiciones conflictivas de diferentes medidas". Wis. Stat. Ann. § 13.07 (West 2022).

1.4. Esfera de Cooperación

El intercambio de votos impregna las instituciones del derecho público: organismos internacionales, comités legislativos, agencias regulatorias, comisiones ciudadanas e incluso tribunales. A veces, la ley amplía la esfera de negociación, como cuando los estados crean un organismo internacional como las Naciones Unidas y permiten a los delegados intercambiar votos. De manera inversa, a veces la ley prohíbe el intercambio de votos, como con los jueces en un panel que decide un caso. A continuación, discutimos las ventajas y desventajas de ampliar o reducir la esfera del intercambio de votos.

Consideremos la ampliación de la esfera del comercio de bienes privados. Transferir un recurso de alguien que lo valora menos a alguien que lo valora más aumenta el valor total. El valor se maximiza cuando el recurso va a la persona que más lo valora. Para maximizar el valor, los vendedores deben tener acceso a muchos compradores, y viceversa. La esfera más amplia de cooperación abarca a todos los compradores y vendedores, maximizando las posibles ganancias de la negociación y el comercio.

Para ilustrar, antes de la Segunda Guerra Mundial, los países de Europa imponían aranceles sobre el flujo de bienes entre ellos. Cada arancel beneficiaba a algunas industrias del país que lo imponía, pero en su conjunto los aranceles impedían que los recursos llegaran a sus usuarios de mayor valor, lo que perjudicaba a las economías europeas. Después de la Segunda Guerra Mundial, los aranceles se abolieron gradualmente para crear un mercado común. Un comercio más amplio benefició a todas las economías europeas (aunque no a todos los individuos en cada país)[22].

La ventaja del comercio abierto en mercados de bienes y servicios probablemente se aplica a la política. Durante siglos, los países de Europa persiguieron políticas nacionales. Muchas de estas políticas beneficiaron al país que las promulgó y perjudicaron a otros países. Los conflictos se descontrolaron, lo que resultó en guerras devastadoras. Después de la Segunda Guerra Mundial, los europeos formaron una unión política para ampliar la esfera de negociación política, así como el mercado común amplió la esfera de la negociación económica. La Unión Europea trajo beneficios políticos, en particular la paz, así como el mercado común trajo un beneficio económico, la prosperidad.

Al igual que aumentar el número de partes, aumentar el número de temas negociables amplía la esfera de cooperación. Para ilustrar, en un ejemplo anterior, en lugar de tomar decisiones independientes

[22] Detrás de esta afirmación subyace un teorema que establece que los grupos de intercambio más estrechos son ineficientes en términos de Pareto en comparación con los grupos de intercambio más amplios. Véase KENNETH J. ARROW & FRANK HAHN, GENERAL COMPETITIVE ANALYSIS (1ª ed. 1971).

sobre escuelas y policía, Caleb y Dee negociaron sobre ambos y crearon un excedente. De manera similar, los miembros del Congreso pueden crear un excedente negociando sobre temas como carreteras, aviones de combate, cupones de alimentos, financiamiento escolar y atención médica. Las ventajas que se siguen de tener un mayor alcance y escala en la negociación argumentan a favor del comercio global y del gobierno global.

Sin embargo, otro argumento se opone al comercio y gobierno global. Una ventaja de los estados más pequeños es que negociar es más fácil dentro de cada uno de éstos. A medida que la esfera de la negociación se hace más pequeña, menos personas participan, lo que facilita llegar a un acuerdo. Por ello, negociar es más fácil en un consejo municipal que en el Congreso, y negociar es más fácil en el Congreso que en las Naciones Unidas. Recientemente, los defensores de la salida de Gran Bretaña de la Unión Europea ("Brexit") afirmaron que un estado más pequeño y más homogéneo sería más ágil para regular los negocios.

A menudo compararemos las ganancias de una cooperación más amplia con los costos de alcanzar un acuerdo más amplio.

Preguntas

1.4.1. En 2002, los Estados Unidos crearon el Departamento de Seguridad Nacional, una agencia federal que abarca más de 20 agencias más pequeñas que solían estar separadas, como el Servicio de Inmigración y Naturalización y la Guardia Costera de los EE. UU. Desde el punto de vista de la negociación, ¿cuál es la ventaja de combinar esas agencias más pequeñas?
1.4.2. La Cámara de Representantes de los EE. UU., que tiene 435 miembros, tiene una regla de "pertinencia". Esta regla exige que las enmiendas traten el mismo tema que el proyecto de ley subyacente. El Senado de los EE. UU., que tiene 100 miembros, no tiene tal regla. ¿Por qué?

1.5. Teorema de Coase (desde el derecho privado)

La negociación tiene *costos de transacción*, como alquilar una sala de conferencias, dedicar tiempo a las negociaciones y redactar un acuerdo. A medida que los costos de transacción disminuyen, la probabilidad de que se llegue a un acuerdo generalmente aumenta. Por el contrario, a medida que los costos de transacción aumentan, la probabilidad de un acuerdo exitoso generalmente disminuye.

Para ilustrar, supongamos que un club nocturno no puede operar después de la medianoche a menos que un vecino renuncie a su derecho a la tranquilidad. Al operar después de medianoche, el club nocturno ganaría $500, y el vecino sufriría una pérdida por el ruido que valora en $100. Si el vecino y el propietario del club nocturno no pueden negociar—quizás hablen idiomas diferentes o estén inmersos en un amargo divorcio—entonces el club nocturno cerrará a medianoche. Si pueden negociar, el club nocturno podría pagarle al vecino por el permiso para operar, digamos, $300. En consecuencia, el vecino ganaría $200 ($300 en efectivo menos $100 en perjuicio por ruido), y el club nocturno ganaría $200 ($500 en ingresos menos $300 pagados al vecino). Ambas partes prefieren este acuerdo a no hacer ningún trato.

En este ejemplo, el club nocturno y el vecino llegan a un acuerdo privado en el que uno paga al otro por renunciar a su derecho a la tranquilidad. La negociación genera un beneficio mutuo al asignar el derecho legal—control sobre el ruido después de la medianoche—a la parte que lo valora más, el club nocturno. Si los costos de transacción de la negociación son cero, esperamos que partes como el club nocturno y el vecino lleguen a tales acuerdos.

En uno de los artículos de derecho más famosos de todos los tiempos, Ronald Coase discutió ejemplos como este[23]. Los comentaristas formularon sus argumentos como el *Teorema de Coase*[24]. El teorema sostiene que las *negociaciones asignarán los derechos legales a las partes que los valoran más, siempre que los costos de transacción no impidan el proceso de negociación*. El teorema es positivo, lo que significa que hace predicciones sobre cómo se comportan las personas.

El Teorema de Coase amerita mucha reflexión y discusión. Consideremos uno de los ejemplos de Coase. Imagina a dos vecinos, un agricultor que cultiva maíz y un ranchero que cría vacas. Sin una cerca, las vacas pisotearán el maíz, causando un daño de $50. Una cerca evitará el pisoteo. El agricultor

[23] Ronald H. Coase, The Problem of Social Cost, 3 J.L. Econ 1 (1960).

[24] *Véase, por ejemplo*, Robert Cooter, *The Cost of Coase*, 11 J. Legal stud. 1 (1982).

puede cercar el maíz para mantener a las vacas fuera de los cultivos, o el ranchero puede cercar a las vacas dentro del pasto. Le cuesta al agricultor $10 cercar para mantener a las vacas fuera, y le cuesta al ranchero $20 cercar para mantener a las vacas dentro. La diferencia en el costo de cercado se debe al perímetro más corto de la granja y el perímetro más largo del rancho.

¿Quién construirá la cerca? Si la regla legal es "campo abierto", lo que significa que el ranchero no es responsable por los daños causados por las vacas, entonces el agricultor construirá la cerca. El agricultor preferiría pagar $10 por una cerca que perder $50 en maíz pisoteado.

¿Qué pasa si la regla es "campo cerrado", lo que significa que el ranchero es responsable por los daños causados por las vacas? Uno podría esperar que el ranchero construya la cerca, lo que le costaría $20. Pero Coase demostró que este comportamiento es irracional, por lo que la predicción puede estar equivocada. El agricultor puede construir la cerca por $10. Si los costos de transacción de la negociación son cero, el agricultor y el ranchero llegarán a un acuerdo en el que el ranchero pague al agricultor para que construya la cerca. Por ejemplo, el ranchero podría pagarle al agricultor $15. Después de construir la cerca, el agricultor ganaría $5 ($15 del ranchero, menos $10 para construir la cerca), y el ranchero gastaría $15, lo cual es mejor que gastar $20 para construir la cerca él mismo—y mucho mejor que pagar $50 en daños por el maíz pisoteado.

La teoría de la negociación hace que este razonamiento sea preciso. Si la regla es de "campo cerrado" y las partes no cooperan, el ranchero pagará $20 por la cerca y el agricultor pagará $0. El valor no cooperativo del juego es la suma de estos valores de amenaza, -$20. Si las partes cooperan, el ranchero paga una cantidad al agricultor, llamémosla x, y $0 por la cerca. El agricultor recibe x del ranchero y paga $10 por la cerca. El valor cooperativo del juego es la suma de los pagos de las partes cuando cooperan: -x + x - $10 = -$10[25]. El excedente cooperativo es la diferencia entre -$10 y -$20, que es de $10. Si las partes acuerdan una división razonable del excedente, el ranchero pagará al agricultor $15, y el agricultor construirá la cerca[26].

En este ejemplo, el agricultor puede construir a un costo más bajo y la negociación lo lleva a hacerlo, independientemente de la regla legal. Si los costos de transacción son cero, el agricultor construirá la cerca ya sea que la regla legal sea "campo abierto" o "campo cerrado". ¿Qué sucede cuando los altos costos de transacción impiden la negociación? Sin intercambio, la asignación inicial de los derechos

[25] Para ser claros, -$10 - (-$20) = $10.

[26] La solución razonable requiere que cada parte obtenga su valor de amenaza más la mitad del excedente. El ranchero obtiene -$20 + $5, o -$15, y el agricultor obtiene $0 + $5, o $5. Ambos prefieren esto a la no cooperación.

según la ley será la asignación final. Si la regla es "campo abierto", el agricultor construirá la cerca a un costo de $10. Pero si la regla es "campo cerrado" y los altos costos de transacción impiden un acuerdo, el ranchero construirá la cerca a un costo de $20.

De manera similar, consideremos el ejemplo del club nocturno cuando la negociación falla. Dada una negociación fallida, el dueño del club y el vecino hacen cumplir sus derechos en lugar de intercambiarlos. La ley podría darle al club nocturno el derecho a tocar música, en cuyo caso ganaría $500 y el vecino perdería $100. O la ley podría otorgarle al vecino el derecho a la tranquilidad. En ese caso, asumiendo que no hay negociación, el dueño del club nocturno renunciaría a ganar $500 y el vecino evitaría un daño de $100.

Ejemplos como estos ilustran una generalización importante. *Cuando los costos de transacción son cero, la ley afecta la distribución pero no la producción.* Si el club nocturno y el vecino pueden negociar fácilmente, la ley no afecta si el club nocturno opera y crea un valor neto de $400 (lo hace). La regla solo afecta las ganancias de las partes. Por el contrario, *cuando los costos de transacción son altos, la ley determina la distribución y la producción*[27]. Si el club nocturno y el vecino no pueden negociar, la ley determina si el club nocturno opera, y determina las ganancias de las partes.

Preguntas

1.5.1. En el ejemplo anterior, supongamos que la regla legal es "campo abierto", lo que significa que el ranchero no es responsable por los daños causados por las vacas. ¿Negociarán las partes sobre quién construye la cerca? ¿Por qué sí o por qué no?
1.5.2. Supongamos que construir la cerca le costaría al agricultor $18 en lugar de $10 y que la regla legal es "campo cerrado". Todo lo demás en el ejemplo permanece igual. En las negociaciones entre el agricultor y el ranchero, ¿cuál es la solución de negociación de Nash?
1.5.3. En el ejemplo del club nocturno, ¿cuáles son las ganancias del dueño del club y del vecino si los costos de transacción son altos y el club tiene derecho a tocar música? ¿Cuáles son las ganancias si los costos de transacción son altos y el vecino tiene derecho a la tranquilidad?
1.5.4. Los propietarios de apartamentos en la ciudad de Nueva York descubrieron planes para construir una torre al lado. La torre bloquearía sus vistas del Empire State Building. Los

[27] Las generalizaciones en cursiva se refieren a la eficiencia de la producción, no a la cantidad de producción. La diferencia generalmente no es importante. Para ilustrar, la ley sobre si el campo está abierto o cerrado afecta la riqueza relativa del agricultor y el ranchero. En consecuencia, la ley podría afectar la demanda de bienes, en términos de precios y cantidades. Supongamos que el ranchero prefiere comer carne de res y el agricultor prefiere comer maíz. Una norma de campo abierto podría resultar en mayor riqueza para el ranchero y, por lo tanto, mayor demanda de carne de res, mientras que una norma de campo cerrado podría resultar en lo contrario. Las diferencias en la demanda de carne de res y maíz podrían implicar una colocación diferente de las cercas. La ley afecta dónde se colocan las cercas, pero no la eficiencia de su colocación.

propietarios pagaron $11 millones para comprar los "derechos de aire" del lote vecino, evitando la construcción de la torre[28]. ¿Quién tenía la ley de su lado, el dueño del lote o los propietarios del apartamento? ¿Era eficiente la construcción de la torre?

Negociación y Normas

¿Las partes realmente negocian como lo implica el Teorema de Coase? Robert Ellickson estudió las interacciones entre agricultores y ganaderos en el condado de Shasta, California. La regla legal variaba entre campo abierto y campo cerrado. Ellickson descubrió que los cambios en la ley no afectaban las decisiones sobre cercado, tal como predice el Teorema de Coase que ocurrirá cuando los costos de transacción son bajos. Sin embargo, las partes no negociaban explícitamente alrededor de la ley. En su lugar, obedecían normas sociales, según las cuales los ganaderos mantenían sus vacas bajo control para evitar chismes negativos y daños a sus animales.

Esta investigación condujo a una intensa indagación por parte de economistas sobre la evolución de las normas sociales. En general, las normas sociales informales y las reglas legales formales pueden aumentar la producción y resolver problemas de distribución. Cuando los costos de transacción de las interacciones sociales son bajos, las normas sociales pueden producir buenos resultados con poca ayuda de una ley. Por ejemplo, las empresas familiares cuyos miembros tienen relaciones sociales cercanas pueden no necesitar mucha ayuda de la ley para coordinar su comportamiento. Sin embargo, cuando los costos de transacción de las interacciones sociales son altos, las normas sociales pueden producir malos resultados a menos que reciban ayuda de la ley. Por ejemplo, las transacciones inmobiliarias implican sumas de dinero tan grandes que los mecanismos informales, como la reputación y el boicot, no pueden prevenir el mal comportamiento. Comprar una casa implica un ritual complicado. En general, las fallas en las normas sociales requieren remedios legales, al igual que las fallas en los mercados requieren remedios regulatorios.

[28] J. David Goodman, *How Much Is a View Worth in Manhattan? Try $11 Million*, N.Y. TIMES, 22 de julio de 2019.

1.6. Teorema de Coase (desde el Derecho Público)

El Teorema de Coase, cuando se lo mira desde el derecho privado, se refiere a negociaciones sobre bienes privados—cercas, seguros, computadoras, automóviles, etc. ¿Qué sucede con las negociaciones sobre normas públicas? Las negociaciones sobre leyes se dan entre ejecutivos de empresas, legisladores, reguladores, administradores, miembros de comités, comisionados, grupos de interés e incluso algunos jueces. Al igual que los coleccionistas intercambian estampillas, los legisladores intercambian apoyo para beneficiarse a sí mismos. En consecuencia, podemos reformular el Teorema de Coase para aplicarlo a la regulación pública. *El Teorema de Coase, cuando analiza la regulación pública, afirma que, a medida que los costos de transacción en las negociaciones entre legisladores se acercan a cero, estos cooperarán entre sí y asignarán los derechos públicos* a los legisladores que más los valoren*. Para ilustrarlo con el ejemplo de Caleb y Dee, si los costos de transacción son suficientemente bajos, intercambiarán votos y proporcionarán más fondos para sus programas preferidos, como escuelas y policía.

Para aclarar el teorema, consideremos un ejemplo más. Caleb y Dee se benefician si se aprueba su legislación sobre escuelas y policía en el consejo municipal. Expresado en dinero, Caleb gana $100,000 y Dee gana $50,000. En contraste, Graham, un tercer miembro del consejo municipal, se opone a las propuestas. Expresado en dinero, Graham perderá $250,000 si se aprueban las propuestas. Por lo tanto, la promulgación de las propuestas crearía una pérdida neta de $100,000. Si los costos de transacción de la negociación son cero, Graham pagará a Caleb y Dee para *no* promulgar su legislación. Por ejemplo, podría hacerle un favor a Caleb (v.gr., votar a favor de un proyecto de ley futuro) valorado en $140,000 y un favor a Dee (v.gr., nombrarla en un comité poderoso) valorado en $60,000. Caleb y Dee prefieren las ofertas de Graham a promulgar sus propuestas. Y Graham prefiere sus ofertas, que le cuestan $200,000, a promulgar las propuestas recién mencionadas, lo que le costaría $250,000[29]. Todas las partes están mejor. En lugar de promulgar las propuestas y destruir $100,000 en valor, las partes negocian un resultado mutuamente beneficioso.

En este ejemplo, tres funcionarios negocian para beneficiarse a sí mismos, pero ¿qué pasa con sus electores? ¿Se benefician los ciudadanos cuando sus líderes hacen tratos? Volveremos a esta pregunta más adelante en el capítulo.

* Nota del traductor: en la obra original el término "derechos públicos" es tratado como "public entitlements". Estos son programas gubernamentales que entregan beneficios a la población de acuerdo a ciertas categorías como edad, ingresos, etc. Ejemplos de estos derechos son la seguridad social y algunos subsidios.

[29] Para simplificar, asumimos que el costo para Graham de hacer los favores es igual a los beneficios para Caleb y Dee de recibir los favores.

En conjunto, las versiones de derecho privado y derecho público del Teorema de Coase tienen una implicancia para la creación de leyes: las negociaciones privadas y las leyes públicas a menudo son soluciones sustitutas a problemas de cooperación. Consideremos el ejemplo del club nocturno ruidoso y el vecino. Si pueden negociar privadamente, cooperarán haciendo un acuerdo privado—por ejemplo, el club nocturno paga al vecino, y el vecino no se queja por el ruido. Si no pueden negociar privadamente, el vecino puede exigir que se dicten restricciones al ruido por parte del consejo municipal.

Aquí hay otro ejemplo. Emily es dueña de una fábrica de cemento y Frank es dueño de una granja adyacente. El polvo de la fábrica de Emily contamina los cultivos de Frank, y los tractores de Frank congestionan la carretera, obstaculizando los camiones de Emily. Si los costos de transacción de una negociación privada entre las partes son bajos, Emily y Frank podrían llegar a un acuerdo mediante el cual Emily reduce el polvo y Frank reduce la congestión. Si dichos costos de transacción son altos y las partes no llegan a un acuerdo, Frank puede exigir que se dicte regulación sobre la contaminación y Emily puede exigir que se regule respecto de la congestión.

Estos ejemplos hacen posible realizar la siguiente generalización: *la negociación privada exitosa disminuye la presión por nuevas leyes, y la negociación privada fallida aumenta la presión por nuevas leyes*. Para ilustrar, consideremos un caso de la Corte Suprema llamado *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*[30]. Una pareja homosexual pidió a un pastelero que hiciera un pastel para su boda. El pastelero se negó debido a sus creencias religiosas. ¿El derecho de la pareja a un trato igualitario derrota el derecho del pastelero a sus creencias religiosas (discriminatorias)? La respuesta depende del significado de la Constitución, el cual es disputado. Si la pareja y el pastelero hubieran resuelto su desacuerdo privadamente, la Corte Suprema no habría tenido que conocer del caso. De hecho, las partes no resolvieron su desacuerdo, por lo que la Corte Suprema debió conocer del caso. El pastelero ganó. Hablaremos más sobre este caso más adelante en el libro.

[30] 138 S. Ct. 1719 (2018).

Preguntas

1.6.1. A comienzos de 2018, el gobierno de los EE. UU. se "cerró" durante 35 días porque el Congreso y el Presidente no pudieron ponerse de acuerdo sobre la política de inmigración. Después de que el Presidente cedió, un proyecto de ley para reabrir el gobierno fue aprobado en el Congreso en cuestión de horas[31]. Utiliza el Teorema de Coase de Derecho Público para analizar el cierre del gobierno.

1.6.2. Durante su primer mandato, el presidente Barack Obama amenazó con vetar proyectos de ley que contenían "asignaciones específicas", medidas de gasto añadidas a otras legislaciones, como una subvención de $500,000 al Museo Teapot[32]. A lo largo de la presidencia de Obama, el Congreso encontró dificultades para llegar a compromisos[33]. ¿Puedes hallar una relación entre la amenaza del Presidente y su dificultad para llegar a acuerdos con el Congreso?

1.6.3. En una economía monetaria, las personas comercian con dinero, como cuando el club nocturno paga al vecino en efectivo. En una economía de trueque, las personas comercian con bienes y servicios, como cuando el club nocturno paga al vecino dándole entrada gratuita a los conciertos. ¿Se asemeja la negociación entre legisladores a una economía monetaria o de trueque? ¿Qué economía tiene costos de transacción más altos?

¿Política Cotidiana?

Rod Blagojevich, exgobernador de Illinois, fue condenado por 18 delitos. Su crimen más sensacional involucró al Senado de los EE. UU. Cuando Barack Obama dejó el Senado para convertirse en Presidente de los Estados Unidos, Blagojevich tenía el poder de nombrar a su reemplazo (Obama era senador por Illinois). Blagojevich ofreció el puesto en el Senado a un aliado de Obama a cambio de dinero o de un puesto en el gabinete de Obama, como el de Secretario de Trabajo. Obama se negó, y Blagojevich fue condenado por extorsión y corrupción.

[31] Jacob Pramuk, *Trump Signs Bill to Temporarily Reopen Government After Longest Shutdown in History,* CNBC, 25 de enero de 2019, https://www.cnbc.com/2019/01/25/senate-votes-to-reopen-government-and-end-shutdown-without-border-wall.html

[32] Bill Marsh, *Pork Under Glass? Small Museums and Their Patrons on Capitol Hill*, N.Y. TIMES, 30 de abril de 2006.

[33] Niki Papadogiannakis, *Laws Plummet in Post-Earmark Era*, THE HILL, 15 de octubre de 2014.

Blagojevich apeló sus condenas, y tuvo éxito en una de ellas. Las instrucciones al jurado no diferenciaron la demanda de dinero de Blagojevich de su demanda de un nombramiento en el gabinete. Al jurado se le dijo que ambas demandas estaban prohibidas. Sin embargo, un tribunal federal no estuvo de acuerdo, sosteniendo que las dos demandas eran "legalmente diferentes: una propuesta para intercambiar un acto público por otro, una forma de *logrolling*, es fundamentalmente distinta del intercambio de un acto oficial por un pago privado". El tribunal continuó:

Un quid pro quo ocurre cuando un funcionario público realiza un acto oficial (o promete hacerlo) a cambio de un beneficio privado, como dinero…. Un *logrolling* político, en cambio, es el intercambio de un acto oficial por otro. El Representante A acepta con el Representante B votar a favor de los apoyos a los precios de la leche, si B acepta votar a favor de controles más estrictos sobre la contaminación del aire. Un Presidente nombra a C como embajador, a solicitud del Senador D, a cambio de la promesa de D de votar para confirmar a E como miembro de la Junta Nacional de Relaciones Laborales. La gobernanza difícilmente sería posible sin estas acomodaciones, que permiten a cada funcionario público lograr en mayor medida su objetivo principal mientras cede algo que le importa menos, pero que es más importante para el otro político.

Una propuesta para nombrar a una persona a un cargo (por ejemplo, el Gabinete) a cambio de la promesa de otra persona de nombrar a alguien diferente a otro cargo (por ejemplo, el Senado) es un ejercicio común de *logrolling*. Preguntamos al fiscal en los argumentos orales si, antes de este caso, el *logrolling* había sido la base de una condena penal en la historia de los Estados Unidos. El abogado no estaba al tanto de ninguna condena previa por un intercambio de favores políticos. Nuestra propia investigación no encontró ningún caso. Sería más que un poco sorprendente para los miembros del Congreso si el poder judicial encontrara en la ley penal federal una norma que criminalizara la política cotidiana.

Blagojevich pasó muchos años en prisión, pero no por exigir un puesto en el gabinete de Obama. Esa condena fue anulada. ¿Tomó el tribunal la decisión correcta? ¿Es el *logrolling* simplemente "política cotidiana"?

1.7. El teorema de Coase, ¿una Regla Práctica o una Ley de la Naturaleza?

Para contextualizar nuestra discusión sobre el Teorema de Coase, contrastamos las reglas prácticas y las leyes de la naturaleza. Para hacer una generalización simple, según el Teorema de Coase el concepto de "costos de transacción" abarca todos los obstáculos que hacen que una negociación falle. Bajo esta definición, la negociación *debe* tener éxito a medida que los costos de transacción se acercan a cero, por lo que el teorema se vuelve verdadero por definición. Una proposición que es verdadera por definición es una tautología, como "todos los esposos están casados". Considerado como una tautología, el Teorema de Coase es una verdad sobre el lenguaje[34].

Alternativamente, si se lo considera como una proposición fáctica, el Teorema de Coase es una regla práctica sobre el comportamiento. En la medida que los costos de transacción disminuyen, es más fácil negociar extensamente y el acuerdo es más probable. Sin embargo, algunos obstáculos para la negociación son persistentes y el acuerdo nunca es seguro.

¿Qué obstáculos para la negociación son persistentes? La estrategia es uno. El mejor movimiento de un jugador en un juego de negociación a menudo depende de la estrategia del otro jugador, y viceversa[35]. La estrategia es la esencia de los juegos entre personas. En lugar de tener soluciones simples, los juegos estratégicos suelen ser complicados, como todos los que ven deportes o ajedrez lo saben. Al tratar la estrategia como un costo de transacción, el Teorema de Coase reduce la complicada teoría de juegos a lo que los economistas llaman "teoría de precios", que es mucho más simple. Esta simplificación hace que el Teorema de Coase sea útil.

Para ilustrar, contrastemos el comportamiento que tiene un tomador de precios y un hacedor de precios[36]. Los compradores que adquieren leche en una tienda de comestibles toman el precio listado. Ser tomador de precios es relativamente simple y determinante. En contraste, un comprador de un automóvil usado establece un precio negociando con el vendedor. Ser un hacedor de precios implica un comportamiento estratégico, que es difícil de modelar y predecir.

[34] Existe una extensa literatura que aborda si el Teorema de Coase es tautológico. *Véase, por ejemplo*, Douglas W. Allen, *The Coase Theorem: Coherent, Logical, and Not Disproved*, 11 J. INST. ECON. 379 (2015).

[35] A veces, las mejores estrategias implican la aleatorización, y a veces las mejores estrategias tienen múltiples equilibrios sin una forma racional de elegir entre ellos. Un *equilibrio de Nash* existe si ningún jugador desea cambiar su estrategia, dado el comportamiento de los otros jugadores. Véase John Nash, *Non-Cooperative Games*, 54 ANNALS OF MATHEMATICS 286 (1951). Los equilibrios de Nash múltiples son comunes en juegos de negociación.

[36] En un mercado perfectamente competitivo, no hay espacio para negociar. Los participantes son tomadores de precios, sin poder influir en ellos. Aceptar los precios elimina el comportamiento estratégico. Por el contrario, en mercados imperfectamente competitivos, hay espacio para negociar. Los participantes intentan obtener una mayor parte del excedente de la cooperación obteniendo el mejor precio de los demás. Los participantes son hacedores de precios.

El Teorema de Coase es una regla práctica porque sus suposiciones eliminan la estrategia, lo que hace que el análisis se vuelva más simple al mismo tiempo que sigue siendo aproximadamente preciso. La negociación suele tener éxito a medida que los costos de transacción se acercan a cero, pero no es siempre el caso. El Teorema de Coase no es una ley de la naturaleza como la ley de gravitación universal de Newton.

2. Teoría Normativa de la Negociación

Al igual que los coleccionistas que intercambian monedas, los legisladores intercambian votos para obtener un beneficio mutuo. A lo largo de las instituciones de derecho público—organismos internacionales, comités legislativos, agencias reguladoras, comisiones ciudadanas e incluso tribunales—la negociación beneficia a los participantes. Sin embargo, las partes que negocian en el derecho público son mayoritariamente funcionarios, no ciudadanos ¿Es la negociación política buena o mala para el público? Anteriormente explicamos que la negociación produce y distribuye valor. La eficiencia y la distribución son dos valores políticos que influyen en la política y dominan la economía. Podemos usarlos para evaluar la negociación política.

2.1. Eficiencia

Como se formuló anteriormente, el Teorema de Coase hace una predicción positiva: las negociaciones asignarán los derechos legales* a las partes que más los valoren, siempre que los costos de transacción no impidan el intercambio. Ahora consideremos el significado normativo de esta predicción. Cuando los derechos pertenecen a las personas que más los valoran, su asignación es eficiente. En consecuencia, el Teorema de Coase puede reformularse en términos de eficiencia: la negociación asigna los derechos legales de manera eficiente entre los negociadores cuando los costos de transacción son cero.

* Nota del traductor: en la versión original de este libro el término utilizado es "*legal entitlements*", el cual se refiere al derecho de tener o hacer algo, que es consagrado por el derecho o la costumbre.

Para ilustrarlo con el ejemplo de la cárcel, la negociación mueve el derecho a las celdas vacías de Adam, quien las valora menos, a Blair, quien las valora más. Después de la transacción, Adam y Blair tienen los derechos que más valoran. Por lo tanto, la asignación es eficiente con respecto a Adam y Blair[37].

Anteriormente explicamos que las regulaciones públicas y las negociaciones privadas son sustitutos. Podemos reformular esto como una cuestión de eficiencia. Un cambio de una asignación ineficiente a una eficiente de los derechos legales crea un excedente. Las regulaciones públicas o los acuerdos privados son medios alternativos para lograr ese excedente. El enfoque eficiente depende de los costos de transacción. Si los costos de transacción de una negociación pública son más bajos que los de una negociación privada, la nueva ley es el medio eficiente para lograr el excedente. Por el contrario, si los costos de transacción de la negociación pública son más altos que los de la negociación privada, los acuerdos privados son el medio eficiente para lograr el excedente.

La mayoría de las personas está de acuerdo en que la eficiencia es mejor que la ineficiencia. Los políticos arrullan sobre la necesidad de eficiencia como palomas alrededor de una rebanada de pan. Los funcionarios estatales nunca abogan públicamente por desperdiciar dinero. A diferencia de lo que ocurre con la eficiencia, sí hay desacuerdo sobre la distribución entre los políticos, así como entre los abogados, economistas y el público en general. Más adelante hablaremos más sobre la distribución.

2.2. Representación

Los acuerdos dentro del ámbito del derecho público promueven la eficiencia entre los funcionarios que los realizan. ¿Qué sucede con todos los demás? ¿Es la negociación política buena o mala para el público general? Para responder a esta pregunta, ampliamos el alcance de la versión de derecho público del Teorema de Coase. Si la negociación política no tuviera costos, entonces todos podrían participar en la negociación. Si todos se unieran a la negociación, entonces todos podrían compartir sus beneficios. Todas las leyes que crean más beneficios que costos se promulgarán. Cuando todas las leyes que crean más beneficios que costos se promulgan, los resultados políticos son "socialmente eficientes". Podemos reformular la versión de derecho público del Teorema de Coase en términos de eficiencia social. *A medida que los costos de transacción de la negociación política se acercan a cero, las leyes se vuelven socialmente eficientes.*

[37] La eficiencia se presenta en diferentes formas. La *eficiencia de Pareto* se logra cuando ningún cambio en la asignación existente de derechos haría que alguien esté mejor sin hacer que otra persona esté peor. La *eficiencia de costo-beneficio* se logra cuando cualquier reasignación de un derecho impondría más costos que beneficios en general. Cuando Adam y Blair intercambian dinero por las celdas, logran tanto la eficiencia de Pareto como la eficiencia de costo-beneficio. Supongamos, en cambio, que Adam comenzó con todo el dinero y las celdas. Esa asignación sería eficiente en términos de Pareto porque cambiarla—moviendo el dinero, las celdas, o ambos a Blair—haría que Adam esté peor. Sin embargo, esa asignación no sería eficiente en términos de costo-beneficio. Mover las celdas de Adam a Blair crearía $1,000 en valor. Cuando nos referimos a "eficiencia" en este libro, generalmente nos referimos a la eficiencia de costo-beneficio.

Para ilustrarlo, supongamos nuevamente que Caleb y Dee se benefician al impulsar su legislación sobre escuelas y policía en el consejo municipal. En contraste, Graham, el tercer miembro del consejo, pierde. Supongamos que la promulgación de leyes requiere una mayoría simple entre estos tres políticos. Consideremos dos posibles consecuencias. Primero, si Caleb y Dee ganan más con la legislación de lo que Graham pierde, entonces Graham no puede pagarles lo suficiente a Caleb y Dee para que retiren su legislación. Promulgarán la legislación, ya que la eficiencia social entre los tres lo requiere. En segundo lugar, si Caleb y Dee ganan menos con la legislación de lo que Graham pierde, entonces Graham puede pagar lo suficiente a Caleb y Dee para que retiren su legislación. Retirarán la legislación, como la eficiencia social lo requiere.

Supongamos que Graham no es un miembro del consejo municipal sino un ciudadano particular. La lógica es la misma. Si la negociación no tiene costos y la legislación es socialmente eficiente para los tres, Caleb y Dee pueden ofrecerle algo de valor a Graham a cambio de su acuerdo de no impedir sus propuestas. Por ejemplo, pueden ofrecer realizar una audiencia sobre la legislación que favorece a Graham a cambio de que no interrumpa las reuniones del consejo municipal. Si la legislación es ineficiente, Graham puede ofrecerle algo a Caleb y Dee a cambio de que retiren sus propuestas.

La legislación generalmente afecta a muchos ciudadanos, no solo a uno, como Graham. Una negociación sin costos implicaría que todos los legisladores y ciudadanos pueden negociar, y acordarán el paquete de leyes socialmente eficiente. No se promulga ninguna ley a menos que sus beneficios excedan los costos.

En la práctica, los costos de transacción de la negociación entre grandes grupos suelen ser altos, no bajos. En consecuencia, los ciudadanos no pueden negociar entre sí sobre regulación pública. En su lugar, los funcionarios o representantes negocian en su nombre. En una democracia, los legisladores deben representar a los ciudadanos. Los legisladores representativos idealmente hacen los mismos acuerdos que los ciudadanos harían si los costos de transacción entre los ciudadanos no fueran prohibitivos. Esto lleva a otra reformulación de la versión de derecho público del Teorema de Coase: *a medida que los costos de transacción de la negociación política entre los representantes se acercan a cero, las leyes se vuelven socialmente eficientes.* La representación es un tema importante y complicado al que volveremos en capítulos posteriores.

Preguntas

2.2.1. Si los costos de transacción de la negociación fueran cero, ¿necesitaríamos consejos municipales? ¿Puedes relacionar tu respuesta con la ley de Massachusetts que establece que los pueblos pequeños celebran reuniones abiertas en las que los ciudadanos particulares hacen las leyes?[38]
2.2.2. Los legisladores a veces quieren promulgar propuestas que los beneficiarían (por ejemplo, salarios más altos, más vacaciones) pero perjudicarían más a los ciudadanos privados. En una democracia, ¿qué pueden ofrecer los ciudadanos privados a los legisladores a cambio de su acuerdo para retirar dichas propuestas?
2.2.3. Si la negociación entre ciudadanos y legisladores promueve la eficiencia, ¿por qué las leyes contra el soborno prohíben a los ciudadanos pagar a los legisladores para que voten de una manera particular?

Regla de la Mayoría y Derechos de las Minorías

La Ley de Derechos Electorales de 1965 es un hito en la legislación estadounidense. Al eliminar las barreras racistas para votar, mejoró enormemente la capacidad de los afroamericanos para elegir a sus candidatos preferidos para ocupar cargos públicos. Pero ¿realmente empoderó a las minorías raciales la elección de sus candidatos preferidos? Consideremos el Congreso de los EE. UU., que tiene 535 miembros y opera bajo la regla de la mayoría. Uno podría preguntarse si agregar algunos representantes de un grupo minoritario, o incluso unas pocas docenas de representantes, cambiará los resultados legislativos en el Congreso. James Madison, uno de los redactores de la Constitución, escribió: "Si una mayoría está unida por un interés común, los derechos de la minoría no estarán seguros".

La teoría de la negociación muestra cómo incluso una pequeña minoría puede ejercer poder en un sistema mayoritario. Los legisladores pueden intercambiar sus votos sobre temas que no les importan a cambio de votos en temas que sí les importan. De esta manera, unos pocos legisladores podrían asegurar la aprobación de un proyecto de ley que sus electores valoran altamente. A medida que los costos de transacción de la negociación se acercan a cero, esto sucederá cada vez que el valor para esos electores (incluso si son pocos en número) exceda los costos para otros (incluso si son muchos en número).

[38] Estas se llaman Reuniones de Ciudad. La autorización para ellas proviene de la constitución estatal. *Véase* Mass. Const. art. LXXXIX

Al hacer posible que las minorías ganen escaños en el Congreso, la *Voting Rights Act* facilitó la negociación entre ellos y la mayoría. Además, en la medida que las minorías ganaron más escaños, aumentaron su poder de negociación. Por supuesto, los costos de transacción siempre son mayores a cero, y los grupos minoritarios aún pueden ejercer poco poder. Pero ejercen más poder del que tendrían si se prohibiera la negociación entre los miembros del Congreso.

2.3. Distribución y Bienestar Social

Las personas están generalmente de acuerdo en el valor de la eficiencia, pero están en desacuerdo respecto de materias distributivas. Algunos argumentan que una distribución más igualitaria de la riqueza de la sociedad es mejor que una menos igualitaria, y otros argumentan lo contrario. En el ejemplo del club nocturno, operar después de la medianoche genera un excedente de $400. Algunos dirían que esa suma debería ir al vecino, mientras que otros dirían que pertenece al club nocturno. Las personas que pueden ganar algo de una redistribución está particularmente en desacuerdo con aquellas que pueden perder con ella. Así, el vecino que se beneficiaría de un derecho al silencio probablemente favorecerá ese derecho, mientras que el club nocturno que se beneficiaría de un derecho a hacer ruido probablemente favorecerá ese derecho.

Dado que las personas no están de acuerdo sobre materias distributivas, también discrepan sobre cuánta eficiencia estarían dispuestas a sacrificar en pos de la igualdad. En el ejemplo del club nocturno, supongamos que el vecino es pobre y el club nocturno es rico. Si no hay negociación entre ellos, el derecho al silencio ahorrará al vecino pobre $100 a un costo de $500 para el club rico. ¿Vale la pena? La gente estará en desacuerdo.

Muchos conflictos en el derecho público se remontan a dos preguntas: ¿Cuánta igualdad deberíamos perseguir y cuánta eficiencia deberíamos sacrificar para lograrla? Los desacuerdos sobre la eficiencia y la distribución están relacionados con cómo se valoran dichos factores. Los economistas a menudo discuten su valor en términos de *utilidad*. La utilidad se refiere al bienestar de una persona, el que depende de las cosas que le importan, como su salud, familia, estatus social y la correspondencia que existe entre sus leyes preferidas y las leyes realmente existentes. A medida que aumenta el bienestar de una persona, aumenta su utilidad.

Al igual que la salud, el dinero aumenta la utilidad. Sin embargo, la mayoría de los economistas cree que lo hace a un ritmo decreciente. Un cheque de $100,000 aumenta la utilidad de un mendigo

más que la de un multimillonario. Por lo tanto, transferir dinero de una persona a otra no cambia la riqueza total, pero sí podría cambiar la utilidad total.

Para ilustrarlo, añadamos algunos detalles al ejemplo del club nocturno. Supongamos que el vecino es un escritor envuelto en dificultades económicas y que el ruido del club lo distrae. Operar le genera al club $500 y le cuesta al vecino una suma de $100, la que representa su pérdida explicada por los trabajos literarios que no puede completar en la noche por el ruido. Si el club opera, se produce un valor igual a $400. La forma en que se distribuye ese dinero no afecta la suma—el excedente siempre será de $400—pero podría afectar la utilidad. Transferir más del excedente cooperativo al vecino pobre podría aumentar su utilidad más de lo que disminuye la utilidad del dueño rico del club nocturno. Para transferir dicha utilidad, la regulación puede alterar los derechos subyacentes en la negociación. Al otorgar al vecino el derecho al silencio, la regulación obliga al club nocturno a pagar al vecino por el derecho a hacer ruido. Según nuestras suposiciones, un pago del club al vecino le resta menos utilidad al dueño de dicho club que lo que gana en utilidad el vecino (la primera magnitud es menor que la segunda). Por lo tanto, otorgar al vecino el derecho al silencio genera más utilidad que otorgar al club nocturno el derecho a operar.

Esta conclusión, sin embargo, depende de medir la utilidad de diferentes personas y de sumarlas. No existe una forma generalmente aceptada de medir y comparar la utilidad de diferentes personas. Muchos están de acuerdo en que el bienestar social aumenta con la utilidad individual, pero la mayoría discrepa sobre la tasa de incremento. Estas discrepancias reflejan más cuestiones de filosofía política y moral que cuestiones de ciencia social[39].

Redistribución Eficiente

En California, las limusinas pasan junto a campamentos de mendigos, y los jets privados sobrevuelan barrios empobrecidos. En Brasil, las seis personas más ricas tienen la misma cantidad de dinero que los 100 millones de personas más pobres. El mundo presenta profundas desigualdades de riqueza. Muchas personas creen que podríamos aumentar el bienestar social transfiriendo dinero desde los ricos hacia los pobres. ¿Cómo deberíamos mover el dinero?

[39] Para discusiones sofisticadas, véase Matthew Adler, Well Being And Fair Distribution: Beyond Cost-Benefit Analysis (2012); Matthew Adler, Measuring Social Welfare: An Introduction (2019).

Podríamos reasignar derechos. Para explicar esta idea, recordemos el ejemplo del club nocturno rico y el vecino pobre. Supongamos que otorgamos a los vecinos un derecho al silencio. Esto obliga al club a pagar al vecino por el permiso para tocar música, transfiriendo dinero de los ricos a los pobres.

En este ejemplo, otorgar al vecino el derecho al silencio redistribuye dinero de los ricos a los pobres. Pero, ¿qué sucede en otros lugares, donde otro club nocturno es pobre y su vecino es rico? Aquí, el derecho al silencio transfiere dinero de los pobres a los ricos. En general, redistribuir riqueza a través de la regulación requiere confiar en promedios crudos, como la riqueza típica de los clubes nocturnos y la riqueza típica de sus vecinos.

Reasignar derechos puede causar otro problema. Supongamos que un emprendedor elige entre dos posibles negocios: abrir un club nocturno o abrir una tienda de donas. El club nocturno crearía $500 en valor para el empresario y $100 en pérdidas para el vecino. La tienda de donas crearía $250 en valor para el empresario y no causaría pérdidas a nadie. La eficiencia requiere que el empresario abra el club nocturno (valor neto de $400 en lugar de $250). Si el gobierno otorga al vecino el derecho al silencio, el empresario tendrá que pagarle al vecino por el permiso para operar. Esto podría costar, digamos, $300, lo que reduciría la ganancia del club a $200. El empresario preferiría $250 a $200, por lo que abrirá la tienda de donas. La tienda de donas es la mejor opción para el empresario, pero no para la sociedad. En general, reasignar derechos causa ineficiencia al distorsionar las elecciones de las personas.

En lugar de reasignar derechos, podríamos gravar con impuestos a los ricos y transferir dichos ingresos a los pobres. Un sistema de impuestos y transferencias evita el problema de los promedios crudos. Podemos gravar a los propietarios de clubes nocturnos ricos, no a todos los propietarios de clubes nocturnos. Del mismo modo, los impuestos causan menos distorsiones. Para entender por qué, supongamos que en lugar de reasignar los derechos al vecino, requerimos que el empresario pague un impuesto del 10 por ciento. Si el emprendedor abre el club nocturno, su ganancia después de impuestos será de $450. Si abre la tienda de donas, su ganancia después de impuestos será de $225. Entonces, abrirá el club. El impuesto conduce a la elección eficiente (abrir el club nocturno), mientras que reasignar el derecho lleva a la elección ineficiente (abrir la tienda de donas).

Esta discusión hace que los impuestos suenen mejor. Sin embargo, administrar un sistema de impuestos no es barato. Debemos identificar a los ricos, calcular los impuestos, recaudar el dinero, identificar a los pobres y transferir el dinero. Cada paso requiere personas (contadores,

abogados, recaudadores de impuestos) y recursos. El Servicio de Impuestos Internos, que recauda los impuestos federales en Estados Unidos, emplea a más de 70,000 personas y tiene un presupuesto anual de aproximadamente $12 mil millones. Según un estudio, alrededor de un tercio de cada dólar marginal de impuestos se desperdicia.

La mayoría de los estudiosos del análisis económico del derecho prefieren redistribuir dinero a través del sistema impositivo, no a través de derechos legales. Creen que los impuestos cuestan menos y crean menos distorsiones, todo lo demás siendo igual. Por supuesto, no todos están de acuerdo.

3. Fallas de la Negociación

Hemos explicado la teoría positiva y normativa de la negociación. La generalización subyacente es que los bajos costos de transacción facilitan las negociaciones tanto en el sector público como en el privado, lo que lleva a obtener beneficios mutuos. Como se ha discutido, la negociación a veces es exitosa y a veces fracasa. Una buena teoría de la negociación diagnostica la causa y la solución de las fallas, al igual que un buen médico diagnostica la causa y la cura de una enfermedad. Esbozaremos teorías sobre las fallas de la negociación basadas en la teoría económica de las fallas de mercado. Estas teorías conectan la causa de las fallas de la negociación con su cura.

Los economistas a menudo dividen las fallas de mercado en tres categorías: externalidades, información asimétrica y monopolio. Estos términos capturan problemas que el derecho público busca superar. Los economistas han pasado décadas estudiando estos impedimentos para la cooperación. Discutiremos cada uno brevemente.

3.1. Externalidades, Bienes Públicos y el *Free Riding**

En 1948, una niebla tóxica descendió sobre la ciudad de Donora, Pensilvania, matando a 20 residentes y enfermando a miles más[40]. Las emisiones de las plantas industriales contribuyeron al desastre. En términos económicos, el smog fue una *externalidad negativa*. Una externalidad negativa existe

*Nota del traductor: se ha optado por dejar el término free riding sin traducir. Ello, pues en el ámbito académico se ha vuelto un término técnico de conocimiento generalizado. Con todo, una traducción aproximada a ser "un free rider" sería ser un polizón.

[40] Lorraine Boissoneault, *The Deadly Donora Smog of 1948 Spurred Environmental Protection—But Have We Forgotten the Lesson?*, Smithsonian Magazine, 26 de octubre de 2018.

siempre que la decisión de un actor excluye un costo que impone a otros. En el caso de Donora, los propietarios de las plantas aparentemente no consideraron el daño que su contaminación causaba a los residentes cercanos. Si los propietarios de las plantas hubieran considerado esos costos al tomar decisiones, habrían contaminado menos. Las externalidades negativas conducen a niveles ineficientemente altos de contaminación.

Para ver la lógica claramente, asignemos algunos números a Donora. Supongamos que un propietario de una planta gana dinero operando. Expresado en términos de utilidad, el dinero vale 10. Expresado en utilidad, el costo de respirar el aire sucio para el propietario de dicha planta industrial es igual a 4, y el costo para todos los demás es igual a 12. Si el propietario toma en cuenta todos los costos, no operará su planta. Preferiría no operar y obtener 0 a operar y obtener -6 (10 de ganancias, -4 de que él mismo respire aire sucio, y -12 de otros que respiren aire sucio). Si el propietario externaliza los costos hacia otros, operará. Preferiría operar y obtener 6 (10 de ganancias, -4 de su respiración del aire sucio) a no operar y obtener 0. Las externalidades negativas llevan a las personas a involucrarse en actividades ineficientes.

Las externalidades negativas están relacionadas con el problema del *free riding*. Para entender el *free riding*, consideremos cómo podría razonar un contaminador: "Si muchas fábricas reducen la contaminación, el aire estará limpio, ya sea que yo reduzca mi contaminación o no. Si pocas fábricas reducen la contaminación, el aire estará sucio ya sea que yo reduzca mi contaminación o no. Mi reducción poco importa para la calidad del aire, por lo que no gastaré dinero en reducir mi contaminación". Cada contaminador razona de esta manera. Así, cada contaminador espera que otros reduzcan la contaminación, nadie lo hace y el aire se ensucia más. Las externalidades negativas causan *free riding* respecto de la reducción de la contaminación que otros realizan.

A diferencia de la contaminación, algunas actividades tienen una *externalidad positiva.* Las externalidades positivas son lo opuesto de las externalidades negativas. Imaginemos una aldea sin una organización estatal que es atacada por bandidos. Para protegerse, la comunidad podría pedir a cientos de voluntarios que construyan un muro de piedra alrededor de la aldea. Cualquier persona que se ofrezca como voluntaria crea un beneficio para sí misma y para los demás en la aldea. El beneficio para los demás es la externalidad positiva.

Al igual que las externalidades negativas, las externalidades positivas pueden llevar al *free riding*. Un aldeano podría razonar: "Si muchas personas se ofrecen como voluntarias, el muro se construirá ya sea que yo cargue piedras o no. Si pocas personas se ofrecen como voluntarias, el muro no se construirá ya sea que yo cargue piedras o no. Mi participación no importa para mi seguridad, así que

me quedaré en casa y me relajaré". Un aldeano que razona de esta manera hace *free riding* respecto del esfuerzo de los demás. Si la mayoría de las personas razona de esta manera, todos se quedan en casa. El muro no se construye, aunque sus beneficios superen sus costos. Cuando un tomador de decisiones no es compensado por las externalidades positivas de su actividad, generalmente hay muy poco de dicha actividad.

Ciertas características específicas causan *free riding.* Si tú muerdes parte de mi sándwich, entonces hay menos para mí. Si conduces el coche, entonces yo no puedo conducirlo al mismo tiempo. Los sándwiches y los coches son bienes *rivales*. El consumo de bienes rivales excluye su uso por parte de otros. En contraste, podemos respirar aire simultáneamente sin agotar el suministro. De manera similar, los arquitectos han utilizado el Teorema de Pitágoras durante dos milenios, y este es igual de útil que siempre, no se ha agotado. El aire y la geometría *no son bienes rivales*.

Además de la rivalidad, consideremos la exclusión. Puedo evitar que conduzcas mi coche cerrándolo con llave, mientras que no puedo evitar fácilmente que respires el aire. De manera similar, evitar que alguien use tu idea es más difícil que evitar que alguien le dé un mordisco a tu sándwich. Los coches y los sándwiches son bienes *excluibles*, mientras que el aire y las ideas *no lo son*.

Podemos aplicar estos conceptos al muro del pueblo que recién analizamos. Aquí no hay rivalidad en el goce de la seguridad que proporciona , ya que todos en la aldea pueden disfrutarla a la vez, y dicha seguridad tampoco es excluyente, ya que nadie en la aldea puede quedar excluido de su protección. La ausencia de rivalidad y exclusión en su consumo son las características que definen a un *bien público* en la economía[41]. Las transmisiones de radio y la seguridad nacional son ejemplos estándar de bienes públicos puros. En contraste, la rivalidad y la exclusión caracterizan a los *bienes privados*. Los bienes privados puros incluyen plátanos, bicicletas y habitaciones. De hecho, muchos bienes tienen características tanto de bienes públicos como de bienes privados. Ejemplos de bienes mixtos incluyen las carreteras y las escuelas.

El carácter "público" de un bien causa el *free riding*. Para el aldeano, la no rivalidad significa que hay suficiente protección para todos, y la no exclusión significa que puede disfrutar de esa protección, ya sea que cargue piedras o no. Así que se queda en casa y se relaja. Si el muro no tuviera externalidades positivas —si el aldeano no se beneficiara cuando otros cargan piedras—, no podría aprovecharse de los esfuerzos de los demás.

[41] La teoría económica de los bienes públicos, y los conceptos asociados de rivalidad y excluibilidad, suelen remontarse a un notable artículo de tres páginas: Paul A. Samuelson, The Pure Theory of Public Expenditure, 36 Rev. Econ. & Stat. 387 (1954).

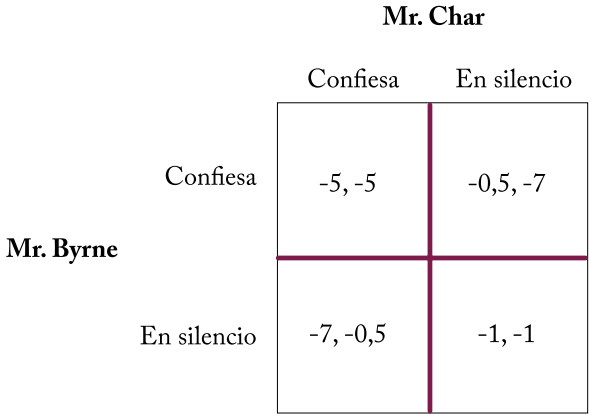
Al igual que las externalidades positivas, las externalidades negativas causan *free riding*. Para entender por qué, volvamos a Donora. El smog afectó a miles de residentes. La afectación que provocaba el aire contaminado no era rival (todos podían respirarlo simultáneamente) y no era excluible (nadie en Donora podía evitarlo). Los residentes podrían haber propuesto el siguiente trato a los dueños de la planta: "En lugar de contaminar y ganar 1 millón de dólares, dejen de contaminar y les pagaremos 2 millones de dólares". Este trato beneficiaría tanto a los residentes como a los industriales. Sin embargo, todos los residentes se beneficiarían, y esto llevaría al *free riding*. Los residentes esperarían que otros contribuyeran al pago de los 2 millones de dólares, al igual que los aldeanos esperarían que otros cargaran las piedras. El *free riding* por parte de los residentes que no pagaran impediría que se realizara el trato.

Generalizando a partir de casos como Donora, algunos economistas conectan el *free riding* con los orígenes del estado. La protección y la defensa proporcionan oportunidades para el *free riding*, y éste último impide que los individuos cooperen en asuntos de seguridad y otros bienes públicos. El estado surge como una solución. Por lo tanto, podemos interpretar muchas leyes públicas y las instituciones legales (legislaturas, tribunales) que las producen como soluciones al *free riding*.

El Dilema del Prisionero

El *dilema del prisionero* es un paradigma en las ciencias sociales para situaciones en que la racionalidad individual provoca un comportamiento mutuamente destructivo. La policía arresta al Sr. Byrne y al Sr. Char por haber incendiado un edificio en conjunto. Tras ser colocados en salas de interrogatorio separadas, cada sospechoso enfrenta una decisión: confesar el crimen o permanecer en silencio. Si ambos confiesan, ambos pasarán cinco años en prisión. Si ninguno confiesa, ambos pasarán un año en prisión. Si uno confiesa y el otro no, el confesor pasará solo seis meses en prisión —una recompensa por ayudar a la policía— y el que no confiese pasará siete años en prisión. La Figura 1 resume los hechos.

Figura 1. El Dilema del Prisionero



¿Qué debería hacer cada acusado? Si el Sr. Char confiesa, entonces el Sr. Byrne puede o bien confesar y enfrentar cinco años de prisión o permanecer en silencio y enfrentar siete años en prisión. Así que prefiere confesar. Alternativamente, si el Sr. Char permanece en silencio, entonces el Sr. Byrne puede o bien confesar y pasar seis meses en prisión o quedarse en silencio y pasar un año en prisión. Por lo tanto, prefiere confesar. Independientemente de la elección del Sr. Char, el Sr. Byrne estará mejor si confiesa. La misma lógica se aplica al Sr. Char, por lo que él también confesará. La mejor estrategia para cada individuo conduce a un mal resultado para ambos.

En la matriz de pagos, "confesar" significa "no cooperar" y "permanecer en silencio" significa "cooperar". ¿Puedes usar el dilema del prisionero para analizar el fracaso de los aldeanos al construir un muro de piedra?

Los mecanismos informales de *enforcement*[*], como la presión social, pueden prevenir en alguna medida el *free riding*. Si la contaminación perjudica solo a unas pocas personas (el derecho califica esto como una molestia privada), cada una de ellas puede contribuir y pagar al dueño de la industria respectiva para que reduzca dicho daño. Cada una contribuye para evitar ser condenada al ostracismo por su grupo.

Alternativamente, si la contaminación afecta a miles de personas (el derecho califica esto como una molestia pública), la negociación privada rara vez tiene éxito. Corregir una molestia pública

[*] Nota del traductor: se ha optado por dejar el término *enforcement* en inglés. Ello, pues este se ha vuelto un término de uso común en habla hispana en ámbitos académicos especializados en las políticas públicas. Además, no tiene una traducción literal en el castellano (aunque una traducción aproximada sería "aplicación"). Dicho término da cuenta de la actividad de hacer cumplir o ejecutar una norma o resolución judicial.

generalmente requiere de regulación pública. En el ejemplo del muro de piedra, una regulación podría prevenir el *free riding* gravando a los aldeanos que no ayuden en la construcción. En Donora, la Ley de Aire Limpio podría haber prevenido la niebla tóxica.

Para que el Estado pueda corregir el *free riding* entre los ciudadanos, los legisladores deben superar el *free riding* ellos mismos[42]. Esto puede ser difícil. Para ilustrarlo, supongamos que Helen e Ike son representantes del Congreso por Michigan, donde se fabrican automóviles, y se preocupan intensamente por un proyecto de ley de automóviles en el Congreso. Supongamos que los votos sobre el proyecto de ley están equilibrados, con el mismo número a favor y en contra. Para aprobar la ley, los representantes de Michigan necesitan intercambiar un voto con un representante de Nueva York, que se preocupa intensamente por un proyecto de ley sobre la regulación bancaria. Helen puede evitar ceder su voto porque tiene la esperanza de que Ike asumirá el costo de intercambiar el voto necesario. Ike puede hacer lo mismo. Si ambos se evitan ceder sus votos, el acuerdo no se llevará a cabo. El *free riding* por parte de actores privados causa ineficiencia, y el *free riding* por parte de actores públicos puede impedir que el estado la corrija.

Dado que el *free riding* obstruye la negociación, puede describirse como un costo de transacción. Por lo tanto, la versión de Derecho Público del Teorema de Coase puede reformularse de la siguiente manera: la negociación puede superar las externalidades si bajos costos de transacción mitigan el *free riding*. Cuando se trata de molestias privadas (las que involucran pequeños grupos de personas), las normas sociales pueden mitigar el *free riding*. Cuando se trata de molestias públicas (que involucran grandes grupos de personas), la legislación suele ser necesaria para mitigar el *free riding* de los ciudadanos. Sin embargo, legislar puede requerir superar el *free riding* de los funcionarios que hacen las leyes.

Preguntas

3.1.1. Una fábrica en Northfield, Minnesota, hace que la ciudad huela a palomitas de maíz y chocolate. El olor es una externalidad positiva. Explica cómo esta externalidad positiva puede llevar a la ineficiencia. La fábrica, ¿produce demasiado o muy poco?
3.1.2. Imagina una matriz de dos por dos con columnas etiquetadas como "rival" y "no rival" y filas etiquetadas como "excluible" y "no excluible". ¿En qué casilla se ubicarían los siguientes

[42] *Véase* W.M. Crain & R.D. Tollison, *Team Production in Political Majorities*, 2 Micropolitics 111 (1982). La conexión entre la producción en equipo y el aprovechamiento del esfuerzo ajeno se desarrolla en Armen A. Alchian & Harold Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, 62 Am. Econ. Rev. 777 (1972).

bienes: espacios de estacionamiento, reservas de peces en aguas internacionales, acceso a Internet de banda ancha, radio FM, radio satelital?[43]

3.1.3. Algunos tipos de información son bienes públicos. Por ejemplo, la música es no rival y, dada la facilidad para copiarla y compartirla, en gran medida también es no excluible. Explica cómo el *free riding* podría afectar las ventas de música y la producción de música. ¿Puedes pensar en alguna ley que mitigue el *free riding* en la industria musical?

3.1.4. La teoría de los bienes públicos justifica parte importante de la acción estatal, pero algunos dudan de que explique el origen del Estado. ¿En qué circunstancias los individuos privados no cooperan para proporcionar un bien público, pero tienen éxito en cooperar para formar un Estado?[44]

Los Artículos de la Confederación

Los Artículos de la Confederación establecieron un gobierno central para los Estados Unidos después de que las colonias declararan su independencia de Gran Bretaña. Sin embargo, los Artículos solo duraron unos pocos años, en parte debido a problemas financieros. Bajo los Artículos, el gobierno central podía solicitar fondos de los estados, pero estos no proporcionaban ningún mecanismo para obligar a los estados a pagar sus contribuciones asignadas. Algunos estados no pagaban, aparentemente bajo la esperanza de que los pagos de otros estados mantuvieran a flote al gobierno central. Los estados que no pagaban estaban realizando *free riding*.

Sin ingresos, el gobierno central no podía financiar un ejército para proteger a los estados frente a agresores extranjeros. Este fracaso convenció a la gente de que el gobierno central necesitaba más autoridad. En 1787, la Convención de Filadelfia redactó la Constitución de los Estados Unidos, cuya adopción requería el apoyo de nueve de los 13 estados. Un año después, la Constitución entró en vigor, reemplazando a los Artículos de la Confederación. La Constitución introdujo importantes cambios que llamaron la atención, como la creación de la presidencia y la protección de los derechos individuales. De manera crítica, también otorgó al gobierno federal

[43] Como se ha discutido, los bienes rivales y excluibles son bienes "privados", mientras que los bienes no rivales y no excluibles son bienes "públicos". Los bienes rivales y no excluibles son bienes "comunes" o "recursos de uso común". Los bienes no rivales y excluibles son bienes de "club". A medida que los recursos como los pastos se saturan, pasan de ser bienes públicos a bienes comunes.

[44] *Véase* Russell Hardin, *Economic Theories of the State, en* Perspectives On Public Choice: A Handbook 24 (Dennis C. Mueller ed., 1996) ("[Resolvemos el problema de la falla en el suministro de bienes públicos proporcionando un bien público superior, el Estado, para que pueda suministrar bienes públicos menores".).

el poder de recaudar dinero, primero a través de aranceles y luego mediante el impuesto sobre la renta. Esto mitigó el problema del *free riding*. Cuando estalló la guerra en 1812, Estados Unidos ya tenía una armada poderosa.

3.2. Asimetría de Información

El 11 de septiembre de 2001, terroristas de Al Qaeda destruyeron el World Trade Center en Nueva York, matando a casi 3.000 personas. Estados Unidos acusó a Irak de apoyar a Al Qaeda y de almacenar armas químicas, biológicas y nucleares. Irak negó ser partícipe de dichas actividades terroristas, y solo permitió inspecciones limitadas de sus instalaciones militares. La diplomacia falló y Estados Unidos invadió Irak en 2003, derrocando a un gobierno dictatorial, pero no encontró vínculos con Al Qaeda ni armas de destrucción masiva. Si Estados Unidos hubiera conocido los hechos, tal vez no habría amenazado con iniciar dicha guerra, y si Irak hubiera sabido que Estados Unidos invadiría, quizás habría permitido dichas inspecciones. La desinformación provoca errores de cálculo, y estos errores provocan el fracaso de las negociaciones. Las siguientes páginas explican por qué.

En nuestro ejemplo inicial, consideramos el caso de Adam y Blair negociando cuánto dinero costaba traspasar el uso de ciertas celdas de prisión. Asumimos que cada uno conocía su propio valor de amenaza ($3,000 en el caso de Adam, $5,000 en el de Blair). Con todo, en los hechos las partes a menudo tienen información incompleta sobre sus propios valores de amenaza. La desinformación provoca errores en la negociación. Para demostrarlo, la mayoría de los científicos está de acuerdo en que las temperaturas globales aumentarán con el tiempo, pero discrepan sobre la tasa, el costo y la parte de dicha alza que es atribuible a la actividad humana. Esto hace que los legisladores tengan incerteza sobre el valor de regular los gases de efecto invernadero. Sin buena información, los legisladores pueden desregular los gases de efecto invernadero y luego descubrir que los efectos son peores de lo esperado.

Más allá de la imperfección científica, los proyectos de ley a menudo son tan complicados que los legisladores no pueden comprender todos sus efectos. En 2014, el Congreso aprobó un proyecto de ley que excedía las 1,500 páginas de longitud y que autorizaba $1 billón en gastos para niños inmigrantes, enfermedades en África, sequías, control de armas, impuestos sobre las ventas, financiación de campañas, museos, la transferencia de detenidos de una base militar estadounidense en Guantánamo Bay, Cuba, entre otros asuntos. Durante las negociaciones, cada legislador comprendió algunos detalles del proyecto de ley, pero ninguno comprendió todos.

En estos ejemplos, las partes deben realizar el costoso ejercicio de reunir información para determinar sus propios valores de amenaza. Un problema diferente surge al determinar los valores de amenaza de otras personas. Supongamos que el Presidente negocia con el Congreso un proyecto de ley de inmigración. Si el Presidente y el Congreso llegan a un acuerdo, pueden cambiar el número de inmigrantes permitidos por ley. El Congreso preferiría admitir, digamos, hasta 500,000 inmigrantes adicionales, mientras que el Presidente preferiría admitir, digamos, hasta 200,000 inmigrantes adicionales. Dado que ambos prefieren que haya más inmigrantes, existe margen para la cooperación. Supongamos que el Presidente ofrece admitir hasta 200,000 inmigrantes adicionales, pero el Congreso piensa que el Presidente está dispuesto a aceptar hasta 300,000 inmigrantes adicionales. Por lo tanto, el Congreso paraliza la negociación a la espera de que se admitan más inmigrantes, y las negociaciones con el Presidente, consecuentemente, fracasan.

Si el Congreso supiera que el Presidente solo aceptaría 200,000 inmigrantes adicionales, aceptaría su oferta. En el ejemplo, el Presidente conoce sus propias preferencias, pero el Congreso no. La *asimetría de información* implica que una parte sabe algo que la otra no sabe. En este caso, la asimetría de información bloquea las negociaciones.

Las partes se guardan información sobre sus valores de amenaza para ganar una ventaja estratégica. Para verlo claramente, consideremos a Adam y Blair. Adam valora las celdas de la cárcel en $3,000 y Blair las valora en $4,000, lo que significa que una negociación exitosa creará un excedente de $1,000. El precio determina la distribución de ese excedente. Si Adam revela su valor de amenaza, Blair podría ofrecerle $3,001, lo que significa que obtiene solo $1 del excedente. Si retiene la información—si exagera y dice que valora las celdas en $3,900—ella podría ofrecerle mucho más. Adam tiene un incentivo para exagerar su valor de amenaza. Blair tiene un incentivo similar. La información asimétrica persiste en parte debido al comportamiento estratégico. Sin embargo, puede causar errores de cálculo y llevar la negociación a fracasar[45].

El problema de la verificación exacerba la asimetría de información. Supongamos que el Presidente declara sinceramente que prefiere admitir hasta 200,000 inmigrantes adicionales, pero no más. Reconociendo el poderoso incentivo que éste tiene para fingir, el Congreso podría no creerle. ¿Cómo podría el Presidente verificar su declaración y hacer que el Congreso le crea? Eso sería tan difícil como que Adam le demostrara a Blair que valora las celdas vacías en $3,000. Las decisiones son observables, pero las preferencias no lo son. Como no son observables, las preferencias no son verificables.

[45] Roger B. Myerson & Mark A. Satterthwaite, *Efficient Mechanisms for Bilateral Trading*, 29 J. Econ. Theory 265 (1983) (demostrando que el comportamiento estratégico, racional de forma individual, puede impedir una negociación eficiente).

Supongamos que el Congreso y el Presidente llegan a un acuerdo sobre un proyecto de ley de inmigración. Surge otro problema: ¿cumplirán con lo acordado? ¿El Congreso aprobará el proyecto de ley según lo prometido o se retractará y avergonzará al Presidente? ¿Firmará el Presidente como prometió o vetará el proyecto? Si cualquiera de las partes espera que la otra se retracte, no se molestarán en negociar en primer lugar. Las partes pueden hacerse promesas mutuamente, pero las palabras se las lleva el viento[46]. Para facilitar las negociaciones, hacer promesas falsas debe tener un costo.

El costo que tiene realizar una promesa falsa puede entenderse a través de la idea de compromisos creíbles. Un compromiso creíble cierra una oportunidad. En un libro clásico sobre el arte de la guerra, el filósofo chino Sun Tzu escribió: "Cuando tu ejército haya cruzado la frontera, debes quemar tus barcos y puentes, para dejar claro a todos que no tienes intención de regresar a casa"[47]. Antes de quemar los barcos, el costo de la retirada es bajo. Después de quemar los barcos, el costo de la retirada es alto. Quemar los barcos compromete al ejército con el avance. Al darse cuenta de que el ejército invasor no puede retroceder, los defensores tienden a negociar la paz. "Vencer al enemigo sin luchar," escribió Sun Tzu, "es la cúspide de la habilidad"[48].

Podemos conectar estas ideas más estrechamente con la teoría de la negociación. Recuerda que el "valor de amenaza" se refiere al beneficio que un jugador puede obtener por sí solo sin la cooperación del otro. Un compromiso a menudo consiste de que un jugador reduzca su propio valor de amenaza. Al hacer que la no cooperación sea menos atractiva, uno se compromete a cooperar. Por ejemplo, si el Presidente se compromete públicamente a apoyar la ley de inmigración, hace que la no cooperación —vetar la ley en el último minuto— sea políticamente costosa para él. Previendo que el Presidente no vetará, el Congreso aprueba la ley.

Veamos otro ejemplo. Considera a las partes privadas que negocian respecto de una casa. El vendedor promete no dañar la casa antes de transferir la propiedad, pero el comprador duda de dicha promesa. Temeroso de que existan daños, el comprador podría retirarse del trato, lo que dejaría a ambas partes en una peor situación. Ahora supón que el vendedor puede realizar algo más que una promesa; puede firmar un contrato que le obligue a mantener en buen estado la casa o pagar por su reparación. A diferencia de una mera promesa, el contrato es exigible. Si la casa se daña, el comprador puede acudir al sistema legal para obligar al vendedor a pagar. Tras esto, y sin temer que existan daños, el comprador

[46] Para un trabajo pionero sobre *cheap talk*, véase Vincent P. Crawford & Joel Sobel, *Strategic Information Transmission*, 50 Econometrica 1431 (1982).

[47] Sun Tzu, On The Art Of War 115 (Lionel Giles trans., 1910).

[48] Sun Tzu, On The Art Of War 77 (Samuel B. Griffith trans., 1963).

procederá con el trato. El contrato permite al vendedor hacer un compromiso creíble de no dañar la casa, facilitando su venta.

Una buena regulación facilita la negociación, y una mala la obstruye. En lugares con buenos sistemas jurídicos, las partes pueden usar contratos para hacer compromisos creíbles. Un buen sistema jurídico hace cumplir los contratos y fomenta acuerdos. Los malos sistemas jurídicos no hacen cumplir los contratos e impiden los acuerdos. Así, los agricultores en Ohio pueden hacer contratos respecto de la compra y venta de tierras, mientras que los agricultores en Sudán del Sur, un país nuevo envuelto en conflicto, no pueden resolver disputas sobre esa materia con un simple papel.

Los funcionarios públicos a menudo se asemejan a los agricultores de Sudán del Sur: la ley no hace cumplir sus acuerdos. Caleb y Dee no pueden firmar un contrato, ejecutable ante los tribunales, que obligue a cada uno a votar por la propuesta del otro. Los contratos jurídicamente respaldados generalmente no existen para las negociaciones que ocurren en el ámbito del derecho público. Para que los compromisos en el ámbito del derecho público sean creíbles a menudo se requieren instituciones legales distintas a los contratos. Considera la larga lucha por el poder entre el Parlamento Británico y el Rey[49]. El Rey a menudo pedía prestado dinero, especialmente en tiempos de guerra, pero no pagaba los préstamos. Los acreedores se volvían reacios a prestarle más dinero al Rey. En 1688, el Parlamento removió y reemplazó al Rey en un evento llamado la Revolución Gloriosa. Al nuevo monarca se le prohibió alterar los términos de los préstamos excepto con el consentimiento del prestamista. Podría pensarse que esta restricción debilitó a la Corona, pero ocurrió lo contrario. La Corona se fortaleció al realizar un compromiso creíble de pagar a sus acreedores. Después de eso, la Corona pudo pedir prestado más dinero y a tasas de interés más bajas que antes. El dinero financió guerras exitosas con Francia que establecieron la dominación mundial de Inglaterra.

*Bluffing**, verificabilidad, compromiso, credibilidad, confianza: estos son problemas de información asimétrica en la negociación. Surgen tanto en las negociaciones privadas como en las públicas. La vasta literatura sobre información asimétrica abarca muchos otros problemas, algunos de los cuales discutiremos más adelante.

[49] Douglas C. North & Barry R. Weingast, *Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England*, 49 J. Econ. Hist. 803 (1989).

* Nota del traductor: aquí se ha optado por mantener el término bluffing sin traducirlo. Este hace referencia a la actividad de intentar engañar a alguien respecto de las capacidades o intenciones que uno tiene.

Preguntas

3.2.1. En los Estados Unidos, los jueces de la Corte Suprema son independientes del Congreso y del Presidente. Sin embargo, los nominados necesitan la aprobación del Senado para unirse a la Corte. Si fueras senador, ¿confiarías en un nominado que promete interpretar el derecho objetivamente?

3.2.2. Existen pocos tribunales internacionales y ningún poder ejecutivo internacional. Esto hace que el derecho internacional sea difícil de hacer cumplir. Algunos países han incorporado el derecho internacional en su derecho doméstico. Esto otorga al derecho internacional el mismo estatus (o incluso uno mayor) que el derecho nacional. ¿Hace esto que el compromiso de un país con el derecho internacional sea más fuerte? ¿Por qué el compromiso de incorporar el derecho internacional podría facilitar las negociaciones sobre el contenido de ese derecho internacional?[50]

3.2.3. Las guerras llevan al desperdicio de vidas y dinero en disputas que la diplomacia podría resolver. ¿Por qué las naciones no pueden acordar reducir sus ejércitos en un 50 por ciento?[51] ¿Por qué las guerras civiles dentro de los países son más difíciles de terminar que las guerras entre países?[52] (Pista: en las guerras civiles, el bando perdedor usualmente debe deponer las armas).

3.2.4. Imagina una sociedad dictatorial con dos tipos de personas. Por un lado, unas cuantas personas ricas están organizadas políticamente. Por otro lado, las mucho más numerosas personas pobres están desorganizadas políticamente. Eventos aleatorios, como recesiones económicas, unen brevemente a los pobres. Mientras están unidos, exigen a los ricos una mayor parte de la riqueza nacional. Los ricos preferirían pagar a los pobres para que se vayan, pero podrían tener que implementar un sistema democrático en su lugar. ¿Por qué?[53]

Optimismo: una amenaza en el tribunal

El estado acusa a "Contamination Corporation" de verter productos químicos tóxicos en un río. La empresa puede pagar una multa de $300,000 o ir a juicio. Consideremos los

[50] Tom Ginsburg, Svitlana Chernykh, & Zachary Elkins, *Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law,* 2008 U. Ill. L. Rev. 201, 210–13 (2008); Pierre-Hugues Verdier & Mila Versteeg, *International Law in National Legal Systems: An Empirical Investigation, en* Comparative International Law 525–26 (Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier, & Mila Versteeg eds., 2018).

[51] *Véase* James D. Fearon, *Bargaining, Enforcement, and International Cooperation*, 52 Int'l Org. 269 (1998); Robert Powell, *Absolute and Relative Gains in International Relations Theory,* 85 Am. Pol. Sci. Rev. 1303 (1991).

[52] Barbara F. Walter, *The Critical Barrier to Civil War Settlement*, 51 Int'l Org. 335 (1997).

[53] Daron Acemoglu & James A. Robinson, Why Nations Fail (2012).

costos esperados para la corporación. Litigar le cuesta a la corporación $50,000. La empresa cree (incorrectamente) que tiene un 10% de posibilidades de perder en el tribunal y pagar $300,000, y un 90% de posibilidades de ganar en el tribunal y no pagar ninguna multa. El valor percibido de la amenaza por parte de la corporación es de −$50,000 + 0.1(−$300,000) + 0.9($0) = −$80,000. Ahora consideremos los costos esperados del estado. Litigar le cuesta al estado $50,000. El estado cree (correctamente) que tiene un 50% de posibilidades de ganar ante un tribunal y obtener $300,000 y un 50% de posibilidades de perder y no obtener nada. El valor percibido de la amenaza por parte del estado es de −$50,000 + 0.5($300,000) + 0.5($0) = $100,000.

Bajo estas suposiciones, lo máximo que la empresa estaría dispuesta a pagar en un acuerdo es $80,000, y lo mínimo que el estado estaría dispuesto a aceptar en un acuerdo es $100,000. Por lo tanto, las partes litigarán en lugar de llegar a un acuerdo. Litigar desperdicia $100,000 en tiempo y dinero. El falso optimismo de la empresa impide que se llegue a un acuerdo.
La existencia de información asimétrica a menudo contribuye al falso optimismo. Para ilustrarlo, supongamos que un funcionario del Estado grabó un video de la "Contamination Corporation" vertiendo los productos químicos en el río. Un lado sabe algo que el otro lado no sabe. Para fomentar el acuerdo, el Estado puede mostrar la grabación a la corporación. Alternativamente, para asegurar la victoria sorprendiendo a la corporación en el juicio, el Estado puede no mostrar la grabación a la corporación. Sin información sobre la grabación, la corporación es demasiado optimista, y su optimismo impide un acuerdo.

En la práctica, el proceso judicial que se lleve a cabo probablemente requeriría que el Estado comparta la grabación con la empresa. ¿Puedes usar la teoría de la negociación para explicar por qué?

3.3. Monopolio

En 1882, el industrialista John D. Rockefeller y sus asociados formaron un *trust** secreto, combinando sus empresas en Standard Oil, dominando esta el mercado del petróleo. Un *monopolio* se presenta cuando un mercado tiene un solo vendedor, como Standard Oil, y muchos compradores potenciales. El

* Nota del traductor: un trust es una institución tradicional del *common law* en la que se delega a un fiduciario (*trustee*), el derecho propio a votar en la junta de una empresa (entre otras delegaciones). Mediante la utilización de mandatarios de esta índole en sus respectivas juntas directivas, se establecía una interconexión de poderes entre empresas que permitía a los gerentes de estas últimas tomar decisiones conjuntas. Dado que el objetivo inicial del derecho de competencia fue atacar a estos trusts, en el derecho angloparlante, sobre todo el norteamericano, esta disciplina es conocida como *anti-trust*.

monopolista restringe el comercio al establecer precios altos, como fue el caso con Standard Oil. Otro ejemplo es AT&T, que alguna vez controló el servicio telefónico en los Estados Unidos. Una llamada de diez minutos a larga distancia costaba alrededor de $20 en el dinero de hoy[54].

El monopolio no solo enriquece a las empresas a expensas de los consumidores; también causa ineficiencia. Para ver por qué, considera la "Compañía de la Unión", que posee un puente y cobra un peaje para cruzarlo. Cada cruce cuesta $1 en desgaste y mantención del puente. El Conductor 1 está en un viaje de placer y valora cruzar el puente en $5. El Conductor 2 está despachando materiales para una obra y valora cruzar el puente en $10. Debido a que la Compañía tiene un monopolio, puede elegir el peaje. Si establece el peaje en $4, ambos conductores pagarán para cruzar, y la compañía ganará $6 en beneficio (con dos conductores, la compañía gana un total de $8 en peajes y gasta un total de $2 en mantenimiento del puente). Si la compañía establece el peaje en $9, solo el Conductor 2 cruzará. La compañía ganará $8 de beneficio ($9 del peaje menos $1 en mantenimiento). La compañía prefiere $8 a $6, por lo que establecerá el peaje en $9.

Así como ocurre en este ejemplo, los monopolistas generalmente ganan más cuando cobran un precio alto y tienen pocos clientes que cuando cobran un precio bajo y tienen muchos clientes[55]. Esto es racional para el monopolista, pero ineficiente. La eficiencia exige que cada conductor cruce cuando el beneficio de cruzar excede el costo. Con un peaje de $9, los conductores que valoran cruzar en $5 no cruzarán, aunque cruzar crearía más beneficios ($5 por conductor) que costos ($1 en desgaste y mantenimiento). El monopolio genera ineficiencia[56].

En general, la regulación puede corregir monopolios ineficientes en los mercados privados de dos maneras: regulando precios y promoviendo la competencia. Por lo tanto, se puede regular los peajes en un solo puente, o la regulación puede establecer entidades competidoras para que ellas construyan varios puentes. Sin embargo, a veces la negociación resolverá el problema del monopolio sin que haga falta intervención gubernamental, como explicaremos.

[54] Common Carrier Bureau of the Federal Communications Commission, The Industry Analysis Division's Reference Book of Rates, Price Indices, and Household Expenditures 62 (Tracy Waldon & James Lande eds., 1997).

[55] En el modelo económico estándar del monopolio, el monopolista maximiza sus ganancias fijando un precio firme donde el ingreso marginal de un pequeño aumento en la producción es igual al costo marginal.

[56] Además de aumentar los precios, los monopolios tienden a suprimir la innovación. Por ejemplo, los miembros de la Bolsa de Valores de Nueva York cobraban comisiones por emparejar a compradores y vendedores de acciones. Cuando una nueva tecnología permitió a las computadoras hacer estos emparejamientos electrónicamente, la Bolsa retrasó su adopción. Jacob Goldstein, *Putting a Speed Limit on the Stock Market*, N.Y. Times Magazine, 8 de octubre de 2013.

Según el Teorema de Coase, la negociación entre actores privados tiende hacia la eficiencia a medida que los costos de transacción se acercan a cero. Podemos aplicar el teorema a nuestro ejemplo. Si el peaje de la "Compañía de la Unión" crea ineficiencia, debe haber una falla en la negociación. Para ver la conexión entre monopolio y negociación, considera dos formas en que los monopolistas pueden determinar los precios. Primero, el monopolista puede fijar un precio fijo, como cuando la empresa en cuestión establece el peaje en $9. Los conductores pueden aceptar o rechazar el precio. Dicha inflexibilidad crea ineficiencia al desalentar al Conductor 1, quien no está dispuesto a pagar $9 pero cuyo beneficio de cruzar ($5) excedería el costo ($1).

Segundo, el monopolista puede fijar un precio flexible, y cada comprador puede hacer una contraoferta. Con la flexibilidad de precios, las partes negocian para alcanzar un precio exacto. Para ilustrar, la Compañía de la Unión podría cobrar a algunos conductores $4 para cruzar y a otros $9 para cruzar. Todos los que valoren cruzar el puente en una cantidad mayor que el costo de cruzarlo ($1) llegarán a un acuerdo y cruzarán. Las negociaciones son eficientes. La ineficiencia del monopolio desaparece.

La flexibilidad tarifaria enfrenta un obstáculo: los costos de transacción. Si el monopolista negocia exitosamente con los compradores, cada uno paga un precio negociado[57], pero llegar a dicho precio requiere tiempo y esfuerzo. Dado que existen costos de transacción, el monopolista puede ganar más al establecer un precio fijo y no negociar un precio flexible.

Hemos analizado un monopolio clásico en el que un comprador se enfrenta a muchos vendedores. Ahora, considera un *monopolio bilateral*. Esto ocurre cuando solo hay solo un vendedor y comprador. Si la Empresa de la Unión tiene el único puente y la "Compañía cruzadora" es el único cliente que lo utiliza, hay un monopolio bilateral, y ambas partes deben negociar entre sí. Sabiendo que la Empresa de la Unión necesita de su negocio, la Compañía Cruzadora exige un peaje bajo. Sabiendo que la Compañía cruzadora necesita de su puente, la Empresa de la Unión exige un peaje alto. El monopolio bilateral hace que la negociación sea inevitable y el comportamiento estratégico hace que el resultado sea incierto.

En lugar de una negociación entre dos partes, considera una negociación entre tres partes. La Cámara de Representantes de los Estados Unidos, el Senado y el Presidente deben negociar entre ellos para

[57] Los economistas llaman a esto discriminación perfecta de precios. La discriminación perfecta de precios es eficiente, aunque todo el excedente de la negociación va al monopolista y nada va al comprador.

aprobar una ley. Cada una de las tres instituciones puede evitar que una nueva ley se promulgue[58]. El término familiar para este tipo de arreglo de poder es la *regla de unanimidad*. La regla de unanimidad requiere que todas las partes estén de acuerdo. El Consejo de Seguridad de la ONU no puede tomar ciertas decisiones sin el consentimiento unánime de los cinco estados miembros permanentes. De manera similar, el pacto estatal que creó el sistema de metro-trenes requería el acuerdo unánime de Maryland, Virginia y Washington DC. En general, aumentar el número de actores que deben estar de acuerdo en una acción colectiva disminuye la probabilidad misma de que se llegue a dicho acuerdo.

A diferencia de la regla de unanimidad, que requiere que los tres actores en nuestro ejemplo estén de acuerdo, la regla de mayoría solo requiere que una mayoría esté de acuerdo (dos de los tres actores en nuestro ejemplo). La mayoría de las legislaturas estatales y tribunales de apelación toman decisiones usando la regla de la mayoría. Un cambio de la regla de unanimidad a la regla de mayoría reduce el número de actores que deben estar de acuerdo para embarcarse en la acción colectiva. La mayoría solo necesita negociar un acuerdo que genere valor para ellos, no para todos. En consecuencia, la regla de mayoría reduce los costos de transacción de la acción colectiva.

Específicamente, la regla de mayoría evita el problema de los *holdout**. Un *holdout* es una persona cuya cooperación es esencial para la acción colectiva y que se niega a proporcionarla, excepto bajo términos que lo favorecen enormemente. Para ilustrar, supongamos que el Estado desea construir una carretera que cruce tres parcelas de propiedad privada. La carretera generará un millón de dólares en términos de comercio. A su vez, la construcción de la carretera causará $100,000 en daños a cada una de las parcelas. En el balance, la carretera sobre las tres parcelas producirá $700,000 en valor. Sin embargo, una carretera sobre menos de tres parcelas —dos, una o ninguna parcela— será incompleta y no producirá valor alguno. Después de la construcción de la carretera sobre dos parcelas, el propietario de la tercera parcela puede exigir un precio muy alto. La venta de su terreno permitirá la finalización de la carretera, incrementando el valor de cero a $700,000. Así que puede exigir $700,000. Cuando el estado comience a comprar terrenos para la carretera, cada propietario puede hacer la misma demanda de $700,000. Si cada uno se queda en $700,000, el Estado tendría que pagar $2.1 millones por una carretera que genera $700,000 en valor. El Estado probablemente se negará a pagar un precio tan alto. Los que hacen *holdout* impiden acuerdos que crearían valor.

[58] Esto no es del todo correcto. El Congreso puede anular el veto del Presidente si dos tercios de los miembros de la Cámara y del Senado están de acuerdo, pero esto ocurre raramente.

* Nota del traductor: a falta de una traducción literal directa se optó por dejar el término *holdout* en inglés. Este se refiere al acto de resistir algo o rehusarse a aceptar lo que es ofrecido.

Aparte de evitar los acuerdos, los *holdouts* ralentizan las negociaciones y aumentan sus costos. Estos obstaculizan las negociaciones a lo largo y ancho del derecho público. Así, el Congreso no puede promulgar leyes sin la firma del Presidente[59]. Al igual que el propietario del tercer terreno, el Presidente puede bloquear, exigiendo favores del Senado y la Cámara a cambio de su apoyo. Con pocos actores, el problema del *holdout* puede superarse; el Congreso y el Presidente a menudo cooperan y promulgan leyes. Con muchos actores, los *holdouts* se vuelven insuperables. Durante más de un siglo, el parlamento de Polonia funcionó bajo una regla de unanimidad. Los *holdouts* paralizaron la creación de leyes, contribuyendo al colapso del Estado[60].

Como sugieren estos hechos, el derecho público puede reducir los costos de transacción cambiando de la regla de unanimidad a la regla de mayoría. De manera consistente con esta prescripción, a medida que más países se han unido a la Unión Europea, el Consejo de Ministros ha reemplazado la regla de la unanimidad con la regla de la mayoría para sus decisiones[61]. En comparación con la regla de unanimidad, la regla de mayoría incrementa el ritmo de la acción colectiva, pero también tiene una desventaja. Con la regla de unanimidad, no se alcanza ningún acuerdo a menos que se beneficie a todas las partes. Con la regla de mayoría, cualquier mayoría puede excluir a una minoría. Una mayoría de legisladores, por ejemplo, puede omitir a una minoría de un programa de gasto o imponerles impuestos desproporcionados. Esto es análogo al ejemplo de Caleb y Dee, quienes acordaron aprobar propuestas que los beneficiaron pero perjudicaron a Graham, el tercer concejal de la ciudad. Un cambio de la regla de unanimidad a la de mayoría exacerba las disputas sobre la distribución.

En conclusión, la regla de unanimidad arriesga bloqueos que la regla de la mayoría evita, y la regla de mayoría arriesga la explotación de minorías que la regla de unanimidad previene. Este intercambio fundamental anima la asignación de poder en las leyes básicas, como la Constitución de los Estados Unidos. Un buen derecho público encuentra el equilibrio adecuado.

Preguntas

3.3.1. Los cines cobran precios altos por las palomitas de maíz y prohíben a los clientes traer las suyas. ¿Debería el Estado regular este monopolio fijando los precios de las palomitas?

[59] Nuevamente, el Congreso puede anular el veto del Presidente si dos tercios de los miembros de la Cámara y del Senado están de acuerdo, pero esto ocurre raramente.

[60] Liberum Veto, Encyclopædia Britannica, 30 de octubre de 2008, https://www.britannica.com/topic/liberum-veto

[61] The European Council and the Council of the EU Through Time: Decision- and law-making in European Integration, Council of the European Union (2016), https://www.consilium.europa.eu/media/29975/qc0415219enn.pdf

3.3.2. En el ejemplo de los *holdouts*, tres propietarios exigen $700,000 cada uno al Estado a cambio de sus propiedades. Es improbable que el Estado pague $2.1 millones por la tierra, ya que la carretera que quiere construir solo crea un valor de $700,000. Pero supongamos que el Estado pagó los $2.1 millones. ¿Es esto ineficiente? ¿Los pagos del Estado a los propietarios destruyen dinero o simplemente lo transfieren?
3.3.3. La Cláusula de Expropiación en la Constitución de los EE. UU. permite al gobierno expropiar propiedad privada para su uso público si paga una "compensación justa"[62]. En general, "compensación justa" significa el precio de mercado. ¿Por qué el gobierno expropia propiedades en lugar de simplemente comprarlas al precio de mercado?
3.3.4. Como se discutió, muchos estados hicieron *free riding* respecto de otros bajo los Artículos de la Confederación. Otorgar al gobierno central autoridad para recaudar impuestos podría haber aliviado el problema, pero enmendar los Artículos requería el acuerdo unánime entre los 13 estados. ¿Por qué los estados no lograron enmendar los Artículos pero sí tuvieron éxito en adoptar una nueva Constitución?
3.3.5. El proceso de enmienda de la Constitución de los EE. UU. nunca ha cambiado. Sin embargo, las enmiendas se han vuelto más difíciles de aprobar con el tiempo. ¿Por qué?

Madison y la Esfera de la Democracia

En la década de 1780, James Madison, junto con Alexander Hamilton y John Jay, escribieron una serie de ensayos alentando a los estados a ratificar la nueva Constitución. Esos ensayos, comúnmente llamados los *Federalist Papers*, fueron un hito en la teoría política estadounidense y una importante herramienta en la interpretación constitucional. Estos abordaron preocupaciones importantes, incluida esta. En el siglo XVIII, muchas personas creían que la democracia podía funcionar en ciudades-estado como la antigua Atenas, pero no en países grandes como los Estados Unidos. Madison, célebremente, no estaba de acuerdo.
En el *Federalista N° 10*, Madison abordó el peligro de las facciones, "un número de ciudadanos… unidos y actuando bajo un impulso común de pasión o interés, adverso a los derechos de otros ciudadanos". En opinión de Madison, las facciones son inevitables porque las personas no están de acuerdo (las "causas latentes de la facción están sembradas" en nuestra naturaleza). Dado que las facciones no pueden ser eliminadas, Madison razonó que deben mantenerse a raya. Argumentó que ampliar el país evitaría que las facciones lograran una mayoría y controlaran el gobierno: "Extiende la esfera, y abarcarás una mayor variedad de

[62] Constitución de EE.UU. Enmienda V.

partidos e intereses; harás menos probable que una mayoría del todo tenga un motivo común para invadir los derechos de otros ciudadanos".

Podemos interpretar y desarrollar el argumento de Madison utilizando la teoría de la negociación. Extender la esfera reduce la posibilidad de que una facción logre una mayoría. Sin una mayoría, una facción no puede explotar a otros, sino que debe negociar y cooperar con ellos. Si una facción logra una mayoría, las facciones competidoras aseguran que será de corta duración: la mayoría de hoy se convierte en la minoría de mañana, y viceversa. Cualquier mayoría que se enriquezca explotando a la minoría de hoy debe temer que los roles se inviertan mañana. La posibilidad de ser explotado mañana modera el impulso de explotar a otros hoy. Por lo tanto, la solución a las facciones es más facciones. Esta es la afirmación central de Madison para extender la esfera del país, y demuestra una poderosa conexión entre la negociación y la democracia.

4. Teoría Interpretativa de la Negociación

Según la teoría positiva, los bajos costos de transacción facilitan los acuerdos, y según la teoría normativa, los acuerdos generan beneficios mutuos. Tres fuentes persistentes de costos de transacción inhiben los acuerdos: el *free riding*, la información asimétrica y el monopolio. La teoría de la negociación ilumina cómo los legisladores promulgan leyes. Pero puede hacer más; la teoría de la negociación también puede ayudar a los jueces. Para demostrar cómo, recurrimos a la interpretación, la tercera rama del análisis económico del derecho.

4.1. El Problema de la Intención Legislativa

A veces las palabras de una ley parecen contradecir la intención del legislador. Considera el caso *United States v. Kirby*[63]. Una ley federal prohibía "obstruir de manera consciente y deliberada... el paso del correo"[64]. La Corte Suprema tuvo que decidir si un sheriff violó la ley cuando arrestó a un cartero. Arrestar al cartero ciertamente obstruyó el paso del correo. Pero el sheriff tenía una buena razón para el arresto: el cartero era buscado por asesinato. Aunque el sheriff transgredió el lenguaje literal de la

[63] 74 U.S. 482 (1868).

[64] *Id.* en 485. Aquí está el texto completo del estatuto: "Que si alguna persona a sabiendas y voluntariamente obstruye o retrasa el paso del correo o de cualquier conductor o transportista o de cualquier caballo o carruaje que lo lleve, dicha persona, tras ser condenada, pagará por cada delito una multa que no excederá los cien dólares". 4 Stat. 104 (1825).

ley, la Corte concluyó que la ley no se aplicaba a la conducta del sheriff. Según la Corte, "el legislador pretendía contener excepciones en su lenguaje" para evitar "una consecuencia absurda"[65]. Considerar la intención legislativa permitió a la Corte evitar un resultado irracional.

Los jueces suelen considerar la intención legislativa al interpretar leyes. A veces, la intención legislativa se deduce del sentido común, como en *Kirby*. Seguramente el Congreso no pretendía que su ley protegiera a carteros asesinos de ser arrestados. Otras veces, la intención legislativa se infiere de la *historia legislativa*. Cuando se promulga una ley, muchos actores—patrocinadores, opositores, presidentes de comités y otros miembros de la legislatura—hacen declaraciones al respecto. En Estados Unidos, los comités de la Cámara de Representantes y el Senado a menudo redactan informes oficiales sobre el proyecto de ley. Juntos, estos materiales constituyen la historia legislativa. A veces, la historia legislativa ofrece pistas sobre la intención.

Para demostrar el uso de la historia legislativa, considera el caso *Church of the Holy Trinity v. United States*[66]. Una iglesia en Nueva York firmó un contrato con un extranjero llamado Warren. Según los términos del contrato, Warren se mudó a Nueva York y trabajó como pastor para la iglesia. La pregunta en el caso era si la iglesia violó una ley federal, que decía:

Será ilegal para cualquier persona, empresa, sociedad o corporación, de cualquier manera, prepagar el transporte o de cualquier manera asistir o fomentar la importación o migración de cualquier extranjero... a los Estados Unidos... bajo contrato o acuerdo... para realizar trabajos o servicios de cualquier tipo[67].

La iglesia parecía transgredir la ley según su lenguaje literal. Sin embargo, la Corte Suprema llegó a la conclusión opuesta. Según la Corte, el Congreso no pretendía que la ley prohibiera a las iglesias reclutar pastores extranjeros. La Corte basó su conclusión en parte en la historia legislativa. Un comité de la Cámara de Representantes había escrito un informe sobre la ley antes de que fuera aprobada. Según el informe, la ley estaba dirigida a extranjeros "del estrato social más bajo" que "viven de la comida más mala y en chozas de una naturaleza hasta entonces desconocida para los trabajadores estadounidenses"[68]. Los pastores no encajaban en esa descripción, razonó la Corte, por lo que el Congreso no pretendía que la ley cubriera contratos con pastores.

[65] Kirby, 74 U.S. en 486–87.

[66] 143 U.S. 457 (1892).

[67] *Id.* en 458.

[68] *Id.* en 465. Este no es el único fragmento de la opinión que impacta las sensibilidades modernas.

Muchos jueces se ayudan de la historia legislativa al buscar la intención legislativa. Sin embargo, la práctica es controversial. Las declaraciones de los legisladores y comités a menudo se contradicen entre sí. En previsión de que los jueces consulten la historia legislativa, los legisladores podrían "manipular" el registro, haciendo declaraciones estratégicas que reflejen sus interpretaciones preferidas en lugar de la interpretación correcta. A partir de este caos, dice el argumento, los jueces pueden sacar algo de la historia legislativa para apoyar cualquier interpretación que deseen. El juez Harold Leventhal comentó con ironía que citar la historia legislativa es como "mirar por encima de una multitud y elegir a tus amigos"[69].

La crítica es aún más profunda. Se supone que la historia legislativa aclara la intención legislativa. Pero, según algunos críticos, la intención legislativa no existe. El académico legal Max Radin escribió: "Un legislador ciertamente no tiene intención alguna en relación con palabras que dos o tres [personas] redactaron, que un número considerable rechazó y sobre las cuales muchos de los que aprobaron podrían haber tenido, y a menudo demostrablemente tuvieron, ideas y creencias diferentes"[70].

4.2. La Teoría de la Negociación en la Interpretación

Durante siglos, los jueces han buscado la intención legislativa al interpretar leyes. ¿Han demostrado los críticos que estaban equivocados? ¿Deberían los jueces abandonar la búsqueda de la intención legislativa? No, pero debería reformularse dicha búsqueda. La legislación es a menudo producto de la negociación. Al igual que Caleb y Dee, los legisladores hacen compromisos sobre el contenido de la ley. Para entender una negociación legislativa, no intentes agregar las intenciones de los legisladores individuales. Esto es imposible, como se mostrará en un capítulo posterior. En su lugar, busca el acuerdo que los legisladores pretendían alcanzar. Esta es la *teoría de la interpretación de la negociación*[71].

¿Cómo se pueden encontrar los términos de una negociación legislativa? El texto de la ley es el lugar natural para comenzar. Al igual que compradores y vendedores redactando contratos, los legisladores formalizan sus acuerdos en el lenguaje de la ley. Según la teoría de la negociación, los

[69] *Véase* Patricia M. Wald, *Some Observations on the Use of Legislative History in the 1981 Supreme Court Term, 68* Iowa L. Rev. 195, 214 (1983).

[70] Max Radin, *Statutory Interpretation,* 43 Harv. L. Rev. 863, 870 (1930).

[71] La teoría es desarrollada en McNollgast, *Legislative Intent: The Use of Positive Political Theory in Statutory Interpretation*, 57 Law & Contemp. Probs. 3 (1994); McNollgast, *Positive Canons: The Role of Legislative Bargains in Statutory Interpretation*, 80 GEO. L.J. 705 (1992). Véase también Frank H. Easterbrook, *Foreword: The Court and the Economic System*, 98 Harv. L. REV. 4, 42–58 (1984); Victoria Nourse, Misreading Law, Misreading Democracy (2016).

jueces normalmente deberían enfatizar el texto de las leyes al interpretarlas. Esto es consistente con la práctica judicial moderna de muchos lugares.

Al interpretar una ley, algunos jueces se niegan a mirar más allá del texto de la ley. A estos jueces se les llama "textualistas"[72]. Un capítulo posterior se referirá con mayor profundidad al enfoque textualista de la interpretación. Aquí nos enfocamos en los jueces que están dispuestos a mirar más allá del texto de la ley. La teoría de la negociación les muestra dónde buscar.

El proceso legislativo cuenta con muchos actores decisivos. En el Congreso de los Estados Unidos, los proyectos de ley no suelen convertirse en ley a menos que los presidentes de los comités relevantes los apoyen. De manera similar, los proyectos de ley generalmente no se someten a votación a menos que los líderes (el Presidente de la Cámara de Representantes y el Líder de la Mayoría en el Senado) estén de acuerdo. Para hacer una ley, los liberales y conservadores a menudo necesitan el apoyo de los moderados. A cambio de su apoyo, los moderados a menudo exigen modificaciones en las propuestas. Los moderados, y líderes y presidentes de comités son fundamentales: no se puede hacer una ley sin ellos. Comprender las opiniones de los actores clave nos ayuda a entender el acuerdo que alcanzaron. Al interpretar una ley, la teoría de la negociación invita a los jueces a centrarse en el acuerdo alcanzado por los actores clave.

Para demostrar esto, consideremos uno de los estatutos más importantes e inspiradores de la historia de Estados Unidos: la Ley de Derechos Civiles de 1964. Esta ley prohibía la discriminación basada en raza, color, sexo, religión u origen nacional. Abrió oportunidades laborales y acceso a espacios públicos, como restaurantes y hoteles, para los afroamericanos y otras minorías que durante mucho tiempo habían sufrido un trato desigual. Este hito del movimiento de los derechos civiles transformó la sociedad estadounidense y encendió muchos litigios.

Considera un caso famoso sobre la ley, *United Steelworkers of America v. Weber* [73]. Una empresa tenía dos tipos de trabajadores: trabajadores no calificados que ganaban salarios bajos y trabajadores calificados que ganaban salarios más altos. En una de las plantas de la empresa, aproximadamente el 2% de los trabajadores calificados eran afroamericanos, pero el 39% de la fuerza laboral de la comunidad era afroamericana. La empresa inició un programa de capacitación para convertir a

[72] De hecho, muchos jueces textualistas considerarán la historia legislativa en ciertas circunstancias. Véase, p. ej., Frank H. Easterbrook, *What Does Legislative History Tell Us?*, 66 Chi.-Kent L. Rev. 441, 448 (1990) ("El uso inteligente y modesto del trasfondo de las leyes estadounidenses puede hacer mucho para alinear la ejecución con el plan").

[73] 443 U.S. 193 (1979).

trabajadores no calificados en trabajadores calificados. La mitad de los puestos en el programa estaban reservados para afroamericanos. La pregunta en el caso era: ¿Permite la Ley de Derechos Civiles programas de acción afirmativa voluntaria por parte de empleadores privados?

Para interpretar un estatuto, los abogados parten de su lenguaje. En la Sección 703(a), la Ley de Derechos Civiles prohibía a los empleadores clasificar a los empleados "de cualquier manera que privara… a cualquier individuo de oportunidades laborales… debido a la raza de dicho individuo[.]"[74]. En la Sección 703(d), la ley prohibía a los empleadores discriminar contra "cualquier individuo por su raza… en la admisión o el empleo en cualquier programa establecido para proporcionar aprendizaje o capacitación"[75]. Este lenguaje ponía en duda la legalidad del programa de capacitación de la empresa. Reservar la mitad de los lugares en el programa para trabajadores negros dificultaba que los trabajadores blancos ingresaran. Por lo tanto, los trabajadores blancos fueron privados de oportunidades debido a su raza.

A pesar del lenguaje del estatuto, la Corte Suprema defendió la legitimidad del programa de acción afirmativa. La Corte llegó a dicha posición basándose en la intención legislativa. ¿Qué intentaba lograr el Congreso cuando aprobó la Ley de Derechos Civiles? Según la Corte, el Congreso pretendía que la ley abriera oportunidades laborales para los afroamericanos. El programa de acción afirmativa fue coherente con ese propósito, por lo que el programa no violó el estatuto.

¿Cómo identificó la Corte el propósito del estatuto? Al observar la historia legislativa. Consideremos esta declaración del senador Hubert Humphrey, un destacado defensor de la ley, que apareció en el registro legislativo:

¿Qué beneficio tiene para un negro poder comer en un restaurante lujoso si no puede pagar la cuenta? ¿Qué beneficio tiene para él ser aceptado en un hotel que es demasiado caro para sus modestos ingresos? ¿Cómo puede un niño negro estar motivado para aprovechar plenamente las instalaciones educativas integradas si no tiene esperanza de conseguir un trabajo donde pueda hacer uso de esa educación?[76]

[74] Aquí está el texto completo y relevante: "Será una práctica laboral ilegal para un empleador… limitar, segregar o clasificar a sus empleados o solicitantes de empleo de cualquier manera que prive o tienda a privar a cualquier individuo de oportunidades laborales o afecte de manera adversa su estatus como empleado, debido a su raza, color, religión, sexo u origen nacional".

[75] Aquí está el texto completo: "Será una práctica laboral ilegal para cualquier empleador, organización laboral o comité conjunto de administración-laboral que controle programas de aprendizaje u otro tipo de formación o reciclaje, incluido el entrenamiento en el trabajo, discriminar a cualquier individuo debido a su raza, color, religión, sexo u origen nacional en la admisión o empleo en cualquier programa establecido para proporcionar aprendizaje u otro tipo de formación".

[76] United Steelworkers of Am. v. Weber, 443 U.S. 193, 203 (1979). El término "Negro" era común en la época del senador Humphrey, pero con el tiempo ha llegado a ser poco común y ofensivo.

La historia legislativa de la Ley de Derechos Civiles tiene muchas declaraciones como esta, aunque pocas tan elocuentes. Esta parte de la historia convenció a la Corte Suprema de que los programas que benefician a los trabajadores afroamericanos eran consistentes con la ley.

Dos académicos, Daniel Rodríguez y Barry Weingast, analizaron el caso Weber utilizando la teoría de la negociación de la interpretación[77]. Aquí hay una versión resumida de su explicación. Los demócratas en el Congreso estaban divididos. Los demócratas del norte apoyaban la Ley de Derechos Civiles, pero los demócratas del sur se oponían firmemente. Para aprobar la ley, los demócratas del norte necesitaban el apoyo de los republicanos. El senador Everett Dirksen, líder de los republicanos en el Senado, negoció con los demócratas del norte. Él y su bloque de republicanos fueron fundamentales; la ley no podía aprobarse sin ellos.

A cambio de su apoyo, los republicanos exigieron que el estatuto incluyera la Sección 703(j). La Sección 703(j) establece que la Ley de Derechos Civiles no deberá:

interpretarse para exigir que ningún empleador… otorgue tratamiento preferencial a ningún individuo o grupo debido a la raza… de dicho individuo o grupo en el contexto de un desequilibrio que pueda existir con respecto al número total o porcentaje de personas de cualquier raza… empleadas por cualquier empleador[78].

Enfóquese en el lenguaje: La Sección 703(j) no "exigirá" tratamiento preferencial. La Corte Suprema razonó que, aunque no se puede *exigir* a los empleadores que otorguen un tratamiento preferencial, se les *permite* hacerlo. Por lo tanto, la Sección 703(j) no prohibía el programa de acción afirmativa voluntaria de la empresa.

[77] *Véase* Daniel B. Rodriguez & Barry R. Weingast, *The Positive Political Theory of Legislative History: New Perspectives on the 1964 Civil Rights Act and Its Interpretation*, 151 U. Pa. L. Rev. 1417 (2003).

[78] Aquí está el texto completo: "Nada contenido en este subcapítulo será interpretado para exigir que cualquier empleador, agencia de empleo, organización laboral o comité conjunto de administración-laboral sujeto a este subcapítulo otorgue un trato preferencial a cualquier individuo o grupo debido a la raza, color, religión, sexo u origen nacional de dicho individuo o grupo, debido a un desequilibrio que pueda existir en relación con el número total o porcentaje de personas de cualquier raza, color, religión, sexo u origen nacional empleadas por cualquier empleador, referidas o clasificadas para empleo por cualquier agencia de empleo u organización laboral, admitidas como miembros o clasificadas por cualquier organización laboral, o admitidas o empleadas en cualquier programa de aprendizaje u otro programa de formación, en comparación con el número total o porcentaje de personas de dicha raza, color, religión, sexo u origen nacional en cualquier comunidad, estado, sección u otra área, o en la fuerza laboral disponible en cualquier comunidad, estado, sección u otra área".

¿Es esta la interpretación correcta? Rodríguez y Weingast argumentan que la respuesta es que no. Los republicanos parecían oponerse a toda discriminación basada en la raza, ya sea voluntaria o no[79]. Los republicanos eran fundamentales y, por lo tanto, estaban en una posición de fuerza. Dada su fuerza, la interpretación correcta de la Sección 703(j) es amplia. Esa disposición prohíbe toda discriminación en el trabajo. Los republicanos condicionaron su apoyo a esa interpretación. La Corte cometió un error al leer la disposición de manera estrecha, como si los republicanos no fueran fundamentales.

¿Tienen razón Rodríguez y Weingast? Quizás sí, quizás no. Los recolectores de la playa usan detectores de metales para encontrar joyas enterradas. A veces encuentran baratijas, y a veces encuentran tesoros. La teoría de la negociación es como un detector de metales. Les dice a los buscadores dónde mirar en la historia legislativa, pero no puede garantizar un hallazgo. Aun así, la teoría auxilia y complementa los enfoques tradicionales sobre la intención legislativa.

Preguntas

4.2.1. En general, los tribunales no consultan la historia legislativa si el texto del estatuto es claro y no genera resultados absurdos. ¿Centrarse en el texto del estatuto es coherente con la teoría de la negociación de la interpretación?[80]

4.2.2. Supongamos que la legislatura promulga un estatuto con dos partes, X e Y. Un tribunal revisa el estatuto y concluye que X es constitucional, pero Y es inconstitucional. De acuerdo con la doctrina de *separabilidad*[*], el tribunal debe formularse la siguiente pregunta: ¿La legislatura habría promulgado X sin Y? Si es así, el tribunal debe "separar" Y y mantener X. Si no, el tribunal debe invalidar todo el estatuto[81]. ¿La teoría de la negociación y el enfoque tradicional del intencionalismo darían respuestas diferentes a la pregunta sobre X y Y?

[79] *Véase* United Steelworkers of Am. v. Weber, 443 U.S. 193, 240 (1979) (citando a senadores que apoyaron el proyecto de ley diciendo: "No hay ningún requisito en el título VII que obligue a un empleador a mantener un equilibrio racial en su fuerza laboral. Por el contrario, cualquier intento deliberado de mantener un equilibrio racial, sea cual sea ese equilibrio, implicaría una violación del título VII, ya que mantener dicho equilibrio requeriría que un empleador contratara o dejara de contratar en función de la raza… [S]i una empresa ha estado discriminando en el pasado y como resultado tiene una fuerza laboral totalmente blanca, cuando el título entre en vigor, la obligación del empleador sería simplemente cubrir futuras vacantes de manera no discriminatoria. No estaría obligado—ni de hecho permitido— a despedir a los blancos para contratar a negros".).

[80] *Véase* John F. Manning, What Divides Textualists from Purposivists?, 106 Colum. L. Rev. 70 (2006).

[*] Nota del traductor: el término originalmente utilizado para referirse a la "doctrina de la separabilidad" era aquel de "severability doctrine". Este corresponde a un principio jurídico que permite a una corte mantener la vigencia de las partes válidas de un contrato mientras omite sus partes inválidas.

[81] Para una discusión sobre la separabilidad, véase Caleb Nelson, Statutory Interpretation 142–46 (2011).

4.2.3. Algunos estatutos incluyen cláusulas de separabilidad que ordenan explícitamente a los tribunales separar las partes inconstitucionales del estatuto y dejar intactas las partes restantes. Estas cláusulas. ¿aumentan o disminuyen los costos de transacción de la negociación política?
4.2.4. Sumitomo Shoji America, Inc., era una corporación de Nueva York y subsidiaria de, y totalmente controlada por, una corporación japonesa. La empresa solo contrataba a hombres japoneses para puestos gerenciales. Empleadas femeninas en Nueva York demandaron a la empresa por discriminación. La empresa alegó que un tratado entre Estados Unidos y Japón la eximía de la ley de discriminación estadounidense. Los gobiernos de Japón y de Estados Unidos no estaban de acuerdo con la interpretación del tratado por parte de la empresa. La Corte Suprema falló en contra de la empresa, declarando: "Cuando las partes de un tratado están de acuerdo sobre el significado de una disposición del tratado, y esa interpretación se deriva del lenguaje claro del tratado, debemos… deferir a esa interpretación"[82].

(a) ¿Es consistente la decisión de la Corte con la teoría de interpretación basada en la negociación?

(b) Supón que Japón y Estados Unidos acordaron que la ley de discriminación de EE.UU. *no* se aplicaba a la empresa, pero el lenguaje del tratado establecía que la ley de discriminación de EE.UU. sí se aplicaba a la empresa. ¿Decidir que la ley de discriminación no se aplicaba a la empresa sería consistente con la teoría de interpretación basada en la negociación?

La Jerarquía de la Historia Legislativa

La historia legislativa viene en diferentes formatos. Patrocinadores, partidarios y oponentes de los proyectos de ley emiten declaraciones. A veces, el Presidente realiza una declaración cuando promulga una ley. Para convertirse en ley, los proyectos generalmente pasan por comités, y los comités suelen redactar informes que los explican. Cuando la Cámara de Representantes y el Senado aprueban versiones diferentes del mismo proyecto de ley, se forma un comité para reconciliarlas. El comité propone un proyecto de ley a ambas cámaras bajo una *regla cerrada,* lo que significa que el proyecto de ley no puede ser enmendado, y generalmente adjunta un informe explicativo sobre el proyecto. La historia legislativa también se presenta en otras formas.

Los tribunales no tratan todas las formas de la historia legislativa de la misma manera. En su búsqueda de la intención legislativa, priorizan algunas formas sobre otras. Aquí hay una lista de algunos tipos de historia legislativa, organizados de mayor a menor influencia en los tribunales:

[82] Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano, 457 U.S. 176, 185 (1982).

informes de comités, declaraciones de patrocinadores, declaraciones de otros legisladores, declaraciones en la promulgación de la ley.

¿Cuál historia legislativa deben considerar los tribunales y cuál ignorar? La economía tiene respuestas. Según la teoría de la negociación, los tribunales deben buscar el acuerdo que los legisladores alcanzaron. La teoría de la negociación supone que los tribunales deben dar crédito a las declaraciones de los actores clave. Los tribunales lo hacen a veces. Al igual que la Corte Suprema en el caso *Church of the Holy Trinity,* los tribunales otorgan peso a los informes de comités cuyo apoyo fue necesario para la aprobación de un proyecto de ley. Sin embargo, los tribunales se quedan cortos en otros aspectos. Sistemáticamente quitan importancia a las declaraciones de promulgación del Presidente, aunque el Presidente sea decisivo en la mayoría de la legislación.

Estas ideas tienen un inverso. Si los tribunales deben dar mayor peso a las declaraciones de los actores decisivos, también deben dar menos peso a las declaraciones de los actores no decisivos. Consideren a los patrocinadores de un proyecto de ley. Generalmente comienzan proponiendo reformas importantes y luego llegan a compromisos que resultan en reformas menores, las que consideran mejor que obtener nada. Los tribunales a menudo dan crédito a las declaraciones de los patrocinadores de las leyes y desacreditan las declaraciones de otros legisladores, incluidos actores decisivos.

Más allá del análisis de los actores decisivos, la teoría económica ofrece una perspectiva más amplia sobre la historia legislativa. Algunas declaraciones legislativas son *palabras vacías*, lo que significa que los legisladores no enfrentan sanciones por decir cosas falsas o engañosas. Los legisladores que hacen declaraciones sobre un proyecto de ley después de que este ha sido aprobado, por ejemplo, generalmente están involucrados en "palabrería barata". Los jueces deben ignorar la "palabrería barata". En contraste, las declaraciones son creíbles cuando los legisladores enfrentan sanciones por hacer declaraciones falsas o engañosas. El senador Humphrey era el látigo mayoritario en el Senado y organizó el apoyo para la Ley de Derechos Civiles. Los senadores le pidieron información sobre el proyecto de ley, y él la proporcionó. Si Humphrey hubiera hecho declaraciones falsas, habría puesto en peligro su posición de liderazgo y su reputación. En consecuencia, Humphrey tenía un fuerte incentivo para no engañar a sus colegas. Sus declaraciones sobre el significado de la ley fueron creíbles. Quizás esto justifica el peso otorgado a sus declaraciones por la Corte en el caso *Weber*.

Conclusión

Galileo introdujo el concepto de un "plano sin fricción", donde los objetos se mueven para siempre en la misma dirección a la misma velocidad. Los planos sin fricción no existen, pero proporcionan una base teórica para predecir el movimiento de objetos reales. De manera similar, un mundo con "costos de transacción cero" no existe, pero la idea proporciona una base para hacer predicciones sobre negociaciones reales. Cuando los costos de transacción de una negociación son bajos, las partes privadas asignan derechos a quienes los valoran más, como lo exige la eficiencia. Cuando los costos son altos, las partes privadas no logran llegar a acuerdos eficientes.

Para proveer regulación pública, los legisladores deben superar los impedimentos de las negociaciones políticas, que se asemejan a los impedimentos a las negociaciones privadas (externalidades, asimetrías de información y monopolio). Los legisladores superan estos impedimentos a través de los procesos gubernamentales discutidos en los capítulos subsiguientes: votación, atrincheramiento, delegación, adjudicación y ejecución. Sin embargo, los mismos mecanismos utilizados para corregir ineficiencias pueden ser utilizados para agravarlas en beneficio de los políticos. Como muestran los capítulos siguientes, los procesos de gobierno se asemejan a un medicamento que puede curar o matar, dependiendo de las circunstancias y la dosis.

Tercera Parte
Aplicaciones de la teoría de la negociación

Aplicaciones de la teoría de la negociación

La teoría microbiana de las enfermedades nos dio los antibióticos, y el cálculo nos dio los rascacielos. Al igual que en la medicina y las matemáticas, las buenas ideas de la disciplina económica tienen aplicaciones útiles. El capítulo anterior desarrolló la teoría de negociación del derecho público, y este capítulo la aplica. La teoría de negociación nos ayuda a responder preguntas como las siguientes:

> *Ejemplo 1:* Para fijar los precios de sus productos, las compañías petroleras se coluden con otras compañías petroleras, y los recolectores de ostras se coluden con otros recolectores de ostras. La colusión crea monopolios ineficientes. ¿Por qué la regulación debería evitar los monopolios petroleros pero no necesariamente los monopolios ostreros?
> *Ejemplo 2:* Los abogados quieren otorgar derechos a las personas para protegerlas del Estado. Muchos economistas quieren otorgar derechos a las personas para que puedan intercambiarlos con el Estado. ¿Deberían los derechos ser "inalienables" como dice la Declaración de Independencia, o deberían ser negociables como las cartas de Pokémon?
> *Ejemplo 3:* Según la Corte Suprema, la Cláusula de Comercio de la Constitución de los Estados Unidos faculta al Congreso para regular el trigo que produce un agricultor, lo cual tiene un efecto trivial en la economía, pero no faculta al congreso a regular la violencia contra las mujeres, que tiene un gran efecto en la economía. ¿Apoya la teoría económica la interpretación de la Corte Suprema?

Para responder a estas preguntas, este capítulo combina un análisis positivo, normativo e interpretativo. Comenzamos examinando las leyes que regulan a los ciudadanos, y luego nos dirigimos a las leyes que organizan el gobierno.

1. Sobre la regulación

Las marcas de los alimentos, los medicamentos recetados, los límites de velocidad: la regulación toca muchos aspectos de nuestras vidas. Algunas regulaciones son simples (no exceder el límite de velocidad), mientras otras son más técnicas (como que se debe usar el permeámetro de Johnson para hacer pruebas de infiltración de agua pluvial en el suelo). Nos enfocamos en regulaciones cuyo propósito es corregir externalidades, donde la actividad de una persona afecta el bienestar de

otra persona. Ya sea que el tema sea el exceso de velocidad o la erosión del suelo, las regulaciones presentan una elección fundamental: ¿Debería el Estado facilitar soluciones privadas o imponer soluciones públicas?

1.1. Congestión y externalidades

El público tiene acceso a recursos "comunes" como el aire, los océanos y los pastizales. En la jerga del capítulo anterior, los recursos comunes no son excluibles. Cuando pocas personas utilizan estos recursos, estas no "chocan" en el uso del respectivo bien (en ese momento, el recurso no es rival). Sin embargo, cuando muchas personas utilizan estos recursos, comienzan a congestionarse y a interferir unas con otras (el recurso se vuelve rival). Con la congestión, cada usuario adicional perjudica a los demás. Así, en un pastizal común sin congestión, los ganaderos de Montana pueden dejar a su ganado pastando sin afectar los medios de vida de los demás. Pero cuando hay congestión, cada vaca adicional perjudica el negocio de otros ganaderos. En el capítulo anterior explicamos que cuando una actividad tiene externalidades negativas, generalmente hay demasiado de esa actividad. Dejados a su suerte, los ganaderos deterioran la tierra por el sobrepastoreo.

Los pastizales áridos ilustran la *tragedia de los comunes*[83]. La tragedia surge cuando la decisión racional individual de cada uno de utilizar un recurso común agota el recurso para todos. La tragedia de los comunes explica por qué hay demasiada contaminación en Beijing, demasiados contaminantes industriales en el río Ganges y muy pocos árboles en el Amazonas. Explica por qué los conductores en Los Ángeles enfrentan embotellamientos (cuando tú conduces, ralentizas a los demás) y por qué las estaciones de radio se interfieren entre sí (más sobre esto más adelante).

Para entender mejor la tragedia, considera un ejemplo numérico. Cinco pescadores tienen acceso a un lago. Cada pez que se captura tiene un valor de mercado de 1 dólar, por lo que cada pescador gana 1 dólar por cada pez que captura. En lugar de pescar, cada pescador puede quedarse en casa y disfrutar del ocio (por ejemplo, ver televisión de forma compulsiva), que valora en 4 dólares por día. Para decidir entre trabajar y disfrutar del ocio, cada pescador sopesa los beneficios y los costos. Así, si un pescador espera capturar seis peces ese día, debe elegir entre ganar 6 dólares pescando o disfrutar de 4 dólares en ocio, por lo que decide pescar. Por el contrario, si un pescador espera capturar tres peces ese día, debe elegir entre ganar 3 dólares pescando o disfrutar de 4 dólares en ocio, por lo que elige el ocio.

[83] Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 Science 1243 (1968).

La Tabla 1 muestra la relación a largo plazo entre el número de pescadores en el lago y la cantidad de peces capturados por día. La primera fila indica que un pescador capturará 20 peces, dos pescadores capturarán 32 peces, y tres pescadores capturarán 39 peces. Más pescadores pueden capturar más peces, pero solo hasta cierto punto. Aumentar el número de pescadores de tres a cuatro hace que la captura disminuya a 36 peces, y aumentar de cuatro a cinco pescadores reduce la captura a 25 peces. Con tantos pescadores, los peces no pueden reproducirse lo suficientemente rápido. A largo plazo, esto significa que se capturarán menos peces.

Si los pescadores tienen acceso libre al lago, ¿cuánto pescarán? Considera el problema de manera secuencial. Si el lago está vacío al principio, el primer pescador pensará: "Si trabajo, capturaré 20 peces y ganaré 20 dólares, y si me quedo en casa solo obtendré 4 dólares por ocio. Voy a pescar". El segundo pescador llega y encuentra a solo una persona más pescando en el lago. Ella razona: "Si pesco, ganaré 16 dólares, y si me quedo en casa solo obtendré 4 dólares por ocio. Voy a pescar". Siguiendo la misma lógica, el tercer, cuarto y quinto pescador deciden pescar, como lo ilustra la fila 3 de la tabla. Así, las decisiones racionales individuales dan como resultado que cinco personas pesquen.

¿Es este resultado eficiente? No. La eficiencia maximiza los ingresos netos totales. Los ingresos netos totales se maximizan cuando tres pescadores pescan en el lago, como lo muestra la fila 4 de la tabla.

Tabla 1. Tragedia de los Comunes

	Número de pescadores en el lago				
	1	**2**	**3**	**4**	**5**
1. Ingreso total por la venta de todos los peces (número total de peces atrapados * precio de venta de los peces)	$20	$32	$39	$36	$25
2. Ingresos por pescador	$20	$16	$13	$9	$5
3. Ingresos netos por pescador (ingresos menos tiempo libre perdido)	$16	$12	$9	$5	$1
4. Ingresos netos totales (ingresos totales menos la pérdida total de tiempo libre para todos los pescadores)	$16	$24	$27	$20	$5
5. Ingresos netos marginales (cambio en los ingresos netos totales por un pescador adicional)	$16	$8	$3	-$7	-$15

¿Qué provoca la ineficiencia? Cada pescador recibe un pago por la cantidad de peces que captura, lo que incluye los peces que otros habrían capturado si ella se hubiera quedado en casa. Así, cada pescador internaliza solo una parte de los costos de la pesca. Si al cuarto pescador se le pagara su contribución *marginal* a la captura total, como se indica en la fila 5 de la tabla, no trabajaría y el lago no estaría sobreexplotado. En resumen, el acceso abierto al lago hace que demasiadas personas pesquen, la congestión en el lago es una externalidad negativa, y la sobrepesca reduce la cantidad de peces.

El lago es un recurso común en el sentido de que diferentes personas comparten su uso. A veces, los actores privados gestionan con éxito los recursos comunes. Los pescadores de Port Lameron, un pueblo en Nueva Escocia, han dividido informalmente el territorio en las pesquerías cercanas[84]. Durante siglos, los ganaderos han gestionado en común las pasturas de montaña de Islandia[85]. Pero por cada historia de éxito que hay, también existen muchos fracasos. En la década de 1930, la captura anual de sardinas en California superó las 500,000 toneladas. En 20 años, la sobrepesca llevó al colapso del stock de sardinas y al fracaso de esta industria[86].

Preguntas

1.1.1. Cuando la pandemia de COVID-19 arrasó con Estados Unidos, muchos negocios cerraron. La alcaldesa de Las Vegas impulsó la reapertura de los negocios en su ciudad. Cuando le preguntaron cómo podrían reabrir sin propagar la enfermedad, la alcaldesa respondió: "Estamos en una crisis sanitaria, y si un restaurante o una pequeña boutique quiere abrir, deben resolverlo. Ese es su trabajo. No es trabajo de la alcaldesa"[87]. ¿Estás de acuerdo? Relaciona tu respuesta con la tragedia de los comunes.

1.1.2. Cuando las personas presentan demandas, crean una externalidad negativa al ralentizar otros casos en el sistema judicial. ¿Cómo trata de corregir esta externalidad el Derecho?

1.1.3. Muchas personas utilizan Wikipedia, una enciclopedia en línea, pero solo una fracción paga por su uso. ¿Es Wikipedia un bien público? ¿Cómo intenta superar el problema del parasitismo?

[84] Elinor Ostrom, Governing the Commons 173–78 (2015) (citando a Anthony Davis, *Property Rights and Access Management in the Small Boat Fishery: A Case Study from Southwest Nova Scotia*, en Atlantic Fisheries and Coastal Communities: Fisheries Decision-making Case Studies 133–64 (Cynthia Lamson & Arthur Hanson eds., 1984)).

[85] Thráinn Eggertsson, *Analyzing Institutional Successes and Failures: A Millennium of Common Mountain Pastures in Iceland*, 12 Int'l Rev. L. Econ. 423 (1992).

[86] Gary D. Libecap, Contracting for Property Rights 76 (1993).

[87] Justin Wise, *Las Vegas Mayor Doubles Down on Push to Reopen Casinos, Says It's Not Her Job to Do It Safely: "They Better Figure It Out"*, The Hill, Abr. 22, 2020.

Costos y beneficios marginales

En la Tabla 1, la última fila muestra el "ingreso neto marginal". Aquí está la intuición detrás de esos números. Sin pescadores, el lago no produce nada, y con un pescador el lago produce un ingreso neto de 16 dólares. Por lo tanto, el ingreso neto marginal asociado con el primer pescador es de 16 dólares. El lago produce un ingreso neto de 16 dólares con un pescador y de 24 dólares con dos pescadores. Por lo tanto, el ingreso neto marginal del segundo pescador es de 8 dólares, y así sucesivamente. El ingreso neto marginal es positivo para el tercer pescador pero negativo para el cuarto y quinto. El cuarto y quinto pescador hacen más daño que bien.

Este es un *análisis marginal*, cuestión bastante distintiva de la disciplina económica. Siguiendo la lógica del análisis marginal, deberíamos hacer más de una actividad hasta que el beneficio adicional de hacer más sea igual que el costo adicional. Entonces deberíamos detenernos. Así, se llega a un estado eficiente cuando los beneficios marginales son iguales a los costos marginales.

Para ilustrar, considera una pregunta importante: ¿Cuántas horas debería estudiar un alumno para un examen? La primera hora de estudio mejora enormemente su comprensión de la materia y no interrumpe su vida social. El beneficio marginal excede ampliamente el costo marginal, por lo que el estudiante debería estudiar. Para cuando el estudiante llega, digamos, a la undécima hora, el cálculo cambia. Estudiar 10 horas es suficiente para obtener la calificación máxima. Estudiar una undécima hora no mejora su comprensión de la materia y requeriría que se saltara una fiesta. El costo marginal de esa hora excede el beneficio marginal. El estudiante debería dejar de estudiar después de 10 horas.

El análisis marginal puede ser contraintuitivo. Para entender por qué, supongamos que el estudiante obtendría 50 puntos de utilidad por obtener la calificación máxima en el examen. Al estudiar 20 horas a un costo de 20 puntos de utilidad, el estudiante obtendría dicha calificación. Al prever una ganancia neta de 30 puntos, el estudiante decide estudiar 20 horas. Esto no es eficiente. El estudiante está pensando en términos totales en lugar de términos marginales. Diez horas de estudio son suficientes para obtener dicha calificación, por lo que el beneficio marginal de estudiar una undécima hora es cero. Mientras tanto, el costo marginal de estudiar esa undécima hora es alto (recuerda la fiesta). En lugar de estudiar 20 horas y obtener una ganancia de 30 puntos, la eficiencia exige que el estudiante estudie 10 horas y obtenga una ganancia superior a 30 puntos.

El análisis marginal es central en el derecho público. Considera un caso, *Corrosion Proof Fittings v. Environmental Protection Agency*. En virtud de la *Toxic Substances Control Act* (TSCA), la Environmental Protection Agency (EPA) reguló el asbesto, un material que tiene muchos usos valiosos pero que causa cáncer. La EPA podría haber exigido el etiquetado del asbesto o limitado su uso. En cambio, la EPA prohibió el asbesto. La cuestión en el caso era si la EPA tenía la autoridad para emitir una regulación tan gravosa. La TSCA requería que la EPA usara la regulación "menos gravosa". Según el tribunal, la EPA no logró demostrar que prohibir el asbesto fuera la opción menos gravosa:

Aunque la EPA puede haber demostrado que un mundo con una prohibición total del asbesto podría ser preferible a uno en el que solo exista la regulación actual, la EPA no ha demostrado que no exista algún estado intermedio de regulación que sería superior a ambos… El curso de acción adecuado es considerar cada opción regulatoria, comenzando por la menos gravosa, y los costos y beneficios de la regulación bajo cada opción. La EPA no puede simplemente saltarse varios pasos, como lo hizo en este caso, porque al hacerlo, puede pasar por alto una alternativa menos gravosa que la TSCA exige. Aquí, aunque la EPA menciona los problemas que presentan los niveles intermedios de regulación, no toma medidas para calcular los costos y beneficios de estos niveles intermedios.

El tribunal no utiliza el lenguaje exacto del análisis marginal. Sin embargo, el tribunal entiende que la TSCA lo requiere. Para ver esto claramente, hagamos una comparación. El tribunal se refiere a dos "mundos", uno con pocas regulaciones sobre el asbesto y uno con una prohibición total del asbesto. El primer mundo es análogo al estudiante que no estudia, y el segundo es análogo al estudiante que estudia durante 20 horas. ¿Puedes ver por qué la EPA debería haber considerado una alternativa intermedia?

1.2. Regulación e información

En el capítulo anterior, explicamos que cuando los actores privados no pueden cooperar, como en la tragedia de los comunes, aumenta la presión por la dictación de regulación pública. Muchos ciudadanos exigen que se tome acción respecto del cambio climático, ciertas especies animales en peligro, la gestión del agua, y otros temas. En Estados Unidos, la Clean Air Acts, la Endangered Species Act, y muchas otras leyes están destinadas a corregir externalidades. Las regulaciones que se expiden para corregir externalidades generalmente mandatan o exigen ciertos comportamientos de parte de personas privadas. Para limpiar el aire, el Estado prohíbe a las personas fumar en espacios

públicos y prohíbe a las plantas de energía emitir mercurio por encima de un cierto umbral. Para proteger los pastizales en tierras públicas, el estado limita el pastoreo. Para reducir la estática de radio, el estado asigna a cada radiodifusor una frecuencia.

Gran parte del estado administrativo de EE.UU. involucra regulaciones como estas. A veces se las denomina *regulaciones de mando* y control porque definen comportamientos permisibles e impermisibles (el mando) e inducen el cumplimiento mediante sanciones (el control). En la práctica, las regulaciones de mando y control tienen ciertas deficiencias. Tomemos nuestro ejemplo de la pesca. ¿Cómo puede el Estado reducir la pesca en el lago mediante mandatos? Puede limitar el número de pescadores, limitar la captura de cada pescador, restringir la pesca a ciertos días, regular la tecnología de pesca (por ejemplo, permitir líneas pero no redes), o prohibir la captura de peces por debajo de cierto tamaño. Sin embargo, limitar la cantidad de pescadores requiere la emisión de permisos y monitorear el lago, limitar la captura requiere hacer públicos los límites y monitorear las básculas en el muelle, etc. Cada alternativa es costosa en su aplicación.

Las regulaciones de mando y control requieren que los funcionarios estatales posean información privada. Para prevenir la sobrepesca, el estado necesita conocer la relación entre las ganancias y el número de pescadores. Los pescadores conocen sus ganancias por pescar, pero el estado no, por lo que el estado fácilmente comete errores regulatorios. Cuando Perú estableció períodos de veda respecto de la pesca de anchoas, los pescadores compraron botes más grandes y rápidos con tecnología de sonar, lo que les permitió capturar el mismo número de peces en menos tiempo[88]. En lugar de reducir la captura, la regulación llevó a que los pescadores gastaran más dinero en botes que pasaban menos tiempo en el mar. El estado no anticipó cómo los pescadores mejorarían sus flotas porque los funcionarios no conocían la rentabilidad de la pesca.

Para ilustrarlo con nuestro ejemplo numérico, la fila 4 de la Tabla 3.1 indica que cuando tres pescadores pescan en el lago, el ingreso neto total (es decir, la ganancia) es de 27 dólares. Sin embargo, el acceso abierto hace que cinco pescadores pesquen en el lago, y el ingreso neto total sea de 5 dólares. Así, el acceso abierto provoca una pérdida social de 22 dólares. Supongamos que el estado regula para corregir la ineficiencia mediante la supervisión del número de pescadores. La regulación genera una ganancia neta si el costo de la supervisión es menor a 22 dólares, y genera una pérdida neta si el costo de la supervisión es mayor a 22 dólares. A veces, aplicar los mandatos es tan costoso que la sociedad está mejor sin regulación o con un tipo alternativo de regulación.

[88] Milena Arias Schreiber & Andrew Halliday, *Uncommon Among the Commons? Disentangling the Sustainability of the Peruvian Anchovy Fishery*, 18 Ecology & Soc'y 12 (2013).

Preguntas

1.2.1. ¿Es más fácil aplicar regulaciones de pesca en el Lago Tahoe, que tiene aproximadamente 321 kilómetros cuadrados de extensión, o en el Lago Míchigan, que tiene más de 20,000 kilómetros cuadrados? ¿Qué lago crees que sufre más por la sobrepesca?
1.2.2. Las empresas que proveen servicios públicos, como las compañías de gas, suelen ser monopolios. Las juntas gubernamentales establecen las tarifas que pueden cobrar dichas empresas. La tarifa óptima depende de cuánto les cuesta a las empresas suministrar su producto a los consumidores. Quién tiene mejor información sobre el costo del producto, ¿las empresas que suministran el gas o el estado?
1.2.3. Un impuesto *pigouviano* es un impuesto equivalente a la externalidad negativa que un actor causa[89]. Así, a modo de ejemplo, un contaminador cuya fábrica impone un daño de 10 dólares a la comunidad pagaría un impuesto de 10 dólares. Las emisiones de carbono dañan el planeta. ¿Por qué los países no pueden ponerse de acuerdo sobre un impuesto pigouviano para el carbono?

Análisis de costo-beneficio en el Estado Administrativo

En *Michigan v. Environmental Protection Agency*, la Corte Suprema anuló una regulación de la EPA que requería que las plantas de energía redujeran sus emisiones. El problema no fue que la regulación no trajera beneficios. Según la EPA, el beneficio cuantificable ascendería a un total de entre 4 y 6 millones de dólares. Más bien, el problema era el costo. Cumplir con la regulación costaría a las plantas de energía aproximadamente 10 *mil millones de dólares*. Según la Corte, la EPA no puede "imponer miles de millones de dólares en costos económicos a cambio de unos pocos dólares en beneficios para la salud o el medio ambiente".

En ese caso, una de las Clean Air Acts requería que la EPA tuviera en cuenta los costos de su regulación. Diferentes leyes en los Estados Unidos imponen un requisito similar. La Orden Ejecutiva 12.866 requiere que las agencias federales "evalúen todos los costos y beneficios de las alternativas regulatorias disponibles, incluida la alternativa de no regular". La *Administrative Procedures Act* requiere que los tribunales dejen sin efecto las acciones de las agencias que se puedan caracterizar como "arbitrarias, caprichosas, un abuso de discreción o no inconformes con la ley". En un caso llamado *Business Roundtable v. Securities and Exchange Commission*, un tribunal anuló una regulación que requería que las empresas públicas

[89] Arthur C. Pigou, The Economics of Welfare (4th ed. 1932).

informaran a los accionistas sobre los candidatos para la junta directiva. Según el tribunal, la agencia actuó "arbitraria y caprichosamente" porque no consideró los costos de la regulación. El análisis de costo-beneficio se ha vuelto central en el proceso regulatorio. Conceptualmente, la tarea es simple, como en nuestro ejemplo de la pesca. En la práctica, el análisis costo-beneficio requiere responder preguntas difíciles, como cuánto se beneficia la sociedad cuando menos niños contraen cáncer. Muchas disputas en el ámbito legal y político se deben a desacuerdos sobre los costos y beneficios de la regulación.

1.3. El mecanismo de mercado

En el capítulo anterior, explicamos cómo las externalidades causan *free riding*. Las regulaciones de mando y control intentan detenerlo prohibiéndolo. Un enfoque diferente busca detenerlo fomentando la negociación. Con menores costos de transacción, las partes pueden llegar a un acuerdo privado que elimine la ineficiencia. Si las partes privadas pueden negociar entre sí, pueden superar el *free riding* y llegar a una solución eficiente por sí mismas.

Para ilustrarlo, consideremos el espectro electromagnético. Partes del espectro se utilizan para comunicaciones, como transmisiones de radio y teléfonos celulares. Si dos personas envían señales en la misma frecuencia al mismo tiempo, se produce interferencia. En 1910, el Secretario de la Marina se quejó de los "operadores irresponsables" que interferían con las señales de la Marina: "las llamadas de socorro de los barcos en peligro… se ahogan en el caos etéreo"[90]. Para mitigar la externalidad, el gobierno federal otorgó licencias gratuitas a los radiodifusores y les exigió que utilizaran solo las frecuencias asignadas.

¿Quién debería obtener una valiosa licencia de forma gratuita? La Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) celebró audiencias, a veces denominadas "concursos de belleza", para decidir qué usos del espectro promovían el interés público. Ronald Coase ofreció una solución diferente[91]. En lugar de regalar licencias y restringir su uso, propuso subastarlas y permitir su reventa. Los individuos tendrían un derecho de propiedad sobre una parte del espectro, como los propietarios de viviendas tienen un derecho de propiedad sobre sus casas. El intercambio privado reasignaría el espectro a su uso de mayor valor. El gobierno federal no tendría que realizar un concurso de belleza para asignar las licencias. En lugar de una asignación gubernamental, la asignación sería realizada por el mercado.

[90] Ronald H. Coase, *The Federal Communications Commission*, 2 J.L. Econ 1, 2 (1959).

[91] *Id.*

Además, un derecho de propiedad permitiría a un propietario del espectro excluir a "operadores irresponsables"— personas que transmiten ilegalmente en la frecuencia del propietario— de la misma manera en que los propietarios de viviendas pueden excluir a los intrusos. El poder de excluir previene el *free riding* (recuerda la conexión entre éste y la no exclusión). Influenciada por Coase, la FCC ha realizado docenas de subastas del espectro y ha recaudado decenas de miles de millones de dólares para el gobierno[92].

Podemos llegar a una generalización a partir del análisis de Coase sobre el espectro: *los derechos claros facilitan la negociación*. Otorgar y clarificar derechos reduce los costos de transacción de la negociación al reducir los errores generales y errores de cálculo que impiden a las personas cooperar[93]. Derechos claros hacen más fácil para las partes determinar sus valores de amenaza. El acuerdo se logra más fácilmente cuando las posiciones de amenaza son conocidas por todos.

Para ilustrar esta idea, consideremos la propiedad de la tierra en Perú[94]. Muchas personas pobres viven en terrenos respecto de los que no pueden probar que son propietarios. La incertidumbre sobre los derechos de propiedad obstaculiza la exclusión y el comercio (¿comprarías tierras de alguien que tal vez no las posea?). En las últimas décadas, el gobierno peruano ha otorgado títulos formales de propiedad a muchas personas. Los derechos de propiedad claros permiten a las personas excluir a otras y realizar transacciones. Con un título, los agricultores pueden utilizar su propiedad como garantía para obtener préstamos. Los derechos claros facilitan la negociación. Ofrecen un *mecanismo de mercado* para corregir ineficiencias.

Preguntas

1.3.1. La marihuana es legal según la ley de Colorado, pero ilegal bajo la ley federal de EE. UU. ¿Cómo afectaría la legalización de la marihuana a nivel federal al mercado de la droga en Colorado?
1.3.2. En 1952, las plantas industriales de acero y los trabajadores de Estados Unidos no lograron ponerse de acuerdo sobre los salarios, lo que llevó a una huelga a nivel nacional

[92] Federal Communications Commission, Auctions Summary (Nov. 26, 2019), https://www.fcc.gov/auctions-summary

[93] Para evidencia de apoyo, ver Elizabeth Hoffman & Mathew Spitzer, *The Coase Theorem: Some Experimental Tests,* 25 J.L. Econ. 73 (1982). *Ver también* Varouj A. Aivazian, Jeffrey L. Callen, & Susan McCracken, *Experimental Tests of Core Theory and the Coase Theorem: Inefficiency and Cycling*, 52 J.L. Econ. 745 (2009); Stewart Schwab, *A Coasean Experiment on Contract Presumptions*, 17 J. Legal Stud. 237 (1988).

[94] *Ver* Hernando De Soto, The Other Path: The Economic Answer to Terrorism (1986); Chris Arsenault, *Property Rights for World's Poor Could Unlock Trillions in "Dead Capital"*, Reuters, 1 de agosto de 2016, https://www.reuters.com/article/us-global-landrights-desoto/property-rights-for-worlds-poor-could-unlock-trillions-in-dead-capital-economist-idUSKCN10C1C1

durante la Guerra de Corea[95]. La ley laboral federal estructura la negociación entre empleadores y sindicatos al exigirles que se reúnan en horarios razonables, negocien de buena fe, y así sucesivamente[96]. La ley laboral, ¿impone regulaciones de mando y control, o reduce los costos de transacción?

1.3.3. Privatizar un espacio de pastoreo común debería evitar su agotamiento. Si eres el dueño del espacio de pastoreo, entonces solo tú puedes usarlo y tú internalizarás los costos del sobrepastoreo. ¿Funcionó mejor la privatización antes o después de la invención de las cercas de alambre de púas?[97]

1.3.4. En nuestro ejemplo de la pesca, la eficiencia exige que tres personas pesquen, pero en cambio pescan cinco personas. Si los costos de transacción de la negociación fueran cero, los pescadores podrían resolver la tragedia de los comunes y lograr un resultado eficiente por su cuenta, sin intervención del estado. Explica cómo.

Colusión y conservación

En la década de 1930, Frank Manaka capturó peces frente a la costa de California, pero no pudo venderlos. Las conserveras y una asociación privada de pescadores habían hecho un trato por el cual las conserveras solo compraban pescado a los miembros de la asociación, y los miembros vendían sus pescados a un precio fijo. Manaka no era miembro de la asociación, por lo que nadie compró su pescado. Manaka presentó una demanda, y un tribunal federal declaró a la asociación como culpable de conspiración en restricción del comercio bajo la Sherman Act.

La colusión entre las conserveras y los pescadores creó un monopolio, tal como sostuvo el tribunal, y los monopolios causan ineficiencia. Pero el monopolio tuvo otro efecto: conservó las poblaciones de peces al limitar la captura. Un acuerdo similar conservó camarones frente a la costa de Misisipi. Los pescadores de camarón y los empacadores se coludieron, creando un monopolio que fomentaba la captura de pocos camarones grandes en lugar de muchos camarones pequeños. Los tribunales anularon este acuerdo y decenas de otros similares.

[95] *Ver* A.H. Raskin, *600,000 Quit Steel Mills; Industry Offers to Bargain,* N.Y. Times, 3 de junio de 1952.

[96] *Ver*, por ejemplo, Kenneth G. Dau-Schmidt, *A Bargaining Analysis of American Labor Law and the Search for Bargaining Equity and Industrial Peace*, 91 Mich. L. Rev. 419 (1992); Steward J. Schwab, *Collective Bargaining and the Coase Theorem,* 72 Cornell L. Rev. 245 (1987).

[97] Terry L. Anderson & P.J. Hill, *The Evolution of Property Rights: A Study of the American West*, 18 J.L. Econ. 163 (1975). *Véase también* Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 Am. Econ. Rev. 347 (1967).

Los tribunales usaron la *Sherman Act* para intercambiar una ineficiencia por otra. Evitaron que hubiera un monopolio, pero aceleraron la tragedia de los comunes. Los tribunales prohibieron la negociación, en lugar de reducir sus costos. La ley antimonopolio no necesariamente requiere este resultado. La "regla de la razón" en el derecho de antimonopolio permite que se mantengan acuerdos anticompetitivos si tienen beneficios de eficiencia compensatorios. Un tribunal podría encontrar que conservar recursos comunes es un beneficio compensatorio. Hasta que los tribunales adopten este enfoque, la ley antimonopolio continuará promoviendo la tragedia de los comunes.

1.4. ¿Coase o Hobbes?

Cuando la negociación falla, el Estado tiene dos métodos para corregir la ineficiencia: dar órdenes (mando y control) o facilitar la negociación (mecanismo de mercado). Dar órdenes presupone que las personas no pueden resolver la ineficiencia por sí mismas. Llamamos a dar órdenes la *solución hobbesiana*, en honor al filósofo Thomas Hobbes, quien dudaba de la capacidad de las personas para cooperar. Facilitar la negociación presupone que las personas pueden cooperar si los costos de transacción son lo suficientemente bajos. Llamamos la opción de facilitar la negociación la *solución coaseana*[98].

Las soluciones hobbesiana y coaseana tienen costos distintivos, como lo ilustra un ejemplo. Gran parte de la costa de la bahía de San Francisco que era "blanda" (había arena, ciénagas, y llanuras inundables) ahora es "dura" (hay piedra, concreto, y muelles). El medio ambiente se beneficia de una costa blanda, y el comercio se beneficia de una costa dura. Una autoridad local que autoriza el endurecimiento de una parte de la costa—por ejemplo, construyendo en Marina al sur de San Francisco—externaliza los costos ambientales e internaliza los beneficios comerciales. Para evitar demasiado endurecimiento, la autoridad central podría prohibir a los gobiernos locales endurecer algunas partes de la costa y permitir endurecer otras. Esta es una solución hobbesiana. Para que funcione eficientemente, la autoridad central debe conocer el valor relativo de parcelas específicas de costa blanda y dura. Este es un costo de recopilación de información.

Alternativamente, la autoridad central podría prohibir a cada autoridad local endurecer la costa en cualquier lugar, a menos que se suavice una cantidad específica en otro lugar. Para implementar esta solución, los gobiernos locales podrían recibir derechos de endurecimiento que pueden intercambiar

[98] Sobre Hobbes y Coase, ver Robert Cooter, *The Cost of Coase*, 11 J. Legal Stud. 1 (1982).

entre sí. Los gobiernos locales responderían negociando entre sí e intercambiando sus derechos de desarrollo. Esta es una solución coaseana. Para que funcione eficientemente, la autoridad central no necesita conocer el valor relativo de parcelas específicas de costa blanda y dura. Los costos de recopilación de información se reducen. Sin embargo, la autoridad central necesita definir los límites de las parcelas y distribuirlas inicialmente, lo cual es costoso.

La elección entre las soluciones hobbesiana y coaseana ilumina gran parte del derecho regulatorio. Para corregir externalidades, el Estado puede dar órdenes por la vía de emitir permisos de pastoreo no negociables, o puede facilitar la negociación emitiendo permisos de pastoreo negociables que los ganaderos pueden intercambiar. Para corregir el monopolio, el Estado puede dar órdenes mediante la fijación de los peajes cobrados para cruzar un puente, o puede facilitar la negociación permitiendo la discriminación de precios (el puente puede cobrar diferentes precios a diferentes usuarios) o subsidiando la construcción de un puente competidor. Para corregir la asimetría de información, el Estado puede dar órdenes que consistían de prohibiciones de otorgar préstamos a intereses altos, o puede facilitar la negociación permitiendo dichos préstamos y exigiendo a los bancos que divulguen sus términos.

Los economistas toman en cuenta todos los costos. La mejor solución depende de cuál tenga menores costos totales. Los costos de las soluciones hobbesianas incluyen la recopilación de información (por ejemplo, conocer el valor relativo de parcelas específicas en la Bahía de San Francisco) y el *enforcement* (por ejemplo, inspeccionar para evitar desarrollos no autorizados). Alternativamente, los costos de las soluciones coaseanas incluyen definir los derechos de desarrollo y distribuirlos inicialmente. En la práctica, un programa regulatorio que combine Hobbes y Coase, en lugar de utilizar solo uno u otro, podría minimizar los costos totales.

1.5. Sobre la responsabilidad

Hemos analizado la regulación para corregir externalidades. Ahora consideramos un enfoque alternativo que es familiar para los abogados: la *responsabilidad jurídica*[99]. Para evitar que los conductores dañen a los peatones, el estado puede regular dicha esfera (por ejemplo, creando límites de velocidad, o señales de ceder el paso). Alternativamente, el estado puede imponer responsabilidad. Si un conductor negligente causa 100 dólares en daños a un peatón, el peatón puede demandarlo. Pagar 100 dólares en daños hace que el conductor internalice su daño.

[99] Esta discusión se basa en Steven Shavell, *Liability for Harm Versus Regulation of Safety*, 13 J. Legal Stud. 357 (1984).

Al igual que la regulación, la responsabilidad implica una orden (no conducir de manera negligente) y un control (si conduces de manera negligente y causas daños, pagarás). Sin embargo, la regulación y la responsabilidad difieren en otros aspectos. Para empezar, considera las exigencias informativas de cada enfoque. En general, las partes con mejor información deberían tomar las decisiones. Un peatón atropellado por un automóvil generalmente entenderá mejor sus lesiones—facturas médicas, trabajo perdido, angustia emocional—que los reguladores estatales. En cambio, cuando escolares beben agua con plomo, el estado podría tener mejor información que los padres sobre las consecuencias de ello. La regulación tiende a funcionar mejor cuando el estado tiene mejor información, y la responsabilidad tiende a funcionar mejor cuando las víctimas tienen mejor información.

Ahora considera la identidad de quien hace cumplir la regulación. En general, el estado hace cumplir las regulaciones, mientras que los privados demandan a los acusados responsables. Los privados enfrentan muchos desafíos al presentar demandas. Los litigios toman tiempo y dinero (abogados, testigos expertos). Pueden surgir problemas de acción colectiva. Si 100 víctimas sufren cada una 100 dólares en daños (un total de 10,000 dólares), y el costo del litigio totaliza 200 dólares, ninguna víctima demanda, lo que significa que el causante del daño externaliza 10,000 dólares en daños. Los litigios causan estrés a muchas personas. Al final, el demandante podría perder, lo que significa que el tiempo, el dinero y el estrés son en vano. Esta posibilidad desalienta a los demandantes a presentar una demanda en primer lugar. El estado no sufre tanto de estos problemas. La regulación funciona mejor a medida que aumentan los costos de litigio de las partes privadas.

Hemos analizado la capacidad de los demandantes para iniciar el juicio. Ahora considera la capacidad de pago de los responsables. Supongamos que una empresa química descarga accidentalmente desechos tóxicos, causando 1 millón de dólares en daños a una víctima. Si la empresa tiene 1 millón de dólares disponibles, la víctima puede demandar y obtener una compensación total. La responsabilidad obligará a la empresa a internalizar todos los daños que causó. Sin embargo, si la empresa solo tiene 500,000 dólares, la víctima no podrá obtener una compensación total, y la empresa solo internalizará una fracción de sus daños.

Quienes realizan la acción dañosa están *a salvo de la obligación de responder* cuando no pueden pagar todos los daños que causan. Un responsable insolvente externaliza costos, lo que genera ineficiencia. Pero, además, un régimen de responsabilidad tiende a agravar el problema de la insolvencia. Como en el ejemplo de la empresa, muchos responsables no pueden pagar grandes indemnizaciones. En cambio, la regulación mitiga el problema de la insolvencia. Los responsables que no pueden pagar grandes indemnizaciones a menudo pueden pagar multas pequeñas. Así, la regulación podría exigir a la empresa química que transporte desechos tóxicos utilizando equipos seguros o que pague una multa de 20,000 dólares. Siempre que la empresa tenga 20,000 dólares, internalizará el costo de

violar la ley. La internalización fomenta que la empresa cumpla con la regulación y transporte los desechos de manera segura. Generalizando, las regulaciones tienden a funcionar mejor cuando los responsables tienen una capacidad limitada de pago.

Finalmente, considera los costos administrativos. Las regulaciones requieren una continua supervisión y *enforcement* por parte del estado. Para mantener las bacterias fuera del suministro de alimentos, las granjas lecheras están sujetas a regulaciones sobre la pasteurización de la leche. El estado podría inspeccionar muchas granjas, incluidas las granjas con propietarios responsables que toman medidas para evitar las bacterias incluso sin que exista control efectivo por parte del Estado. Asimismo, el estado podría analizar una gran cantidad de leche, aunque solo una pequeña fracción esté contaminada. Este esfuerzo continuo es costoso. En comparación, el establecimiento de regímenes de responsabilidad tiende a ser barato. Nadie inspecciona las granjas ni analiza la leche a menos que alguien se enferme y demande. La amenaza de una demanda hace que los agricultores sean cuidadosos sin inspecciones ni pruebas continuas. En general, la responsabilidad tiene costos administrativos más bajos que la regulación.

Hemos comparado la regulación y los regímenes de responsabilidad, mostrando que cada uno tiene ventajas y desventajas. Para maximizar las ventajas, el estado puede combinar la regulación y el establecimiento de regímenes de responsabilidad. En los Estados Unidos, los conductores de camiones están sujetos a muchas regulaciones—licencias, requisitos de iluminación, límites de peso—y son responsables por los accidentes. La combinación óptima de regulaciones y responsabilidad depende de muchos factores, incluidos los mencionados anteriormente.

2. Federalismo

Distinguimos las normas de derecho público que regulan a los privados mediante soluciones hobbesianas y coaseanas. Ahora aplicamos esta distinción a los funcionarios públicos. Las leyes pueden dar órdenes a los funcionarios, facilitar la negociación entre ellos, o ambas cosas. Para ilustrarlo, con decenas de miles de ciudadanos, las personas de una nación no pueden negociar directamente entre sí sobre la creación de leyes. Sin embargo, los ciudadanos pueden elegir representantes para que negocien en su nombre. La constitución estipula cómo crear una legislatura. La constitución mandata que exista el proceso de legislación, pero no da órdenes respecto del contenido que debe tener dicha legislación. Por lo tanto, la constitución crea un foro legislativo en el que los representantes pueden negociar sobre las leyes. Esta es una justificación basada en la negociación para la democracia representativa.

Una constitución generalmente crea varios cuerpos legislativos y divide el poder entre ellos. Por un lado, el poder puede dividirse horizontalmente, como cuando las juntas escolares y las juntas de agua trabajan de manera independiente. Ningún cuerpo legislativo está por encima del otro. Dividir los poderes entre varios cuerpos de legisladores facilita la negociación dentro de ellos. Sin embargo, dividir los poderes disminuye el alcance de la negociación entre ellos. Por ejemplo, anteriormente discutimos sobre Caleb y Dee, miembros del consejo de la ciudad que intercambiaron votos sobre la policía y las escuelas. Sería difícil para Caleb y Dee llegar a un acuerdo si Caleb perteneciera al consejo de la ciudad que controla el presupuesto de la policía y Dee perteneciera a la junta directiva de un colegio que controla el presupuesto de dicho colegio. Sin embargo, llegar a un acuerdo dentro del consejo de la ciudad sobre la policía, o dentro de la junta escolar sobre las escuelas, podría ser más fácil.

De manera alternativa, el poder puede unirse horizontalmente, como cuando el consejo de la ciudad tiene un poder que incluye la policía y las escuelas. Unir los poderes en un solo cuerpo de legisladores extiende el alcance de la negociación entre sus miembros. Por ejemplo, sería más fácil llegar a un acuerdo entre Caleb y Dee si ambos pertenecieran al consejo de la ciudad que controla el presupuesto de la policía y las escuelas, en lugar de que uno de ellos perteneciera al consejo de la ciudad y el otro a la junta escolar. En general, la unificación del poder facilita la negociación sobre diversos temas.

El consejo de la ciudad y la junta directiva del colegio ilustran la división horizontal del poder, donde ningún cuerpo legislativo está por encima del otro. El poder también puede dividirse verticalmente entre el gobierno central y los gobiernos estatales. En los Estados Unidos, dicha división vertical se llama federalismo. El federalismo es una característica central del constitucionalismo estadounidense y la fuente de muchas disputas legales y políticas. La Constitución de los EE. UU. enumera los poderes del gobierno central y reserva los poderes no enumerados a los estados, como explicaremos en detalle más adelante. Utilizamos la teoría de la negociación para analizar el federalismo.

2.1. Externalidades legales

Antes discutimos el *free riding* en la provisión de bienes públicos como el aire limpio y la reducción de los "males" públicos, como la contaminación acústica. Sin leyes correctivas, los actores privados suministran demasiado poco aire limpio y demasiada contaminación acústica. De manera similar, el *free riding* dificulta la creación de leyes que corrijan esos problemas. Las leyes a menudo vienen con

externalidades, como vimos en el capítulo anterior. Bajo los Artículos de la Confederación, estados como Virginia no pagaron impuestos al gobierno central, lo que afectó la seguridad de todos los estados[100]. Como otra ilustración, supongamos que el estado de Nebraska promulga una ley para reducir el número de corrales de engorde dentro de sus fronteras. Al hacer más limpio el aire, la ley beneficia a Nebraska. También beneficia a Iowa, que está corriente abajo.

Las *externalidades legales* aparecen cuando la ley tiene efectos más allá de las fronteras del ente estatal que la promulga. Al igual que las externalidades del mercado, las externalidades legales causan ineficiencia. Si Virginia hubiera tenido en cuenta la seguridad de Maryland, podría haber pagado, mejorando la así la seguridad de la confederación. De manera similar, los corrales de engorde en Nebraska causan demasiada contaminación en Iowa. Si Nebraska considerara el daño a Iowa, podría reducir la contaminación.

¿Qué puede solucionar las externalidades legales? Como siempre, la negociación ofrece una solución. Si los costos de transacción son bajos, Nebraska e Iowa pueden llegar a un acuerdo en que Iowa pague a Nebraska para reducir la contaminación de sus corrales de engorde. Según la interpretación de la Corte Suprema, la Constitución autoriza a los estados a celebrar pactos interestatales como éste sin que haya intervención federal[101]. Así, la "Cláusula de Pactos"* y la interpretación de la Corte facilitan la negociación entre los estados. Los estados han negociado cientos de pactos interestatales. Algunos resuelven problemas de coordinación, como el *Driver License Agreement*, mediante el cual los estados admiten como válidas las licencias de conducir emitidas por otros estados. Todos los estados se benefician cuando sus licencias son reconocidas en todas partes. Debido a que los intereses están alineados, la coordinación es relativamente fácil de lograr, y casi todos los estados se han unido al *Driver License Agreement*. Otros pactos involucran cuestiones distributivas. Virginia y Virginia Occidental han firmado numerosos pactos para resolver sus disputas en cuanto a la delimitación de la frontera que los divide.

Los estados pueden elegir si unirse o no a los pactos interestatales. Al igual que un contrato entre un comprador y un vendedor, estos pactos requieren que todas las partes estén de acuerdo. Así, en estos procesos nos encontramos ante una instancia más de la aplicación de la regla de unanimidad. Como

[100] *Véase, por ejemplo*, Randolph E. Paul, Taxation in the United States (1954).

[101] La Constitución requiere el consentimiento del Congreso para los pactos interestatales. *Véase* U.S. Const. art. I, § 10 ("Ningún Estado celebrará ningún Convenio o Pacto con otro Estado, sin el consentimiento del Congreso [...]"). Sin embargo, en *Virginia v. Tennessee*, 148 U.S. 503 (1893), la Corte Suprema sostuvo que no todos los acuerdos entre estados constituyen "Convenios o Pactos" que requieran el consentimiento del Congreso.

* Nota del traductor: esto es conocido como la "Compact Clause" en inglés. Esta regla constitucional previene que los estados hagan acuerdos entre sí o acuerdos con estados foráneos sin el consentimiento del congreso.

explicó el capítulo anterior, la regla de unanimidad provoca *holdouts* que dificultan la negociación. Recuerda que trece estados no pudieron ponerse de acuerdo para financiar el gobierno central bajo los Artículos de la Confederación.

Preguntas

2.1.1. ¿Es la decisión de Corea del Norte de fabricar armas nucleares una externalidad legal? ¿Cómo está el mundo intentando resolver esta situación?
2.1.2. La negociación en torno a la frontera entre dos estados, ¿es un juego de producción o distribución? ¿Por qué son difíciles de resolver las disputas fronterizas?
2.1.3. En *Virginia v. Tennessee*, la Corte Suprema sostuvo que los pactos interestatales requieren la aprobación del Congreso solo si amenazan con aumentar el poder de los estados a expensas del gobierno federal[102]. ¿Qué externalidad negativa previene esta decisión? ¿Qué externalidades negativas permite?

2.2. El principio de internalización

Si la negociación no puede resolver las externalidades legales, ¿qué puede hacerlo? La internalización. Ampliar las fronteras de un ente estatal hace que los efectos externos se vuelvan internos. Supongamos que la ley de Nebraska sobre corrales de engorde afecta a Iowa. Si Nebraska e Iowa no pueden negociar, pueden fusionarse. Si un solo estado abarca ambos lugares, sus leyes no tienen externalidades. El nuevo estado internaliza los efectos de sus leyes.

Tener entes estatales más grandes implica tener menos externalidades legales. Esto sugiere que los gobiernos deberían tener un alcance amplio. Sin embargo, los gobiernos más grandes tienen una desventaja: carecen de información sobre asuntos locales. Considera la distinción entre los bienes públicos nacionales y locales. La provisión de defensa beneficia a todos dentro de las fronteras del país, convirtiéndola en un bien público nacional. En contraste, el *Central Park* en Nueva York beneficia principalmente a las personas que viven o trabajan cerca, lo que lo convierte en un bien público local. De manera similar, la congestión en el *Golden Gate Bridge* afecta principalmente a los viajeros entre San Francisco y el condado de Marin, convirtiéndola en un "mal" público local. Una cuenca con aire limpio, un parque en un poblado y una calle congestionada son ejemplos clásicos de bienes y males públicos locales.

[102] 148 U.S. 503 (1893).

Las personas que son afectadas por una ley tienen más razones para informarse sobre ella e influir en su creación que aquellas que no se ven afectadas. Por lo tanto, las personas afectadas tienen más probabilidades de emitir votos informados, fiscalizar a los políticos, pujar porque les suban los impuestos a ellos mismos, diseñar regulaciones óptimas y realizar los actos ciudadanos que hacen que la democracia funcione. Las consideraciones sobre información y motivación recién revisadas nos llevan a una prescripción para la asignación del poder gubernamental llamada el *principio de internalización: asignar el poder a la unidad más pequeña de gobierno que internalice los efectos de su ejercicio*[103].

El principio de internalización proporciona una guía para leyes de gran importancia. Si un bien público es nacional, o casi, el gobierno central debería proporcionarlo. El gobierno central debería recaudar fondos y utilizarlos para proporcionar bienes públicos nacionales. Por el contrario, si un bien público es local, como un pequeño parque de la ciudad, el gobierno local debería proporcionarlo. El financiamiento del parque debería provenir de una fuente local, como un impuesto comunitario, que afecte principalmente a los beneficiarios del parque y evite gravar a los no beneficiarios.

El recién descrito principio de internalización también aplica a la mitigación de los males públicos. Si una externalidad negativa es nacional, o casi, el gobierno central debería controlarla. Del mismo modo, si una externalidad negativa es local, o casi, el gobierno local debería controlarla.

Hemos presentado el principio de internalización como un principio normativo. Éste proporciona una teoría económica sobre cómo *deberían* organizarse los estados. Sin embargo, el principio también es positivo. Ayuda a explicar cómo están organizados los estados. Para ilustrarlo, supongamos que la creación de un gran parque en las montañas atraería visitantes de todo el país. Si la mayor parte del financiamiento debe provenir de impuestos y no de *tickets* de entrada, financiar el parque nacional con un impuesto nacional grava a todos los visitantes potenciales. El gobierno nacional, y no el estatal o local, representa a todos los visitantes potenciales. Por lo tanto, los funcionarios federales tienen mejores incentivos que los funcionarios estatales o locales para construir un parque grande que atraería a visitantes a nivel nacional. La responsabilidad sobre los parques que benefician a la nación toda debería recaer en los funcionarios que tienen una perspectiva nacional, que es en su mayoría lo que observamos. Los más grandes y mejores parques de los Estados Unidos son casi en su totalidad obra del gobierno federal.

[103] *Véase* Robert D. Cooter & Neil S. Siegel, *Collective Action Federalism: A General Theory of Article I, Section* 8, 63 Stan. L. Rev. 115 (2010). Para una formulación temprana de este enfoque que influyó en los economistas, véase Wallace E. Oates, Studies in Fiscal Federalism (1972). Para un resumen posterior de este enfoque, véase Wallace E. Oates, *Federalism and Government Finance*, en Modern Public Finance 126 (John M. Quigley & Eugene Smolensky eds., 1994).

Como otro ejemplo, consideremos los distritos gubernamentales especiales. Muchas externalidades cruzan fronteras. El agua y aire circulan según la forma de los ríos y montañas, no según límites políticos. En consecuencia, la contaminación se pasa de una jurisdicción gubernamental a otra. A veces, se pueden crear instituciones especiales que se ajusten a los límites naturales de una región. Un distrito especial podría proporcionar agua potable a varios condados o podría hacer responsables a los gobiernos locales que contaminen una cuenca de aire. Según el principio de internalización, la jurisdicción de un distrito especial debería extenderse hasta donde lleguen los efectos de los bienes públicos que suministra o los males públicos que mitiga. Estados Unidos contiene muchas instituciones especiales que de manera general satisfacen dicho principio. Solo California tiene más de 5,000 distritos especiales, incluidos distritos escolares, de agua, de parques y de transporte[104]. De manera similar, la Washington Metropolitan Area Transit Authority opera el sistema de metrotrén para los viajeros en Washington, DC, y sus jurisdicciones vecinas[105].

2.3. Introducción al Artículo I, Sección 8

El principio de internalización ayuda a explicar y justificar las características generales del federalismo estadounidense. Sin embargo, no encontrarás el principio escrito en la Constitución. No existe una "cláusula de internalización". En su lugar, la Constitución contiene el Artículo I, Sección 8, que enumera los poderes del gobierno federal. Si un poder no está enumerado en el Artículo I, Sección 8, el gobierno federal no puede ejercerlo. Según la Décima Enmienda, los poderes no delegados al gobierno federal están reservados a los estados. Por lo tanto, el Artículo I, Sección 8 distribuye el poder entre el gobierno federal y los gobiernos estatales. Esta sección revisa el Artículo I, Sección 8, comenzando con su texto:

El Congreso tendrá el poder de:

> 1. Establecer y recaudar impuestos, derechos, aranceles y contribuciones, para pagar las deudas y proveer para la defensa común y el bienestar general de los Estados Unidos; pero todos los derechos, aranceles y contribuciones serán uniformes en todo Estados Unidos;
> 2. Pedir préstamos al crédito de los Estados Unidos;
> 3. Regular el comercio con naciones extranjeras, entre los diversos estados y con las tribus indias;

[104] *Véase* California Special Districts Association, Special Districts Mapping Project, https://www.csda.net/about-special-districts/map

[105] Washington Metropolitan Area Transit Authority, History, https://www.wmata.com/about/history.cfm

4. Establecer una regla uniforme de naturalización y reglas uniformes sobre insolvencia en todo Estados Unidos;
5. Acuñar dinero, regular su valor y el de la moneda extranjera, y fijar el estándar de pesos y medidas;
6. Castigar la falsificación de los títulos y moneda actual de los Estados Unidos;
7. Establecer oficinas de correos y carreteras postales;
8. Promover el progreso de la ciencia y artes útiles, asegurando por tiempos limitados a los autores e inventores el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos;
9. Crear los tribunales inferiores a la Corte Suprema;
10. Definir y castigar la piratería y delitos cometidos en alta mar, y delitos contra la ley de las naciones;
11. Declarar la guerra, otorgar patentes de corso y represalia, y dictar reglas sobre las capturas en tierra y agua;
12. Crear y mantener ejércitos, pero ninguna asignación de dinero para tal uso será por un período mayor de dos años;
13. Crear y mantener una marina de guerra;
14. Dictar normas para el gobierno y regulación de las fuerzas terrestres y navales;
15. Crear reglas para movilizar la milicia para ejecutar las leyes de la unión, suprimir insurrecciones y repeler invasiones;
16. Crear reglas para la organización, armamento y disciplina de la milicia, y para gobernar a la parte de ellas que pueda emplearse al servicio de los Estados Unidos, reservando a los estados respectivamente, el nombramiento de oficiales, y la autoridad para entrenar la milicia de acuerdo a la disciplina prescripta por el Congreso;
17. Ejercer legislación exclusiva en todos los casos, sobre tal Distrito (no excediendo las diez millas cuadradas) que, por cesión de los estados particulares, y la aceptación del Congreso, se convierta en la sede del gobierno de los Estados Unidos, y ejercer la misma autoridad sobre todos los lugares adquiridos con el consentimiento de la legislatura del estado en el cual se encuentren, para la construcción de fuertes, revistas, arsenales, astilleros y otros edificios necesarios; — y
18. Dictar todas las leyes que sean necesarias y adecuadas para llevar a cabo la ejecución de los poderes anteriores, y todos los demás poderes conferidos por esta Constitución al gobierno de los Estados Unidos, o a cualquier departamento u oficial de los mismos.

La primera cláusula otorga al Congreso la autoridad para "imponer y recaudar impuestos". Esto previene el *free riding* que tuvo lugar bajo los Artículos de la Confederación al otorgar al gobierno central el poder de financiarse. Para muchas personas, los poderes restantes parecen un cajón de sastre. ¿Por qué el Congreso tiene autoridad sobre temas como quiebras (cláusula 4), oficinas de correos (cláusula 7) y las

"artes útiles" (cláusula 8)? ¿Por qué el Congreso no tiene autoridad sobre la atención médica, la educación y la policía? ¿Y qué significan las cláusulas? Considera la cláusula 17, que otorga al Congreso el poder de erigir ciertos "fuertes, revistas, arsenales, astilleros y otros edificios necesarios". Los hospitales militares no están en la lista. ¿Constituyen "edificios necesarios"? ¿Qué hay de los hangares para helicópteros militares, que fueron inventados 150 años después de que se escribiera la Constitución?

Para responder a estas preguntas, debemos interpretar la Constitución. Abogados y jueces han interpretado y reinterpretado muchas de las cláusulas del Artículo I, Sección 8. Nos enfocamos en interpretar dos cláusulas críticas para el federalismo: la Cláusula de Bienestar General y la Cláusula de Comercio.

La cláusula 1 otorga al Congreso el poder de "proveer para la defensa común y el bienestar general de los Estados Unidos". Mientras que el significado de lo que es la defensa común parece relativamente transparente, el significado de bienestar general parece relativamente opaco. En la década de 1800, los legisladores pensaban que la cláusula era bastante limitada. Como presidente, James Madison vetó un proyecto de ley para financiar carreteras y canales porque, en su opinión, el Congreso carecía de autoridad constitucional para realizar tales "mejoras internas"[106]. Muchas décadas después, la Corte Suprema en *Estados Unidos v. Butler* no estuvo de acuerdo[107]. La Corte sostuvo que la Cláusula de Bienestar General otorga al Congreso un amplio poder para gastar el dinero que recauda mediante impuestos. Así, el Congreso puede gravar a los ciudadanos para pagar cosas como carreteras y canales, así como seguridad social, seguro de desempleo y educación[108].

La Cláusula de Bienestar General otorga al Congreso un amplio poder de gasto, pero no le otorga poder regulatorio. Interpretar la cláusula como si otorgara poder regulatorio haría superfluas el resto de las disposiciones del Artículo I, Sección 8. ¿Para qué conceder poder sobre quiebras en la cláusula 4 y oficinas de correos en la cláusula 7 si el Congreso ya tiene ese poder (y mucho más) en la cláusula 1? Interpretar la cláusula 1 como si otorgara autoridad regulatoria general parecería dar al gobierno federal *todo* el poder, no solo *una parte*. Como escribió la Corte en *Butler*, interpretar la cláusula de esa manera convertiría a los Estados Unidos en "un gobierno de poderes generales e ilimitados, a pesar de la enumeración subsiguiente de poderes específicos"[109].

[106] James Madison, Veto Message on the Internal Improvements Bill (Mar. 3, 1817) (traducción disponible en https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/march-3-1817-veto-message-internal-improvements-bill).

[107] 297 U.S. 1 (1936).

[108] Helvering v. Davis, 310 U.S. 619 (1937).

[109] *Butler*, 297 U.S. at 64 (citando 1 Joseph Story, Commentaries on the Constitution of the United States § 907 (Melville M. Bigelow ed., 5th ed. 1905) (1833)).

Ahora considera la Cláusula de Comercio. La cláusula 3 otorga al Congreso el poder de regular "el comercio con naciones extranjeras, entre los diversos estados y con las tribus indias" La pregunta sobre qué constituye "comercio… entre los varios estados" ha ocupado a los juristas desde el siglo XVIII. Durante la llamada era de Lochner, la Corte Suprema interpretó la cláusula de manera restrictiva. Así, el Congreso podía regular el "comercio", pero no la "manufactura"[110]. El comercio dentro de un estado no era "entre los varios estados" y, por lo tanto, estaba fuera de la jurisdicción del Congreso. El Congreso podía regular los bienes que estaban en el "flujo" del comercio[111], pero no los bienes fuera del flujo que afectaban el comercio interestatal[112]. Además, podía regular los bienes "dañinos" pero no los "inofensivos"[113].

La Corte Suprema eventualmente abandonó estas distinciones. Durante la Gran Depresión, el presidente Roosevelt amenazó con "empaquetar" la Corte Suprema con jueces que simpatizaran con él*. Bajo presión, los jueces de la Corte Suprema desarrollaron una nueva interpretación de la Cláusula de Comercio que expandió enormemente el poder del Congreso[114], como lo ilustra el caso *Wickard v. Filburn*[115]. Un agricultor cultivó más trigo del permitido por una ley federal, y utilizó el exceso de trigo para alimentar a su familia y su ganado. Dicho exceso de trigo estaba fuera del flujo del comercio. Aun así, la Corte Suprema permitió al Congreso establecer regulaciones sobre el exceso de trigo del agricultor. Cultivar trigo para uno mismo reduce la demanda de trigo que puede haber en el comercio, lo que implica precios más bajos para el trigo en los mercados interestatales.

[110] United States v. E.C. Knight Co., 156 U.S. 1, 12–13 (1895).

[111] Carter v. Carter Coal Co., 298 U.S. 238, 305 (1936). *Compare* Swift & Co. v. United States, 196 U.S. 375, 398–99 (1905) (confirmando la aplicación de la *Sherman Act* al control de precios por los dueños de corrales de engorde), *con* A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495, 543 (1935) ("En lo que respecta al pollo aquí en cuestión, el flujo en el comercio interestatal había cesado. El pollo había llegado a un reposo permanente dentro del estado".).

[112] *A.L.A. Schechter Poultry Corp.*, 295 U.S. en 523–25, 527–28, 542–51 (1935) (invalidando el Código Federal de Aves para el área metropolitana de la ciudad de Nueva York, que regulaba la venta de pollos enfermos y que incluía disposiciones sobre salarios, horas y trabajo infantil, basado en una relación "indirecta" con el comercio interestatal).

[113] *Por ejemplo*, Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251, 268–72, 276–77 (1918) (invalidando una prohibición federal sobre el envío en comercio interestatal de bienes producidos por trabajo infantil, y diferenciando casos en los que la Corte sostuvo la regulación federal con el argumento de que en esos casos "el uso del transporte interestatal era necesario para la consecución de resultados dañinos", mientras que en el caso en cuestión "[l]os bienes enviados [eran] por sí mismos inofensivos").

* Nota del traductor: a modo de contexto, vale la pena notar que en EE.UU. el Presidente puede nominar una cantidad ilimitada de jueces a la Corte Suprema: la Constitución no establece un límite. Con todo, usualmente solo hay 9 jueces, pues se busca mantener algún nivel de estabilidad. Pero este es, a fin de cuentas, un arreglo prudencial.

[114] Para evidencia de que fue la ley, y no las amenazas políticas, lo que causó la reinterpretación de la Corte sobre la Cláusula de Comercio, véase Barry Cushman, *Rethinking the New Deal Court*, 80 Va. L. Rev. 201 (1994).

[115] 317 U.S. 111 (1942).

Así, según la nueva visión de la Corte, el trigo cultivado por un agricultor en un estado para consumo propio involucraba "comercio… entre los varios estados".

Durante décadas, la Corte Suprema pareció conceder al Congreso un poder ilimitado para regular bajo la Cláusula de Comercio. Eso cambió en 1995 cuando la Corte Suprema decidió el caso *Estados Unidos v. Lopez*, un caso que involucraba un estatuto federal que criminalizaba la posesión de un arma de fuego a menos de 1,000 pies de una escuela[116]. Quienes se oponían a la ley argumentaron que el gobierno federal no tenía autoridad bajo la Cláusula de Comercio para regular esta actividad. La Corte Suprema estuvo de acuerdo, concluyendo que la posesión de armas cerca de escuelas no tiene un efecto "sustancial" en el comercio interestatal. De manera similar, *Estados Unidos v. Morrison* anuló parte de la *Federal Violence Against Women Act*[117]. La Corte razonó que los crímenes ligados a la violencia de género no constituyen una actividad económica, y por lo tanto, la Cláusula de Comercio no autoriza al Congreso a regularlos. En Gonzales v. Raich, la Corte sostuvo que el Congreso puede regular la actividad "económica", pero no la "no económica"[118].

En resumen, el Congreso tiene poder para crear impuestos y, bajo la Cláusula de Bienestar General, el poder de gastar, pero carece de poder regulatorio general. La Cláusula de Comercio otorga al Congreso un poder regulatorio específico, el cual solo aplica si la actividad regulada es "económica".

Alexis de Tocqueville, quien observara perspicazmente los Estados Unidos, dijo que el sistema federal estaba diseñado para combinar "las diferentes ventajas que resultan de la magnitud y la pequeñez de las naciones"[119]. ¿Logran las interpretaciones de la Corte Suprema este objetivo? Utilizaremos la economía para proporcionar una respuesta.

Preguntas

2.3.1. El Congreso tiene el poder general de gravar a las personas, pero no de regular. Así, el Congreso puede gravar a las personas por no comprar una casa (la deducción de intereses en

[116] 514 U.S. 549 (1995).

[117] 529 U.S. 598 (2000).

[118] 545 U.S. 1 (2005).

[119] 1 Alexis de Tocqueville, Democracy in America 206 (Francis Bowen ed., Henry Reeve trad., 1898).

créditos hipotecarios es equivalente a un impuesto extra para quienes arriendan en lugar de ser propietarios). Sin embargo, el Congreso no puede exigir a las personas que compren casas y multarlas por arrendar en su lugar. ¿Cuál es la diferencia entre un impuesto y una multa?[120]

2.3.2. ¿Es el cultivo de trigo para consumo doméstico, que tiene un efecto trivial en el precio de mercado, una actividad "económica"? ¿Son los crímenes motivados por violencia de género, que tienen un gran efecto en la economía (doctores, abogados, policías, carceleros, empleadores, tribunales), una actividad "no económica"?

2.4. Federalismo de Acción Colectiva

Mientras escudriñaba en los yerros que contenían los Artículos de la Confederación, Madison lamentó la "falta de concierto en asuntos donde el interés común lo requiere"[121]. Respecto de preocupaciones comunes como la seguridad, los estados deberían actuar juntos, no de forma individual. Los redactores de la Constitución carecían de las herramientas que provee la economía moderna, pero reconocieron claramente que existía un problema de acción colectiva. El federalismo de la Constitución refleja esto. La Tabla 2 resume y clasifica las cláusulas del Artículo I, Sección 8, en tres categorías que describiremos[122].

La primera categoría dice relación con las externalidades interestatales. La mayoría de las cláusulas mencionadas allí involucran la seguridad nacional. La seguridad es un bien público que los estados individuales no proveerán en suficiente cantidad por sí solos. De acuerdo con el principio de internalización, el gobierno nacional, no los estados, debería controlar la seguridad, y bajo la Constitución ese es el caso.

Ahora considera la cláusula 7. El servicio postal es una red que se vuelve más valiosa a medida que adquiere más puntos de recolección y entrega. Si la industria postal consistiera en empresas privadas que cooperaran, la actividad de cada empresa expandiría la red y beneficiaría a las demás empresas.

[120] *Cf.* Neil S. Siegel & Robert D. Cooter, *Not the Power to Destroy: An Effects Theory of the Tax Power*, 98 Va. L. Rev. 1195 (2012).

[121] James Madison, *Vices of the Political System of the United States*, en James Madison: Writings 69, 71 (Jack N. Rakove ed., 1999).

[122] Esta discusión se basa en Robert D. Cooter & Neil S. Siegel, *Collective Action Federalism: A General Theory of Article I Section 8*, 63 Stan. L. Rev. 115 (2010). Véase también Jack M. Balkin, *Commerce*, 109 Mich. L. Rev. 1 (2010); Max Stearns, *The New Commerce Clause Doctrine in Game Theoretical Perspective*, 60 Vand. L. Rev. 1 (2007); Adam Badawi, *Unceasing Animosities and the Public Tranquility: Political Market Failure and the Scope of the Commerce Power,* 91 Cal. L. Rev. 1331 (2003).

El estado del servicio postal en el siglo XVIII se asemeja al ferrocarril en el siglo XIX y al internet en el siglo XX en lo siguiente: la participación tiene externalidades positivas. Los académicos que observaron externalidades positivas en internet las llamaron "efectos de red".

Tabla 2. Acción Colectiva en el Artículo I

Categoría	Art. I, Sec. 8 Cláusula	Poder
Externalidades interestatales	1	Seguridad Nacional
	10	Suprimir la piratería
	11	Declarar la guerra
	12	Levantar ejércitos
	13	Mantener una marina
	14	Crear leyes militares
	15	Convocar a la milicia
	16	Gobernar la milicia
Mercados interestatales	7	Establecer oficinas de servicio postal
	8	Crear leyes de propiedad intelectual
	3	Regular el comercio interestatal y exterior
	4	Leyes de naturalización
	4	Leyes de quiebra
	5	Emitir dinero
	5	Fijar pesos y medidas
	6	Castigar la falsificación
Administración federal	1	Impuestos y derechos
	2	Emitir bonos
	9	Crear tribunales federales inferiores
	17	Gobernar el Distrito de Columbia y los edificios federales en los estados
	18	Hacer leyes necesarias y apropiadas para ejecutar estos y otros poderes

Las empresas son reacias a la hora de invertir en un negocio que externaliza beneficios. Dadas las externalidades positivas, el problema inicial de crear una red es hacerla crecer a un tamaño suficiente como para que sea rentable. El interés del gobierno federal en promover el servicio postal se asemeja a su posterior interés en promover el ferrocarril y el internet. Una vez que dicha industria es viable, la competencia a menudo lleva a que el mercado tenga un único proveedor o un pequeño número de grandes proveedores, como ocurrió con los ferrocarriles y con Google. Una gran empresa puede internalizar externalidades positivas del mercado de la misma manera que un gran estado puede internalizar externalidades legales positivas. Los economistas llaman a esta situación un "monopolio natural"[123]. Frente a un monopolio natural, como el servicio postal nacional, el gobierno federal debería tener el poder de regularlo o de proporcionar el servicio por sí mismo. Según la Constitución, lo tiene.

Pasando a la cláusula 8, una inventora sin una patente no puede evitar que alguien copie su invención. El beneficio de la invención para quien la copia es una externalidad positiva. Estos beneficios externos desalientan la realización de invenciones, novelas, canciones y otras obras creativas. Dado que el problema del uso no autorizado se extiende a través de las fronteras estatales, el problema es nacional, por lo que el Congreso está mejor posicionado que los estados para resolverlo. Las leyes federales de propiedad intelectual permiten a los creadores cobrar tarifas a los usuarios en todo el país, lo que crea un mercado nacional unificado para las obras creativas. Esta es la justificación económica de la cláusula 8.

Ahora consideremos la segunda categoría general en la Tabla 3.2: los mercados interestatales. En el siglo XVIII, Estados Unidos enfrentó el problema de crear un mercado unificado de bienes, capital y mano de obra. La presencia de obstáculos legales al libre movimiento de recursos inhibe la creación de mercados nacionales. En contraste, un marco regulatorio uniforme facilita la creación de mercados nacionales. Reconociendo la ventaja decisiva del gobierno federal sobre los gobiernos estatales, los redactores de la Constitución otorgaron al Congreso el poder de crear mercados nacionales unificados en las cláusulas 3 a 6.

[123] Un monopolio natural surge cuando la producción tiene altos costos fijos pero bajos costos marginales. La electricidad ofrece un ejemplo. Construir un sistema de distribución eléctrica cuesta mucho (altos costos fijos). Sin embargo, una vez que el sistema está construido, prestar el servicio a un cliente adicional es barato (hay bajos costos marginales). Extender el servicio a un cliente adicional solo requiere, por ejemplo, tender un cable desde la calle hasta la casa, o tal vez simplemente encender el suministro de energía. Si una empresa construye un sistema de distribución eléctrica, a las otras empresas les resultará difícil competir. Deben incurrir en los altos costos fijos necesarios para construir un sistema de distribución competidor, pero luego solo atraerán una fracción de todos los posibles clientes (muchos clientes seguirán con la empresa inicial). La primera empresa tiene un monopolio natural.

El Congreso utilizó este poder. La movilidad laboral aumentó como resultado de leyes federales uniformes que se promulgaron en virtud de la cláusula tercera como aquellas referidas a seguridad social y derechos civiles, y las leyes de naturalización aprobadas en virtud de la cláusula 4. La estabilidad y confianza en los mercados de capitales aumentó tras la promulgación de estatutos federales en virtud de la cláusula 3, los que hicieron posible el seguro de depósitos federales, la obligación de *disclosure** por parte de los emisores de acciones, el registro de corredores de bolsa. A esto, además, hay que sumar la ley uniforme de quiebras promulgada en virtud de la cláusula 4. Los estatutos federales promulgados en virtud de la cláusula 3 también proporcionan el sustrato jurídico para industrias como la radio y la televisión, en las que la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC por sus siglas en inglés) impide que los radiodifusores interfieran entre sí. Además, el Congreso creó una moneda común según lo autorizado en las cláusulas 5 y 6, y estableció normas nacionales para pesos y medidas según lo autorizado en la cláusula 5. Estas acciones resolvieron problemas de coordinación y redujeron los costos de transacción del comercio interestatal. Juntas, estas leyes hicieron de Estados Unidos el lugar del mundo más grande que gozara de movilidad irrestricta de bienes, capital y mano de obra durante más de 150 años, lo que ayuda a explicar el notable éxito económico del país.

La implementación de los poderes recién mencionados requiere de la administración federal. Las cláusulas 1, 2, 9, 17 y 18 entregan a la administración medios robustos para lograr los fines especificados en las demás cláusulas.

Con la ayuda de la economía, el Artículo I, Sección 8 parece una respuesta racional a los problemas de acción colectiva, no un conjunto misceláneo de ideas. Antes señalamos que la Constitución no contiene una "cláusula de internalización" general. En cambio, contiene cláusulas individuales que autorizan al Congreso a internalizar dichas externalidades.

Hasta ahora, nuestro análisis del Artículo I, Sección 8 es descriptivo. Ahora pasamos a la interpretación. Recuerda la cláusula 1: "El Congreso tendrá el poder de… proveer para… el bienestar general de los Estados Unidos"[124]. La Corte Suprema ha interpretado que la Cláusula de Bienestar General otorga al Congreso el poder de gastar, pero no de regular. Otorgar al Congreso el poder de regular, escribió la Corte en *Butler*, daría al gobierno federal "poderes ilimitados"[125].

* Nota del traductor: opté por dejar el término "disclosure" en inglés, el cual se refiere a la acción de hacer pública, esto es, divulgar, información que hasta antes de dicha acción era secreta o privada.

[124] U.S. Const. art. I, § 8, cl. 1.

[125] 297 U.S. en 64.

¿Se puede interpretar la Cláusula de Bienestar General de forma tal que otorgue al Congreso algún poder regulatorio, pero no todo el poder regulatorio? Creemos que la respuesta es sí. El análisis económico muestra cómo.

Al interpretar leyes, los tribunales a menudo utilizan un principio llamado "ejusdem generis", que en latín significa "de la misma clase". El principio de ejusdem generis aclara el significado que tienen los términos generales en una lista. Por ejemplo, considera una ley que prohíbe "autos, camiones, motocicletas y otros vehículos" en un camino público. El principio de ejusdem generis indica a los tribunales leer "otros vehículos" de una manera coherente con los términos "autos", "camiones" y "motocicletas". Así, los tractores cuentan como "otros vehículos" prohibidos en el camino porque son pesados y motorizados, al igual que los demás. Sin embargo, las patinetas y las bicicletas son ligeras y no motorizadas, por lo que pueden no contar como "otros vehículos".

Aplicado al Artículo I, Sección 8, el principio de ejusdem generis dirige a los tribunales a interpretar la Cláusula de Bienestar General de manera coherente con las cláusulas específicas que otorgan al Congreso poder para actuar en situaciones que involucren externalidades interestatales. Las cláusulas específicas surgieron en respuesta a los fracasos de los estados bajo los Artículos de la Confederación para resolver externalidades interestatales a través de la negociación. Así, la Cláusula de Bienestar General puede interpretarse de manera tal que autorice al Congreso a actuar sobre externalidades interestatales cuando los costos de transacción de la negociación entre los estados son altos y el poder del Congreso no es admitido según otra cláusula[126].

Para demostrarlo, supongamos que una enfermedad se extiende por todo el país. Los programas de vacunación en un estado tienen externalidades positivas sobre otros estados. Supongamos que los estados no pueden ponerse de acuerdo respecto de cuál es el mejor programa de vacunación. El Artículo I, Sección 8, no autoriza explícitamente al Congreso a regular enfermedades[127]. Sin embargo, bajo la interpretación aquí ofrecida, la Cláusula de Bienestar General autorizaría al Congreso a promulgar un programa de vacunación. Por el contrario, si los estados pudieran ponerse de acuerdo respecto de cuál es el mejor programa, entonces podrían gestionar el problema por sí mismos, y el Congreso no tendría autoridad para intervenir.
Para dar otro ejemplo, supongamos que una instalación de compostaje convierte desechos

[126] Para una elaboración y defensa de esta interpretación, véase Robert D. Cooter & Neil S. Siegel, *Collective Action Federalism: A General Theory of Article I Section 8*, 63 Stan. L. Rev. 115 (2010).

[127] Bajo la jurisprudencia existente, la Commerce Clause y la Necessary and Proper Clause autorizan al Congreso a actuar en este escenario. La General Welfare Clause podría ofrecer una base más lógica para dicha autorización.

alimentarios en tierra fértil para granjas cercanas. La instalación atrae roedores y produce hedor, por lo que los vecinos se quejan. La instalación tiene externalidades negativas. Si las externalidades no cruzan las fronteras estatales, entonces nuestra interpretación de la Cláusula de Bienestar General no autoriza al Congreso a actuar. Las externalidades deben ser interestatales.

En resumen, podemos leer el Artículo I, Sección 8, como un todo unificado, como un párrafo bien escrito. La Cláusula 1 expresa el principio unificador de un gobierno federal facultado para promover el bienestar general, lo que significa superar los problemas de acción colectiva entre los estados. Las Cláusulas 2 a 17 proveen las instancias del principio que fueron consideradas más importantes en el momento en que los Fundadores redactaron el párrafo. La Cláusula 18, la Cláusula Necesaria y Propia, subraya la amplia disponibilidad de medios para promover el bienestar general.

Esta interpretación del Artículo I, Sección 8, se llama *federalismo de acción colectiva*. El federalismo de acción colectiva es una teoría de interpretación basada en el análisis económico. Demuestra la utilidad que tiene esta disciplina para el trabajo de abogados y jueces.

Preguntas

2.4.1. Muchos estados han promulgado leyes que delimitan dónde pueden vivir quienes han cometido delitos sexuales. Una ley como ésta en Minneapolis puede hacer que estas personas se muden a la ciudad vecina de St. Paul. ¿Deberían los tribunales interpretar la Cláusula de Bienestar General de manera tal que esta otorgue al Congreso poder para hacer una ley nacional referida a quienes cometen delitos sexuales?
2.4.2. Según el federalismo de acción colectiva, el Congreso puede actuar sobre las externalidades interestatales cuando los estados no pueden negociar con éxito entre ellos. Supongamos que Nueva Jersey prefiere que exista una solución federal a que haya una externalidad interestatal. ¿Qué puede hacer Nueva Jersey para garantizar que el gobierno federal tenga la autoridad constitucional para imponer una solución?

2.5. Una Revisión del Comercio

La Cláusula de Comercio, tal como es interpretada por los tribunales, a menudo determina el alcance del poder federal. Recordemos el caso *Wickard v. Filburn*, en el que la Corte Suprema sostuvo que el Congreso puede regular la producción de trigo casera de un agricultor[128]. Esta

decisión, ¿abordaba un problema de acción colectiva entre los estados que el Congreso necesitaba resolver? El Congreso percibió la sobreproducción de trigo como un problema nacional. (Dejemos de lado la cuestión de si la percepción del Congreso era precisa, o si las restricciones de producción fueron un remedio para la Gran Depresión). Para resolver este problema, cada estado por sí mismo podría haber impuesto límites en la producción dentro de sus propias fronteras. Sin embargo, las restricciones que impone un estado perjudican a sus productores cuando se compara a estos con los productores de otros estados en que no existen restricciones. Dado esto, cada estado tiene un incentivo para no restringir la producción dentro de sus fronteras.

Los abogados llaman al problema que hemos descrito la "carrera hacia abajo" (*race to the bottom*). En los mercados nacionales, los productores buscan ventajas sobre sus competidores. Esto puede llevarlos a adoptar prácticas dañinas, como destruir el medio ambiente. La "carrera" se refiere a la presión que hay entre los estados para relajar sus leyes y así beneficiar a sus productores. Que la carrera es "hacia abajo" se refiere al mal resultado de la carrera— demasiada contaminación. En teoría, los pactos interestatales pueden facilitar la cooperación y prevenir que exista dicha carrera hacia abajo. Para evitar la sobreproducción de trigo durante la Gran Depresión, los estados podrían haber acordado limitarla mediante un pacto. Sin embargo, estos pactos requieren unanimidad, lo que empodera a los estados para mantener su postura. El *holdout* es un problema clásico de acción colectiva que se presenta al intentar regular el comercio interestatal. El poder de negarse a participar, el poder que otorga el *holdout*, hace que cooperar sea difícil para los estados.

A diferencia de los pactos, una regulación de alcance nacional puede evitar la carrera hacia abajo. En la década de 1930, el Congreso efectivamente podría haber reducido la producción de trigo. En *Wickard*, la Corte concluyó que la Cláusula de Comercio otorgaba ese poder al Congreso[129]. Los *holdouts* hacen que sea difícil para los estados, por su cuenta, evitar la carrera hacia abajo, y la Cláusula de Comercio permite que el Congreso actúe en su lugar.

Veamos otra instancia de estas ideas. En *Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Association*, la pregunta era si el Congreso tenía autoridad bajo la Cláusula de Comercio para regular la actividad minera, incluidas sus repercusiones ambientales. La Corte respondió afirmativamente, señalando que tener estándares nacionales "garantiza que la competencia en el comercio interestatal entre los vendedores de carbón producido en diferentes estados no se utilizará para socavar la capacidad de

[128] 317 U.S. 111 (1942).

[129] *Id.*

los diversos estados para mejorar y mantener estándares adecuados en las operaciones mineras de carbón dentro de sus fronteras"[130]. La Cláusula de Comercio otorga al Congreso el poder de evitar una carrera hacia abajo en el mercado minero nacional.

En las últimas décadas, la Corte Suprema ha reducido el alcance de la Cláusula de Comercio. La teoría del federalismo de acción colectiva ilumina la lógica de la Corte[131]. En *Lopez*, la Corte sostuvo que el Congreso no podía regular la tenencia de armas cerca de las escuelas[132]. La falta de regulación en un estado en cuanto a la tenencia de armas cerca de las escuelas probablemente no afecta tales regulaciones en otro estado. No hay una externalidad negativa. (No se puede decir lo mismo de la venta de armas, donde las regulaciones laxas en un estado pueden socavar las regulaciones estrictas en otro estado)[133].

De manera similar, en *Morrison*, la Corte Suprema sostuvo que el Congreso no podía regular la violencia contra las mujeres[134]. La regulación de los delitos violentos contra las personas—mujeres u hombres—tradicionalmente es un poder reservado a los estados. Los estados no están de acuerdo entre sí con respecto a la regulación penal, siendo que algunos estados castigan las infracciones de manera más severa que otros. La Corte Suprema aparentemente percibió que existía cierto desacuerdo entre los estados con respecto a los delitos violentos contra las mujeres, pero no existía un problema de *holdout* entre los estados ni una carrera hacia abajo. Un castigo menos severo en un estado probablemente no afecta a los estados con castigos más severos. Esto no significa que la violencia contra las mujeres no sea un problema grave (¡lo es!). Pero no parece ser un problema de acción colectiva entre los estados.

En otro caso, *Gonzales v. Raich*, la regulación de California permitía el uso de marihuana con fines médicos, pero la ley federal lo prohibía[135]. ¿Autorizaba la Cláusula de Comercio al Congreso a anular la ley de California y prohibir la marihuana? La Corte respondió que sí, y el federalismo

[130] 452 U.S. 264, 281–82 (1981) (cita omitida).

[131] Esta discusión se basa en Robert D. Cooter y Neil S. Siegel, *Collective Action Federalism: A General Theory of Article I Section 8*, 63 Stan. L. Rev. 115 (2010).

[132] 514 U.S. 549 (1995).

[133] *Véase, por ejemplo*, Leo H. Kahane, *State Gun Laws and the Movement of Crime Guns Between States*, 61 Int'l Rev. L. Econ. 1 (2020) (presentando evidencia de que las armas utilizadas en crímenes se mueven desde estados con regulaciones débiles hacia estados con regulaciones más estrictas).

[134] 529 U.S. 598 (2000).

[135] 545 U.S. 1 (2005).

de acción colectiva puede explicar por qué. El uso de la marihuana con fines medicinales es indistinguible de su uso para otros fines. Además, las drogas no tienen consideración por las fronteras políticas. La legalización de la marihuana por parte de California podría dificultar que otros estados la prohíban. Si hay una externalidad—el uso de marihuana medicinal en California dificulta la vigilancia de las drogas en, por ejemplo, la frontera con Arizona—entonces el Congreso puede intervenir. (Debe notar, con todo, que el principio de que el gobierno federal tiene la autoridad para criminalizar la marihuana está vigente, pero el gobierno federal ya no tiene la voluntad de hacer cumplir su prohibición, por lo que la legalización está avanzando en muchos estados y jurisdicciones locales).

En *Lopez, Morrison y Raich*, el razonamiento de la Corte Suprema es en su mayoría consistente con la teoría del federalismo de acción colectiva, pero no utilizó este lenguaje. Al explicar sus decisiones, la Corte distinguió entre actividades "económicas" y "no económicas". Sin embargo, esta distinción probablemente sea insostenible. La razón principal para dividir el poder entre el gobierno federal y los gobiernos estatales es la ventaja comparativa que tiene cada cual en diferentes actividades gubernamentales. Sin embargo, el gobierno federal no es especialmente ducho en asuntos económicos, y los gobiernos estatales no son especialmente duchos en asuntos no económicos. La distinción entre actividades económicas y no económicas no se relaciona de manera sistemática con la razón que existe para asignar algunos poderes al gobierno federal y otros poderes a los gobiernos estatales. Un mejor enfoque distingue entre las acciones individuales y colectivas de los estados.

La Durmiente Cláusula de Comercio

Bajo la Cláusula de Comercio, el Congreso puede regular el comercio "entre los diferentes estados". Los tribunales han interpretado que, según esta cláusula, los estados no pueden regular el comercio entre los diferentes estados. Esta prohibición opera incluso cuando la ley estatal no entra en conflicto con los estatutos federales. La "cláusula durmiente de comercio" se refiere a la prohibición contra los estados de regular el comercio interestatal, mientras que la "cláusula activa de comercio" se refiere a la facultad del Congreso para regular el comercio interestatal.

En *H.P. Hood & Sons, Inc. v. Du Mond*, una empresa de Massachusetts quería construir un depósito de leche en Nueva York. Los agricultores de Nueva York entregarían leche cruda al depósito, donde sería pesada, probada y enviada a Massachusetts para su venta. La regulación de Nueva York prohibía la construcción del depósito, lo que en los hechos hacía que hubiera más leche para los consumidores de Nueva York a expensas de los consumidores

de Massachusetts. Ningún estatuto federal entraba en conflicto con la ley de Nueva York. Sin embargo, la Corte Suprema anuló la ley de Nueva York por violar la Cláusula Durmiente de Comercio. La Corte señaló que:

> [La] interdependencia entre los estados solo sirve para enfatizar la necesidad de proteger el movimiento interestatal de bienes frente a cargas y represiones locales… Nuestro sistema, fomentado por la Cláusula de Comercio, es que cada agricultor y cada artesano sea alentados a producir con la certeza de que tendrán acceso libre a cada mercado de la Nación.

La Cláusula Durmiente de Comercio es consistente con el federalismo de acción colectiva. Cada estado tiene incentivos para crear leyes que beneficien a sus propios productores o consumidores a expensas del resto de la nación. Tales leyes aumentan los costos de transacción del intercambio interestatal. La Cláusula Durmiente de Comercio evita que los estados actúen individualmente cuando deberían actuar colectivamente.

3. Separación de Poderes

La Constitución de los Estados Unidos divide al estado de manera vertical a través del federalismo, y de manera horizontal a través de la separación de poderes. En lugar de concentrar la autoridad en un monarca, la dividimos entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. La separación de poderes es una característica fundamental de las constituciones en todo el mundo, y tiene muchas dimensiones legales y de *policy*. Nos referiremos en muchas ocasiones a la separación de poderes a lo largo de este libro en la medida que desarrollemos nuevas herramientas para su estudio. Aquí nos enfocamos en la relación entre la separación de poderes y la negociación. La teoría de la negociación ayuda a explicar por qué la separación de poderes suele ser una buena idea, y ayuda a predecir qué leyes resultarán de la interacción entre estos poderes. Antes de analizar la separación de poderes, veremos algunos ejemplos de ella.

3.1. Distintas maneras de separar poderes

Los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de un gobierno pueden estar unidos o separados. Una dictadura une los tres poderes en el ejecutivo, y gobierna por decreto. En contraste, un país con Estado de Derecho, como Gran Bretaña, Alemania o los Estados Unidos, separa el poder judicial

de los otros poderes. Más allá de la separación judicial, los poderes restantes están organizados de diferentes maneras. Un sistema parlamentario une los poderes ejecutivo y legislativo, como en Gran Bretaña, donde la cámara baja del Parlamento elige al primer ministro. Por contraste, un sistema presidencial separa los poderes ejecutivo y legislativo, como en Francia y los Estados Unidos, donde los ciudadanos eligen directamente al presidente. Un sistema unicameral une los poderes legislativos en una sola cámara, como en Mali y Nueva Zelanda. En contraste, un sistema bicameral divide los poderes legislativos entre dos cámaras, como en Canadá y Sudáfrica. El número de poderes puede variar desde 1 en una dictadura, hasta 4 en una democracia presidencial y bicameral, como se muestra en la Tabla 3.

La Tabla 3 simplifica la realidad. Corea del Sur tiene un sistema mixto con un presidente y un primer ministro. El presidente tiene mucho poder ejecutivo, pero el primer ministro tiene algunas responsabilidades del día a día. Otra complicación surge cuando la distribución *de facto* del poder político no se corresponde con su distribución *de jure,* tal como está contenida en la constitución. Por ejemplo, un partido político dominante puede unir poderes que están separados en la constitución, como lo ilustró el Partido Comunista durante la vigencia de la Unión Soviética. Por el contrario, los partidos fragmentados pueden separar poderes que están unidos en la constitución. La separación de poderes que existe en los hechos depende del derecho (la constitución) y la política (partidos). Nos centramos en el derecho, y nos enfocamos en la separación de poderes en los Estados Unidos. Gran parte del análisis aplica a otros contextos.

Tabla 3. Separación de Poderes

Tipo	**Poderes**	**Número**	**Ejemplo**
Dictadura	Ejecutivo los tiene todos	1	Corea del Norte
Estado de Derecho + parlamento unicameral	Tribunales + una cámara legislativa con primer ministro	2	Grecia
Estado de Derecho + parlamento bicameral	Tribunales + cámara alta + cámara baja con primer ministro	3	Japón
Estado de Derecho + presidencial unicameral	Tribunales + una cámara legislativa + presidente	3	Costa Rica
Estado de Derecho + presidencial bicameral	Tribunales + cámara alta + cámara baja + presidente	4	Estados Unidos

3.2. Separación y Competencia

La Corona inglesa oprimió a las colonias americanas. Dicha opresión llevó a la revolución y, más tarde, a la oposición a un estado central fuerte. Los Artículos de la Confederación crearon un estado central débil, lo que buscaba funcionar como algo que iba a prevenir la opresión, pero esto también terminó mermando la acción colectiva. Después de que dichos Artículos fracasaron, los redactores de la nueva Constitución enfrentaron un desafío: ¿cómo diseñar un gobierno poderoso que pudiera facilitar la acción colectiva sin ser opresivo, como lo era la Corona? En un famoso pasaje, Madison capturó el problema: "Al diseñar un gobierno… la gran dificultad radica en esto: primero debes habilitar al gobierno para controlar a los gobernados; y en segundo lugar, debes obligarlo a controlarse a sí mismo"[136].

Las elecciones ayudan. La amenaza de remoción debería hacer que los funcionarios respondan más a los votantes y menos a sus propios caprichos. Pero las elecciones son insuficientes[137]. Los redactores de la Constitución también separaron los poderes. Dividir el estado, y hacer que sus partes compitan y cooperen entre sí, debería evitar la opresión. La división del estado se refiere a la separación de poderes, y la competencia y cooperación entre estos poderes se refiere a los frenos y contrapesos.

El análisis económico nos facilita una analogía. Cuando existe un Monopolio en la esfera de los negocios se generan precios altos e ineficiencia. Una forma de corregir dicho monopolio es fomentando la competencia. Para bajar el precio del servicio telefónico, el gobierno de los EE.UU. dividió AT&T en múltiples empresas. Después de la división, ninguna empresa podría monopolizar el mercado por sí sola. Para formar un monopolio, tendrían que coludirse y fijar precios, lo cual era difícil. Además, se debe considerar no solo la fijación de precios es ilegal, sino que la colusión requiere de un acuerdo unánime de las empresas. Cada empresa tenía un fuerte incentivo para transgredir el acuerdo reduciendo sus precios y capturar una mayor parte del mercado.

El monopolio en asuntos gubernamentales conduce a la dictadura. Al igual que el monopolio en los negocios, la dictadura conduce a la ineficiencia, aunque lo que está en juego aquí es mucho más relevante. Los regímenes más brutales del mundo —la Alemania nazi, la Rusia estalinista— tenían monopolios gubernamentales. Para evitar el monopolio del gobierno, los redactores dividieron el estado en tres ramas que competirían por el poder. Ninguna rama podía controlar el gobierno por sí sola, y

[136] The Federalist No. 51, 264 (James Madison) (Ian Shapiro ed., 2009).

[137] Según Madison, "la dependencia del gobierno respecto del pueblo es, sin duda, el control primario que se tiene sobre el primero de estos; pero la experiencia ha enseñado a la humanidad la necesidad de tomar precauciones auxiliares". *Id.*

si una lo intentaba, las otras ramas la bloquearían. En lugar de concentrar el poder, los redactores lo fragmentaron. La separación de poderes dividió al estado así como las leyes antimonopolio dividieron a AT&T. La división previene la concentración del poder.

Aparte de prevenir la formación de monopolios, la separación de poderes modifica la conducta del estado. En lugar de proceder a través de órdenes como un dictador, el estado procede mediante la negociación. Para gobernar, las ramas del gobierno deben cooperar. En los Estados Unidos, la legislación federal normalmente necesita del apoyo del Senado, la Cámara de Representantes, el Presidente y los tribunales (los tribunales "apoyan" la legislación al no anularla). Esta estructura se asemeja a un gobierno bajo una regla de unanimidad, que empodera a quienes pueden bloquear las decisiones. Consideremos el New Deal. Durante la Gran Depresión, el presidente Roosevelt y el Congreso acordaron apoyar una legislación nacional destinada a mejorar la economía y la vida de los ciudadanos. La Corte Suprema anuló muchas de aquellas leyes —controles de precios, subsidios agrícolas, un salario mínimo— porque excedían la autoridad del Congreso bajo la Cláusula de Comercio. La Corte, en efecto, efectuó un *holdout* y impidió que la acción del gobierno fuera efectiva.

Este ejemplo muestra que hay un vínculo entre la negociación y la división del estado. La separación de poderes aumenta los costos de transacción de la negociación. A veces, los costos de transacción son tan altos que impiden la acción estatal. Impedir la acción estatal beneficia a la sociedad cuando el estado es rapaz, pero la perjudica cuando el estado es benevolente. Los redactores de la Constitución se preocuparon más por lo primero[138].

Preguntas

3.2.1. Para prevenir el surgimiento de monopolios y la opresión, los redactores dividieron el gobierno. ¿Por qué no dividir aún más el gobierno, teniendo tres cámaras legislativas en lugar de dos, y dos presidentes en lugar de uno?
3.2.2. En los Estados Unidos, los ciudadanos eligen a los presidentes y a los legisladores, pero no a los banqueros centrales o a los oficiales de policía. Si las elecciones hacen que los funcionarios respondan frente a sus electores, ¿por qué no elegimos a todos los funcionarios?

[138] Hamilton escribió: el "poder de prevenir malas leyes incluye el de prevenir buenas," pero el "daño que posiblemente pueda ser causado al derrotar algunas buenas leyes" será "ampliamente compensado por la ventaja de prevenir unas cuantas malas leyes". The Federalist No. 73, 372 (Alexander Hamilton) (Ian Shapiro ed., 2009).

3.3. Pesos y contrapesos

La separación de poderes fragmenta el Estado, y los pesos y contrapesos mantienen esa fragmentación. Sin mecanismos para que estos poderes se influencien mutuamente, una rama podría sobreponerse a las otras, y podríamos terminar con un monopolio. Consideremos un ejemplo. Un Estado está dividido entre un poder legislativo y un poder ejecutivo. ¿Quién decide cómo se gasta el presupuesto del Estado? Una opción sería permitir que cualquiera de las dos ramas gaste el presupuesto unilateralmente. Esto lleva a una tragedia de los comunes. El poder legislativo se beneficia de su gasto, pero externaliza algunos de los costos (los costos de dicho gasto recaen tanto en el legislativo como en el ejecutivo). Lo mismo ocurre con el ejecutivo, y juntos gastan demasiado[139].

Otra opción sería permitir que solo el legislativo gaste el presupuesto. Esto mitigaría el gasto excesivo, pero podría desequilibrar el poder. Consideremos algunos números. El legislativo querría aprobar un proyecto presupuestario que priorice el gasto en carreteras. El proyecto de ley proporcionaría un beneficio para el legislativo de 10. Esto podría ser un beneficio en términos de *policy* si los legisladores favorecen el contenido del proyecto de ley, o un beneficio estrictamente político si creen que este proyecto de ley los ayudará a ser reelegidos. El proyecto de ley costaría al ejecutivo 2. Así, la ganancia neta de esta ley entre estos actores es de 8.

Sin tener formalmente un rol que jugar en la confección del presupuesto, el ejecutivo no puede vetar ni modificar el proyecto de ley. Sin embargo, el ejecutivo puede intentar negociar. Supongamos que prefiere un proyecto de presupuesto que priorice el gasto en atención médica. Un presupuesto que priorice la atención médica proporcionaría un beneficio al ejecutivo de 10 y una pérdida para el legislativo de 2. El ejecutivo podría negociar con el legislativo, proponiendo la aprobación de un presupuesto que priorice tanto las carreteras como la atención médica en lugar de solo las carreteras.

Si las partes no llegan a un acuerdo, el presupuesto que solo se concentra en caminos será aprobado, otorgando un beneficio de 10 para la legislatura, de –2 para el ejecutivo y un beneficio neto de 8. Si las partes llegan a un acuerdo, el presupuesto que incluye caminos y atención médica será aprobado. Esto otorga un beneficio de 8 a la legislatura (10 por caminos y –2 por atención médica)

[139] Torsten Persson, Gérard Roland, y Guido Tabellini, *Separation of Powers and Political Accountability,* 112 Q.J. Econ. 1163, 1176–79 (1997) (tratando el gasto unilateral como un "problema de fondo común"). *Véase también* Richard T. Boylan, *The Impact of Court-Ordered District Elections on City Finances,* 62 J.L. Econ. 633 (2019) (presentando evidencia de que reemplazar las elecciones municipales en circunscripción única por elecciones por distritos incrementa el gasto gubernamental).

y 8 al ejecutivo (–2 por caminos y 10 por atención médica), lo que resulta en un beneficio neto de 16[140]. Cooperar crea un excedente de 8. Si las partes acuerdan una distribución razonable, cada una obtiene su valor de amenaza más la mitad del excedente. Así, la legislatura recibe 14 y el ejecutivo 2. Lograr esta distribución requerirá que el ejecutivo haga un pago adicional a la legislatura. Quizás el ejecutivo prometa apoyar un proyecto de ley futuro.

En este ejemplo, el presupuesto combinado es más eficiente que el presupuesto que solo destina fondos a los caminos. Si los costos de transacción de la negociación son cero, el presupuesto combinado será aprobado, a pesar de que el ejecutivo no tiene un papel formal en la confección del presupuesto. Esto es consistente con el Teorema de Coase: dado costos de transacción equivalentes a cero, las partes negociarán hasta alcanzar el resultado eficiente independientemente de la regla que esté vigente. Sin embargo, recuerda que la regla afecta la distribución. Sin un papel en la confección del presupuesto, el ejecutivo obtiene un beneficio de 2. En el caso de que sí tuviera un papel, el beneficio del ejecutivo crece. Supón que la legislatura no puede aprobar un presupuesto sin el apoyo del ejecutivo. Sin un acuerdo, nadie gana ni pierde nada. Así, en lugar de 10, el valor de amenaza de la legislatura es igual a 0, al igual que el valor de amenaza del ejecutivo. Con un acuerdo, el presupuesto combinado se aprueba y ellos comparten un excedente de 16. Bajo este escenario la distribución razonable otorga a las partes un beneficio de 8 cada una en lugar de 14 y 2 (al poder legislativo y poder ejecutivo, respectivamente).

Empoderar al ejecutivo en la confección de presupuestos iguala a las ramas. Esto evita que una de ellas haga leyes a expensas de la otra, como ocurre con el presupuesto legislativo que solo destina dinero para caminos. Impide que una rama gane mucho mientras la otra gana poco, como ocurre con los beneficios de 14 y 2 antes revisados. Esta desigualdad puede parecer trivial en una ley sobre caminos y atención médica. Pero supón que la ley aborda la inmigración, la diplomacia, el control sobre la burocracia o los poderes de guerra del ejecutivo. Resultados desiguales en leyes de ese tipo podrían concentrar el poder en una rama. Los pesos y contrapesos previenen esto. En términos económicos, los pesos y contrapesos evitan que una rama empeore "los valores de amenaza" de otras ramas en la negociación.

[140] Asumimos que estos gastos son separables.

Preguntas

3.3.1. El Congreso aprobó una ley que buscaba reducir el déficit presupuestario del gobierno de los EE. UU. Esta ley instruía al Contralor General, un funcionario del poder legislativo, a tomar algunas decisiones sobre el gasto gubernamental. En el caso Bowsher v. Synar, la Corte Suprema fue de la opinión de que existía un problema constitucional con este arreglo[141]. La ley otorgaba poderes *ejecutivos* a un funcionario *legislativo*. Usa nuestro análisis de los pesos y contrapesos para defender la decisión de la Corte.
3.3.2. La Corte concluyó que el Contralor General estaba subordinado al poder legislativo porque el Congreso podía destituirlo. Sin embargo, para destituirlo, el Congreso tendría que aprobar una resolución que no pudiera ser vetada. Como el juez White argumentó en su disidencia: "El Congreso no tendrá ningún poder independiente para coaccionar al Contralor a menos que pueda reunir una mayoría de dos tercios en ambas Cámaras", lo cual es muy difícil[142]. ¿Está el juez White haciendo una suposición sobre los costos de transacción de la negociación?

El veto por partida

En 1996, el Congreso aprobó y el Presidente firmó la Line-Item Veto Act, la cual tenía como objetivo reducir el gasto del gobierno. La ley otorgaba al Presidente el poder de "cancelar" partidas individuales en las leyes de gasto. Por ejemplo, supongamos que el Congreso aprobaba una ley con dos elementos, un subsidio para la agricultura de papas y entrega de dinero para cuidar a los indigentes. Sin el veto por partida, el Presidente podría firmar o vetar todo el proyecto de ley. Con el veto por partida, el Presidente podría vetar selectivamente. Podría vetar el dinero para los indigentes o podría vetar el subsidio a las papas, y luego firmar. De cualquier manera, solo una parte de la ley original se convertiría en ley.

En *Clinton v. City of New York*, la Corte Suprema determinó que la *Line-Item Veto Act* transgredía la Constitución. Específicamente, la Corte concluyó que la ley infringía la *Presentment Clause.* Según los jueces, esa cláusula otorga al Presidente el poder de firmar leyes o vetarlas y nada más. "El poder de promulgar estatutos", escribió la Corte, "solo puede ejercerse de acuerdo con un procedimiento único, cuidadosamente elaborado y exhaustivamente considerado". El veto por partida no formaba parte de ese procedimiento.

[141] 478 U.S. 714 (1986).

[142] *Id*. en 771.

La teoría de la negociación ilumina el veto por partida. Podría aumentar los costos de transacción de la negociación al bloquear pagos colaterales. Supongamos que los defensores de un proyecto de ley necesitan un voto más. Podrían acercarse a un Congresista que se opone al proyecto y ofrecerle $500,000 para un puente en su distrito a cambio de su apoyo. Sin un veto por partida, esos defensores solo necesitan negociar con el Congresista. Con el veto por partida, también necesitan negociar con el Presidente. El Congresista no aceptará el acuerdo a menos que el Presidente acceda a no vetar el puente.

En algunos casos, el veto por partida podría reducir los costos de negociación. Supongamos que el Congresista apoya el proyecto de ley. Sin embargo, aún tiene un incentivo para fingir lo contrario. Puede decir: "Me opondré al proyecto de ley a menos que le otorguen a mi distrito $500,000 para un puente". Sin el veto por partida, los legisladores podrían tener que regatear con el Congresista por el puente. Con el veto por partida, pueden simplemente llegar a un acuerdo y dejar que el Presidente vete el puente. Al prever el veto, el Congresista no se molestará en fingir.

Ahora considera el Teorema de Coase. Si los costos de transacción entre los legisladores son cero, el veto por partida no afectará la eficiencia de la ley. Los legisladores llegarán a un paquete eficiente de leyes independientemente de la naturaleza del poder de veto del Presidente. Sin embargo, el veto por partida afecta la distribución. Al empoderar al Presidente para cancelar partes de los proyectos de ley, el veto por partida aumenta su valor de amenaza y reduce el del Congreso. Esto podría socavar la separación de poderes. El juez Kennedy escribió: "La concentración de poder en manos de una sola rama es una amenaza para la libertad", y la *Line-Item Veto Act* "aumenta los poderes del Presidente más allá de lo que los Redactores habrían buscado".

Estas ideas conducen a una regla general: las leyes que cambian significativamente los valores de amenaza del Congreso o del Presidente en las negociaciones transgreden la separación de poderes.

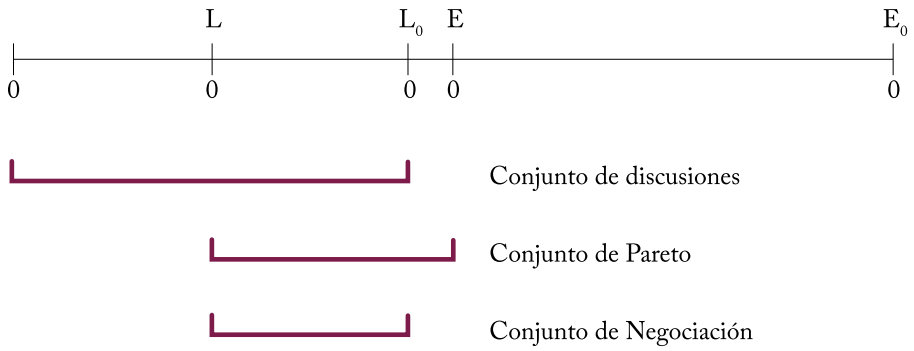
3.4. Negociación entre poderes del estado

La separación de las ramas legislativa y ejecutiva requiere que ambas lleguen a acuerdos para aprobar nuevas leyes. El ejemplo de los gastos en carreteras y atención médica proporciona un ejemplo ilustrativo de cómo opera la negociación interinstitucional. Esta sección analiza la negociación interinstitucional de manera más general. Explicamos la lógica de la negociación entre la legislatura

y el ejecutivo con la ayuda de la Figura 3.1, que representa un *modelo espacial*[143]. Un capítulo posterior discute modelos espaciales en detalle. Para simplificar, en su mayoría ignoramos detalles como los filibusteros*, los comités y los fijadores de agenda. También tratamos a la legislatura como si fuera un actor unitario, en lugar de tratarla como una colección de individuos. Volveremos a algunos de estos temas más adelante.

El gobierno considera gastar dinero en un nuevo programa. A menos que la legislatura y el ejecutivo lleguen a un acuerdo, no se aprobará ningún proyecto de ley, lo que significa que el statu quo prevalece y los gastos se mantendrán en 0. El ejecutivo sería más feliz gastando 12 (punto *E* en la Figura 1). Sin embargo, prefiere cualquier nivel de gasto entre 0 y 24 (punto E_0) al statu quo. Es indiferente entre gastar 0 y gastar 24. Por lo tanto, el ejecutivo está dispuesto a discutir todos los niveles de gasto dentro del rango [0, 24][144]. La legislatura sería más feliz con gastos de 5 (punto *L*)[145]. Sin embargo, la legislatura prefiere cualquier nivel de gasto entre 0 y 10 (punto L_0) al statu quo. Por lo tanto, la legislatura discutirá cualquier punto dentro del rango [0, 10]. La intersección de estos dos conjuntos, que equivale a [0, 10], es el conjunto de gastos que ambas partes están dispuestas a discutir. Por lo tanto, [0,10] está etiquetado como el conjunto de discusión en la Figura 2.

Figura 2. Negociación entre Ramas



[143] Para un análisis relacionado, véase Robert Cooter, The Strategic Constitution (2000).

* Nota del traductor: un filisbustero se corresponde con un parlamentario que obstaculiza la aprobación de una ley, generalmente mediante un discurso muy prolongado.

[144] En notación de conjuntos, los corchetes indican un intervalo cerrado, lo que significa que los puntos finales están incluidos. Por lo tanto, el ejecutivo está dispuesto a discutir gastos mayores o iguales a 0 y menores o iguales a 24. ¿Por qué estaría el ejecutivo dispuesto a discutir 24 cuando es indiferente entre 24 y el status quo? Asumimos que los actores discutirán cualquier posibilidad que los deje al menos tan bien como el status quo. Esto simplifica la presentación sin afectar la lógica.

[145] Para simplificar, tratamos al poder legislativo como un actor unitario. Todos los miembros están de acuerdo entre sí. El próximo capítulo examina la votación entre personas que no están de acuerdo entre sí.

Cuando las partes comienzan la discusión, identificarán inmediatamente algunos puntos que ambos prefieren respecto a otros puntos. Por ejemplo, ambos prefieren gastar 5 a gastar 4. Una ley es ineficiente en términos de Pareto cuando cambiarla puede mejorar la situación de al menos una parte sin empeorar la de ninguna otra. Gastar 4 es *ineficiente en términos de Pareto* tanto para la legislatura como para el ejecutivo— cambiar de 4 a 5 mejoraría la situación de ambas partes. En contraste, gastar 5 es eficiente en términos de Pareto. Una ley es *eficiente en términos de Pareto* cuando cambiarla empeora el estado de al menos una de las partes. Si se reduce el gasto desde 5, ambas partes estarían peor, y si se aumenta el gasto, la legislatura estaría peor.

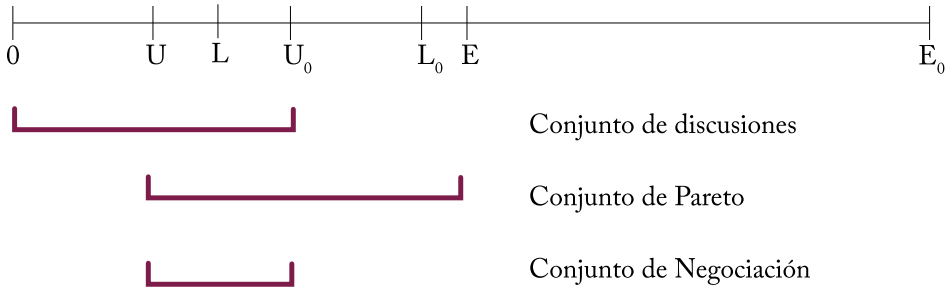
Ahora consideremos el problema desde el otro lado. Para hacerlo, ignoremos el conjunto de discusión y enfoquémonos solo en el concepto de eficiencia de Pareto. Gastar 13 es ineficiente según Pareto, ya que ambas partes prefieren un gasto de 12 a uno de 13. Gastar 12 es Pareto-eficiente. A partir de 12, aumentar el gasto empeoraría la situación de ambas partes, y reducir el gasto empeoraría la situación del ejecutivo.

Los gastos de 5 y 12 no son únicos. Estos gastos y todos los puntos entre ellos son eficientes según Pareto, por lo que la Figura 3.1 los denomina el *conjunto de Pareto*. Para ver la lógica detrás de esto, escoge cualquier punto en el conjunto de Pareto. Moverse a la izquierda desde ese punto empeora la situación del ejecutivo, y moverse a la derecha empeora la situación de la legislatura. Respecto de los puntos fuera del conjunto de Pareto, moverse hacia la izquierda o hacia la derecha puede mejorar la situación de ambas partes.

Actores racionales no acordarán una ley ineficiente en términos de Pareto. El ejecutivo y la legislatura no acordarán gastar 4 cuando ambos prefieren gastar 5. Además, no pueden hacer una ley a menos que estén dispuestos a discutirla. Por lo tanto, podemos eliminar los puntos que no están dispuestos a discutir del conjunto de Pareto. Lo que queda es el *conjunto de negociación* [5, 10]. Para que un punto esté en el conjunto de negociación, ambas partes deben estar dispuestas a discutirlo y deben estar en desacuerdo respecto de si existe algún otro punto mejor. Así, el conjunto de negociación equivale a la intersección del conjunto de discusión y el conjunto de Pareto.

Las partes acordarán un nivel de gasto dentro del conjunto de negociación. ¿Qué punto en el conjunto de negociación elegirán las partes? Esta pregunta es análoga a una que involucraba a Adam y Blair, quienes negociaban sobre celdas de prisión en el capítulo anterior. Sabíamos que llegarían a un acuerdo entre $3,000 y $4,000, pero no pudimos predecir el precio exacto. Pronto haremos predicciones más precisas.

Figura 3. Negociación con Más Jugadores



Hasta el momento, nuestro análisis de la negociación asume una legislatura unicameral. Ahora consideremos cómo se ve negociación bajo un sistema bicameral. Representar la negociación entre el ejecutivo y una legislatura de dos cámaras requiere modificaciones, como se muestra en la Figura 3. En lugar de pensar en *L* como la legislatura, piensa en ella como la cámara baja de la legislatura (similar a la Cámara de Representantes en el Congreso de los EE. UU.). El nuevo punto *U* representa el nivel de gasto preferido por la cámara alta de la legislatura (similar al Senado). El punto U_0 es el punto de indiferencia de la cámara alta con respecto a ningún gasto. Para hacer este análisis uno de carácter general, hemos eliminado los números.

Comparado con el statu quo de 0, la cámara alta discutirá los gastos en el conjunto [0, U_0], la cámara baja discutirá gastos en el conjunto [0, L_0], y el ejecutivo discutirá en el conjunto [0, E_0]. Por lo tanto, el conjunto de discusión equivale a [0, U_0]. Los tres actores prefieren *U* a los puntos a la izquierda, y los tres prefieren *E* a los puntos a la derecha. Por lo tanto, el conjunto de Pareto equivale a [U, *E*]. El conjunto de negociación es el solapamiento de los dos conjuntos anteriores, [U, U_0].

Comparado con la Figura 2, la Figura 3 tiene un conjunto de discusión y un conjunto de negociación más estrechos. Esto no es sorprendente. Agregar otro actor cuando se opera bajo una regla de unanimidad tiende a hacer la negociación más difícil. Comparado con la Figura 2, la Figura 3 tiene un conjunto de Pareto más amplio. Esto tampoco es sorprendente. El conjunto de Pareto captura los puntos sobre los cuales las partes no están de acuerdo respecto de si existe alguna mejor alternativa. A medida que aumenta el número de partes, tiende a aumentar el desacuerdo.

Los conjuntos en las Figuras 2 y 3 dependen de la ubicación de los puntos *E*, *L*, y otros. Elegimos las ubicaciones de esos puntos de manera arbitraria para el ejemplo. Ahora desarrollamos una generalización que no depende de las ubicaciones exactas de los puntos: *la división adicional de*

poderes disminuye débilmente el rango de negociación y aumenta débilmente el tamaño del conjunto de Pareto. Agregar otro poder, como una segunda cámara legislativa, no puede alargar el conjunto de negociación y podría reducirlo. De la misma manera, no puede reducir y podría alargar el conjunto de Pareto.

3.5. Tómalo o déjalo

Thomas Hobson tenía 40 caballos en su establo, pero los clientes solo tenían una opción: tomar el caballo más cercano a la puerta o irse. Una "opción de Hobson" ofrece una sola alternativa, que puede ser aceptada o rechazada[146]. Esta es una oferta de *tómalo o déjalo*. Las ofertas del tipo "tómalo o déjalo" nos ayudan a predecir los resultados de los juegos de negociación. El ejecutivo y el legislativo llegarán a un acuerdo dentro del conjunto de negociación, pero ¿qué punto dentro de ese conjunto elegirán? Las ofertas de "tómalo o déjalo" proporcionan una respuesta.

El capítulo anterior discutió acerca de los compromisos creíbles. Los compromisos son creíbles cuando las partes se benefician más cumpliéndolos que incumpliéndolos. Los compromisos creíbles reducen los costos de transacción de la negociación al facilitar la confianza. También afectan la distribución del excedente. La capacidad de hacer una oferta de "tómalo o déjalo" otorga todo el poder de negociación a un actor. Un actor con este poder hará una oferta en el conjunto de negociación lo más cercana posible a su punto más preferido. Si los otros actores son racionales, aceptarán esta oferta porque la prefieren al statu quo y no existen alternativas posibles.

Para ilustrarlo, supongamos que el poder ejecutivo, tal como está situado en la Figura 2, puede hacer una oferta del tipo "tómalo o déjalo". Ofrecerá un gasto en U_0, que está lo más cerca posible de su punto preferido, pero dentro del conjunto de negociación. Ambas cámaras legislativas prefieren esto al statu quo[147]. Como la oferta es final, no pueden esperar una opción mejor, por lo que la aceptarán.

¿Qué permite al ejecutivo hacer una oferta del tipo "tómalo o déjalo"? Los límites de su mandato son una posibilidad. Al final del mandato de un presidente, y con la reelección prohibida por ley, puede hacer una oferta de "tómalo o déjalo". En general, sin embargo, las ofertas de "tómalo o déjalo"

[146] Hobson's Choice, Webster's Third New International Dictionary (Philip Babcock Gove ed., 3.ª ed. 1976).

[147] En realidad, la cámara alta es indiferente entre U_0 y el status quo. Si la cámara alta "vota por el cambio" cuando es indiferente, el ejecutivo ofrece U_0 como lo describimos. Si la cámara alta vota en contra del cambio cuando es indiferente, el ejecutivo hace una oferta justo a la izquierda de U_0.

son raras porque los actores públicos tienen problemas a la hora de hacer compromisos creíbles. A diferencia del comprador y el vendedor de una casa, no pueden firmar un contrato legalmente vinculante que los comprometa con sus promesas. El ejecutivo puede afirmar que su oferta es final, pero en realidad rechazarla puede llevar a más negociaciones. El presidente Trump intentó hacer una oferta de "tómalo o déjalo" a la Cámara de Representantes, diciéndoles a sus miembros que votaran sobre un proyecto de ley de atención médica antes del 24 de marzo de 2017 o perderían su apoyo. La Cámara votó sobre el proyecto de ley varias semanas después— con el apoyo de Trump[148].

A veces, las reglas procedimentales otorgan a un funcionario el poder de hacer ofertas de "tómalo o déjalo". En la legislatura, las ofertas de "tómalo o déjalo" pueden tomar la forma de proyectos de ley redactados en comité y propuestos a toda la legislatura bajo una regla procedimental que requiere que los legisladores voten a favor o en contra del proyecto sin enmiendas. Esto se llama una *regla cerrada*. A diferencia de una *regla abierta* que permite enmiendas en el pleno, una regla cerrada otorga poder a los comités para hacer ofertas de "tómalo o déjalo"[149]. Para ilustrarlo, hacer una nueva ley requiere que ambas cámaras del Congreso aprueben el mismo proyecto de ley. A veces no pueden ponerse de acuerdo y aprueban proyectos de ley diferentes. Puede nombrarse una "comisión mixta" con miembros de ambas cámaras para reconciliar los diferentes proyectos de ley. La comisión mixta presenta un proyecto de ley a ambas cámaras bajo una regla cerrada.

Preguntas

3.5.1. En la Figura 2, supongamos que la cámara alta puede hacer una oferta de "tómalo o déjalo". ¿Qué nivel de gasto propondrá la cámara alta? Si la cámara baja puede hacer una oferta de "tómalo o déjalo", ¿qué nivel de gasto propondrá?

3.5.2. Un comité legislativo envía un proyecto de ley al pleno de la legislatura. Antes de que la legislatura vote, el comité circula un informe con detalles sobre el proyecto de ley. El proyecto de ley se aprueba y se convierte en una ley que los tribunales deben interpretar. Los tribunales buscan en el informe del comité pistas sobre el significado de la ley. ¿Por qué el informe del comité es más confiable si la legislatura votó bajo una regla cerrada en lugar de una regla abierta?

[148] *Véase* David Lawder y Steve Holland, *Trump Tastes Failure as U.S. House Healthcare Bill Collapses*, Reuters, 24 de marzo de 2017, https://www.reuters.com/article/us-usa-obamacare/trump-tastes-failure-as-u-s-house-healthcare-bill-collapses-idUSKBN16V149; Brian Naylor, *Trump "Confident" About GOP Health Care Bill's Prospects in the Senate*, NPR, 4 de mayo de 2017, https://www.npr.org/2017/05/04/526866090/trump-confident-about-gop-health-care-bills-prospects-in-the-senate

[149] *Véase* de Barry R. Weingast, *Floor Behavior in the United States Congress: Committee Power Under the Open Rule*, 83 Am. Pol. Sci. Rev. 795 (1989); David P. Baron & John A. Ferejohn, *Bargaining in Legislatures*, 83 Am. Pol. Sci. Rev. 1181 (1989).

3.6. ¿Un enfriador?

Thomas Jefferson y George Washington discutieron sobre la Constitución mientras tomaban desayuno. Jefferson le preguntó a Washington por qué había aceptado un Congreso bicameral con un Senado en lugar de un Congreso unicameral. Washington respondió preguntando a Jefferson por qué vertía su café en un platillo*. "Para enfriarlo", respondió Jefferson. "Así es", dijo Washington, "vertimos la legislación en el platillo del Senado para enfriarla"[150]. Esta historia puede ser más ficción que realidad, pero captura un argumento que aún tiene sentido. El bicameralismo y la separación de poderes moderan y estabilizan la legislación. Previenen, como argumentaron los *Federalist Papers*, un "exceso de elaboración de leyes" y "actos indebidos de legislación"[151].

¿Es correcto este argumento? Sí y no. La separación de poderes dificulta la creación de nuevas leyes. Es difícil lograr que múltiples actores se pongan de acuerdo. Hacer que la elaboración de nuevas leyes sea difícil anquilosa las leyes antiguas, por lo que la separación de poderes promueve la estabilidad. La Figura 3 lo demuestra. El gobierno considera cambiar los gastos en el ejército. La Cámara de Representantes, el Senado y el ejecutivo prefieren diferentes niveles de gastos, como se indica con *H, S* y *E*. ¿Estarán de acuerdo en cambiar los gastos? Supongamos que la Cámara y el Senado pueden hacer leyes sin el apoyo del ejecutivo (bicameralismo). Si el nivel actual de gastos está fuera del conjunto de Pareto bajo este régimen bicameral, acordarán cambiarlo. Pero si el nivel actual de gastos está dentro del conjunto de Pareto bajo dicho régimen bicameral, no lo harán. Los gastos dentro del conjunto de Pareto son estables.

Dado que las leyes dentro de este conjunto son estables, los académicos llaman al conjunto de Pareto la "zona de bloqueo"[152]. El tamaño de la zona de bloqueo depende del nivel de acuerdo entre la Cámara y el Senado. Cuando un partido político controla ambos, *H* y *S* pueden estar cerca, y la zona de bloqueo se reduce. Si diferentes partidos controlan la Cámara y el Senado, *H* y *S* pueden distanciarse, y la zona de bloqueo se ensancha. El tamaño de la zona de bloqueo también

*Nota del traductor: de antaño los platillos que van junto a las tazas de café o de té usaban para enfriar los contenidos de la taza. Se vertía el contenido de la taza en el platillo, y se tomaba directamente de ésta. Como el platillo tiene más superficie, esto permite que el líquido se enfríe más rápido.

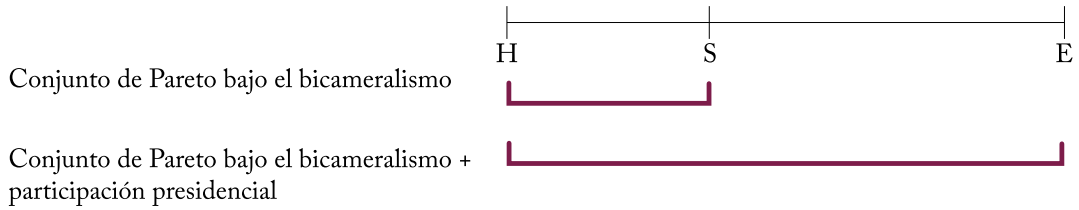
[150] Matthew C. Stephenson, *Does Separation of Powers Promote Stability and Moderation?*, 42 J. Legal Stud. 331, 331–32 (2013) (citando a 3 Max Farrand, The Records of the Federal Convention of 1787, en 359 (1966)).

[151] The Federalist No. 62, 314–15 (James Madison) (Ian Shapiro ed., 2009).

[152] Jason S. Oh, *The Pivotal Politics of Temporary Legislation*, 100 Iowa L. Rev. 1055, 1064 (2015); Keith Krehbiel, Pivotal Politics: A Theory of U.S. Lawmaking (2010); David W. Brady & Craig Volden, Revolving Gridlock: Politics and Policy from Jimmy Carter to George W. Bush (2005).

depende del grado de separación de poderes. Si hacer nuevas leyes requiere el apoyo del Presidente (bicameralismo con participación presidencial), la zona se ensancha, como lo muestra la Figura 4. Aumentar los poderes tiende a aumentar el tamaño de la zona de bloqueo.

Figura 4. Separación de Poderes y Estabilidad



Hemos mostrado cómo la separación de poderes puede promover la estabilidad. ¿Qué pasa con la moderación? Aquí la cuestión se pone complicada. Conseguir que múltiples actores lleguen a un acuerdo generalmente requiere que estos hagan ciertas concesiones, por lo que la separación de poderes suele promover la moderación— pero no siempre. Debido a que es difícil promulgar nuevas leyes, las leyes antiguas perduran, incluso cuando esa ley antigua es impopular o extrema. La promesa de permanencia incentiva a los actores políticos a promulgar leyes extremas cuando se presenta la oportunidad[153].

Para verlo claramente, imagina una democracia competitiva en la que una legislatura unicameral tiene el control exclusivo sobre la elaboración de leyes. Si los liberales controlan la legislatura, pueden hacer leyes liberales. Sin embargo, cuando los conservadores tomen el control político, derogarán esas leyes liberales. Los liberales pueden evitar este inestable vaivén promulgando leyes moderadas en lugar de liberales. Derogar leyes es costoso. Los conservadores pagarán esos costos para derogar leyes liberales, pero no leyes moderadas. Así, la moderación protege la ley frente a los cambios[154]. Para evitar que su programa sea socavado después de la próxima elección, los liberales pueden promulgar leyes moderadas. Obtienen algo de lo que quieren durante mucho tiempo en lugar de todo lo que quieren durante poco tiempo.

[153] *Ver* Matthew C. Stephenson, *Does Separation of Powers Promote Stability and Moderation?*, 42 J. Legal Stud. 331, 331–32 (2013).

[154] Yehonatan Givati & Matthew C. Stephenson, *Judicial Deference to Inconsistent Agency Statutory Interpretations*, 40 J. Legal Stud. 85 (2011); Terry M. Moe & Michael Caldwell, *The Institutional Foundations of Democratic Government: A Comparison of Presidential and Parliamentary Systems*, 150 J. Inst. & Theoretical Econ. 171 (1994).

Ahora repite este escenario con algunos cambios. La legislatura es bicameral, y debe cooperar con el ejecutivo para crear leyes. Por lo tanto, los poderes están separados. Los liberales controlan todas las ramas del gobierno. Para derogar el programa de los liberales, los conservadores tendrán que tomar el control de todas las ramas del gobierno. Es mucho más difícil tomar el control de todas las ramas en este contexto cuando se lo compara con lo que ocurriría con una legislatura unicameral. Así, los liberales tienen confianza en que su programa perdurará. No necesitan promulgar leyes moderadas para evitar su derogación. Pueden promulgar leyes liberales y dejar que la separación de poderes las proteja de la derogación.

Esta lógica enmienda la metáfora de Washington. Una segunda cámara legislativa puede "enfriar" la legislación. O, al debilitar la amenaza de derogación, puede alentar una legislación más extrema.

Preguntas

3.6.1. Suponga que *H* y *S* aparecen en los puntos indicados en la Figura 4. Suponga que *E* no aparece en la figura. Su tarea es agregar *E* a la figura. Esta pregunta le ayudará a entender esta afirmación: "Aumentar los poderes tiende a aumentar el tamaño de la zona de bloqueo".
(a) ¿Puede encontrar una ubicación para *E* que no cambie el tamaño de la zona de bloqueo?
(b) ¿Puede identificar todas las ubicaciones para *E* que ampliarían la zona de bloqueo?
(c) ¿Puede encontrar una ubicación para *E* que reduzca el tamaño de la zona de bloqueo?

Conclusión

El capítulo anterior desarrolla la teoría de la negociación, y este capítulo la aplica a problemas en el derecho público. Primero, aplicamos la teoría a las regulaciones. La teoría de la negociación aclara por qué fallan los mercados, cuándo las regulaciones pueden corregir fallos de mercado y si las regulaciones deben dar órdenes (soluciones hobbesianas) o facilitar la negociación (soluciones coaseanas). En segundo lugar, aplicamos la teoría al federalismo. Los estudiosos han debatido durante mucho tiempo cuándo el gobierno nacional, en lugar de los gobiernos estatales, debe ejercer el poder. La teoría de la negociación proporciona una respuesta. Finalmente, aplicamos la teoría de la negociación a la separación de poderes. Nuestro análisis muestra las consecuencias de diferentes leyes y arreglos legales. Dado que el significado de la ley a menudo depende de sus consecuencias, nuestro análisis también ayuda en la interpretación legal.

Cuarta Parte
Teoría del Voto

Teoría del Voto

En una democracia, los ciudadanos votan por los legisladores, los legisladores votan sobre los proyectos de ley, los jueces votan en paneles al interpretar las leyes y los jurados votan al decidir casos. A veces, los ciudadanos votan en un plebiscito (un voto directo del pueblo), como cuando los habitantes de Colorado votaron para legalizar la marihuana. Algunas personas esperan que las votaciones en las Naciones Unidas, como cuando el Consejo de Seguridad sanciona a los países por violar la ley internacional, reemplacen la guerra. Votar es fundamental para la democracia, tan fundamental que la gente ha luchado y muerto por el derecho a votar.

¿Cuál es la conexión entre votar y negociar, el tema de los capítulos anteriores? Recuerda el ejemplo de los miembros del consejo municipal que negociaban sobre el financiamiento de escuelas y policías. Caleb y Dee acordaron los términos del acuerdo en la oficina de Dee, e implementaron el acuerdo emitiendo votos en la reunión del consejo municipal. Al igual que firmar un contrato, votar formaliza un acuerdo que ya se ha establecido. En una democracia, implementar un acuerdo político a menudo requiere que se vote.

Además de implementar acuerdos, votar a veces sustituye a la negociación. California establece leyes mediante legislación y plebiscito. Con un plebiscito, los votantes hacen la ley ellos mismos. La legislatura de California es lo suficientemente pequeña como para que sus miembros puedan negociar juntos y promulgar legislación. Sin embargo, California tiene demasiados ciudadanos (aproximadamente 40 millones) como para que puedan negociar entre sí los términos de un plebiscito. En 2008, California celebró un plebiscito para prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo. El voto directo de los ciudadanos sustituyó la negociación entre los legisladores[155].

Hemos contrastado aquella visión que concibe el voto como algo que posibilita la implementación de la negociación política con la visión del voto como un sustituto de la negociación política. Esta diferencia es tan fundamental que nos referiremos a dos formas de gobierno: democracia de negociación (el voto implementa acuerdos) y democracia de mediación (el voto sustituye acuerdos).

[155] El plebiscito fue aprobado, prohibiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero luego fue anulado en los tribunales.

Para contrastarlas, este capítulo desarrolla la teoría del voto, que proporciona conocimiento relevante para lidiar con preguntas como las siguientes:

> *Ejemplo 1:* Algunos votantes quieren que el gobierno sea rico como expresión de que se está frente a una gran sociedad, y otros votantes quieren que el Estado esté empobrecido para que no pueda causar daño. La mayoría de los votantes favorece una posición intermedia entre estos extremos. ¿Qué plataforma política referida a los gastos del gobierno atraerá la mayor parte de los votos?
> *Ejemplo 2:* Las mayorías a veces excluyen a las minorías del poder, como cuando la mayoría blanca en el sur de Estados Unidos excluyó a la minoría afroamericana de la política. ¿Cuándo es deseable la regla de la mayoría y cuándo no lo es?
> *Ejemplo 3:* Según un eslogan popular, "Si votar hiciera alguna diferencia, no te dejarían hacerlo"[156]. ¿Se deciden las cuestiones políticas por las personas que emiten votos? ¿O son decididas por quienes establecen la agenda que estructuran los votos, como el presidente de la Cámara de Representantes en el Congreso de EE. UU.?
> *Ejemplo 4:* En 2014, el Congreso de EE. UU. aprobó un proyecto de ley para "desbloquear" teléfonos móviles. Ese mismo año, el Congreso aprobó un proyecto de ley de 1,600 páginas que abordaba cuestiones sobre inmigración, enfermedades tropicales, gastos militares, abortos, ventas de armas y otros asuntos[157]. ¿Cuándo deberían los legisladores emitir votos separados sobre cuestiones separadas, y cuándo deberían emitir un solo voto sobre múltiples cuestiones?

Para abordar estas preguntas y otras, este capítulo se basa en un análisis positivo, normativo e interpretativo.

1. Teoría Positiva del Voto

Construimos la teoría del voto desde abajo. Primero, examinamos cómo votan los individuos, y luego examinamos cómo agregar votos. A veces, votar produce un ganador, en cuyo caso los votantes deciden la dirección del gobierno. Otras veces, sin embargo, la votación gira en círculos como un automóvil atascado en el barro. Añadir estructura al proceso de votación previene el estancamiento, pero bajo ese nuevo *statu quo* los funcionarios deciden la dirección en que avanza el gobierno.

[156] Esta cita se atribuye erróneamente a Mark Twain. La fuente real de la cita es desconocida.

[157] *Unlocking Consumer Choice and Wireless Competition Act*, 17 U.S.C. § 1201 (2014); *Consolidated Appropriations Act* de 2014, Public L. No. 113-76, 128 Stat. 5 (2014).

1.1. ¿Un enfriador?

En la década de 1960, los estados del sur impidieron a los afroamericanos votar, lo que llevó a enfrentamientos violentos [158]. Mientras tanto, millones de ciudadanos con derecho a voto no se molestaron en votar. Hoy en día, aproximadamente la mitad de los ciudadanos con derecho a votar en los Estados Unidos participan de las elecciones importantes. Las tasas de participación son similares en otros países. Muchos comentaristas preguntan por qué los ciudadanos eligen no votar. Los economistas plantean la pregunta al revés: ¿por qué eligen votar los ciudadanos?[159]

Imagina a Larry, una persona que actúa en su propio interés, quien, comparando el costo y beneficio de votar, decide si hacer esto último o no. El beneficio que obtiene al votar radica en elegir a su candidato preferido. Por supuesto, puede obtener ese beneficio independientemente de si vota o no. El voto de Larry solo afecta la elección si es el *votante decisivo*. Para ilustrar, supongamos que un candidato gana por diez votos. Larry no fue decisivo porque el mismo candidato habría ganado si Larry hubiera votado o no. Sin embargo, si Larry emitió el voto que rompió el empate, entonces fue decisivo[160].

Para Larry, el beneficio de votar debe ajustarse de acuerdo a la probabilidad de que él sea decisivo. En una elección grande, la probabilidad de ser el votante decisivo es insignificante. Así, su beneficio esperado de votar es muy pequeño. Mientras tanto, votar impone costos— aprender sobre los candidatos, encontrar la estación de votación, perder tiempo en el trabajo, hacer fila, y así sucesivamente. El esfuerzo que implica votar probablemente excede el beneficio esperado en las grandes elecciones.

Un poco de notación y lenguaje especializado aclararán este punto. Votar impone costos a Larry, incluyendo un *costo de oportunidad*. Él renuncia a hacer otra cosa para poder votar. Por ejemplo, una madre que vota en lugar de ver el partido de su hijo tiene un costo de oportunidad mayor que un estudiante universitario que vota en lugar de ver una película aburrida. El costo total de votar para Larry, que incluye el costo de oportunidad, se puede denotar como C. Sea p la probabilidad de que el voto de Larry decida el resultado de la elección (p a veces se llama el "poder" de un voto). Sea B el beneficio que Larry obtiene de que su candidato preferido gane la elección. Su *beneficio esperado*

[158] La privación del derecho a votar fue especialmente discutida en los Estados Unidos en la década de 1960, pero la práctica es mucho más antigua que eso.

[159] Esta cuestión ha sido explorada en una abundante literatura. Para una revisión, véase Timothy J. Feddersen, *Rational Choice Theory and the Paradox of Not Voting*, 18 J. Econ. Persp. 99 (2004).

[160] El "votante decisivo" también se llama el "votante pivotal".

de votar es igual a pB. Larry vota cuando el beneficio esperado excede el costo de oportunidad, o $pB > C$[161]. En estas circunstancias, votar es "racional" para Larry. Por el contrario, no vota cuando el beneficio esperado es menor que el costo de oportunidad, o pB < C. En estas circunstancias, votar no es racional.

Para ilustrar esto de manera más concreta, supongamos que el hecho de que su candidato preferido gane la elección le vale $10,000 a Larry, y supongamos que votar requiere una hora de su tiempo, que valora en $10. Un ejercicio racional le sugiere que vote si p($10,000) > $10, lo que implica que p > 1/1,000. En elecciones grandes, la probabilidad de que el voto de un solo ciudadano sea decisivo es mucho menor que 1/1,000. En 2008, la probabilidad de que un votante fuera decisivo en la elección presidencial de EE. UU. era de uno en 60 millones[162].

Este razonamiento conduce a la *paradoja del voto*[163]. Un ejercicio racional debería llevar a los ciudadanos a votar en tasas mucho más bajas que aquellas que observamos. ¿Qué explica la paradoja? La teoría política que data de Aristóteles sostiene que la participación política apela a la naturaleza social de las personas. Las personas se expresan mediante la realización de deberes cívicos como votar, y la autoexpresión es intrínsecamente satisfactoria. Además, votar puede tener ventajas sociales. A menudo elogiamos a los votantes y criticamos a los que no votan. Algunos pueblos en Italia liberan listas públicas con los nombres de los ciudadanos que no votaron. La presión social puede hacer que las personas voten incluso cuando no obtienen mucha satisfacción por hacerlo. (¿Llevas tu calcomanía de "Voté"?) Una combinación de auto-satisfacción y presión social, que llamamos la *teoría del deber cívico de votar*, puede explicar por qué las personas votan[164].

Para representar la teoría del deber cívico de votar, sea V el valor intrínseco e instrumental para Larry de cumplir con su deber cívico. En contraste, sea B el beneficio auto-interesado de que su candidato preferido gane la elección. Hemos separado las razones para votar en el auto-interés B y el deber cívico V. Larry vota si $V + pB > C$. En estas circunstancias, podríamos decir que votar es racional y benévolo. Por el contrario, no vota si $V + pB < C$.

[161] ¿Qué sucede cuando los costos y beneficios son iguales? Larry puede seguir una regla, como "siempre votar cuando esté indiferente," o puede lanzar una moneda o usar algún otro procedimiento. Esto no afecta nuestro análisis.

[162] Andrew Gelman, Nate Silver, & Aaron Edlin, *What Is the Probability Your Vote Will Make a Difference?*, 50 Econ. Inq'y 321 (2012).

[163] *Véase* Anthony Downs, An Economic Theory of Democracy (1957).

[164] *Véase* William H. Riker & Peter C. Ordeshook, *A Theory of the Calculus of Voting*, 62 Am. Pol. Sci. Rev. 25 (1968).

Estas ideas pueden ayudar a explicar las altas tasas de participación electoral en elecciones generales donde es baja la probabilidad de emitir un voto decisivo. El resultado de una elección presidencial afecta a muchas más personas que el resultado de una elección local para el consejo de la ciudad. Para las personas que se preocupan por el interés público, el aumento en el número de personas afectadas por una elección nacional incrementa el deber cívico V en elecciones generales en comparación con V en elecciones locales. El aumento en el deber cívico V puede compensar la disminución en la probabilidad p de emitir un voto decisivo[165]. Esto puede explicar por qué la participación electoral es más alta en elecciones nacionales que en elecciones locales.

Preguntas

1.1.1. Usa la probabilidad p de emitir el voto decisivo para explicar por qué la tasa de participación de votantes nunca caerá a cero.
1.1.2. Hasta 2014, los votantes en Carolina del Sur eligieron al General Adjunto, un funcionario que supervisa la Guardia Nacional del estado. Utiliza las ideas mencionadas para explicar por qué la participación en la elección estatal de Carolina del Sur para el general adjunto puede ser menor que la participación en la elección municipal de la ciudad de Nueva York para alcalde.

1.2. ¿Por qué abstenerse?

El análisis hasta ahora implica que las personas votarán cuando la utilidad intrínseca y la utilidad instrumental $V + pB$ sean altas. Sin embargo, este no siempre es el caso. A veces, los votantes eligen abstenerse, incluso cuando podrían inclinar la balanza en una elección. Tal abstención puede ser racional, como se demuestra en el siguiente ejemplo.

Supongamos que eres miembro del Senado de EE. UU., que tiene 100 miembros y a menudo utiliza la regla de mayoría para decidir un asunto (para simplificar, ignoremos el papel que podría jugar un filibustero). Supongamos que el Senado vota sobre un proyecto de ley de seguridad nacional,

[165] Para expresar el argumento de manera sucinta, si n es el número de votantes, la probabilidad de ser decisivo equivale aproximadamente a $1/n$. La ganancia por ser el votante decisivo, según lo percibe el votante, equivale al número de personas beneficiadas n multiplicado por el beneficio por persona b. Por lo tanto, el beneficio esperado de votar equivale aproximadamente a $(1/n)(n*b)$. Dado que n se cancela, el beneficio esperado de votar es independiente del número de votantes. *Véase* Aaron Edlin, Andrew Gelman, & Noah Kaplan, *Voting as a Rational Choice: Why and How People Vote to Improve the Well-Being of Others,* 19 Rationality & Soc'y 293 (2007); Aaron Edlin, Andrew Gelman, & Nate Silver, *Vote for Charity's Sake*, 5 Economists' Voice 1 (2008).

específicamente una ley sobre la recopilación de registros telefónicos de los ciudadanos. ¿Deberías votar o abstenerte? Si tu voto es irrelevante, significa que el resultado no depende de éste, entonces tu decisión no importa. Pero supongamos que tu voto sí será decisivo. Cuarenta y nueve senadores han votado a favor del proyecto de ley, 49 senadores han votado en contra, y un senador está ausente. El proyecto de ley se aprobará si votas a favor, y fracasará si votas en contra. Si te abstienes, la votación quedará empatada. En caso de empate, el Vicepresidente emitirá el voto de desempate, de acuerdo con las reglas de votación del Senado.

Dos consideraciones deberían guiar tu elección de votar o abstenerte: información y valores[166]. Si sabes más que el Vicepresidente sobre el proyecto de ley, entonces deberías votar. Si el Vicepresidente sabe más que tú, y si tú y el Vicepresidente comparten los mismos valores sobre seguridad nacional y privacidad, entonces deberías abstenerte. La elección difícil surge cuando el Vicepresidente sabe más sobre seguridad nacional que tú, pero el Vicepresidente tiene un conjunto de valores diferente que tú sobre la seguridad nacional. Ahora debes equilibrar información y valores al decidir si votar o abstenerte.

Este análisis muestra por qué el desconocimiento sobre candidatos o temas particulares puede hacer que los votantes racionales se abstengan. Si el voto de un ciudadano será irrelevante, entonces votar o abstenerse no afectará el resultado. Si el voto será decisivo, entonces el ciudadano puede determinar el resultado él mismo al votar. O el ciudadano puede abstenerse, lo que permite a otro ciudadano determinar el resultado. Llamemos a este otro ciudadano el *siguiente votante decisivo*. Un ciudadano racional decidirá si votar o abstenerse preguntándose si prefiere decidir el resultado ella misma o dejar que el siguiente votante decisivo decida. El caso para dejar que el siguiente votante decisivo decida se vuelve más fuerte a medida que mejora la información del siguiente votante decisivo y sus valores se alinean más estrechamente con los del votante decisivo.

La teoría del siguiente votante decisivo genera algunas predicciones interesantes. Tiene la implicancia de que la tasa de participación de votantes disminuirá a medida que los valores se vuelvan más homogéneos (los votantes están de acuerdo sobre los fines, aunque no necesariamente sobre los medios). Implica que la tasa de participación de votantes disminuirá a medida que la información se vuelva más heterogénea (algunos votantes tienen más información que otros). Finalmente, implica que las personas que se abstienen, en promedio, tienen menos información política que las personas que votan.

[166] En el mundo real, un tercer valor podría guiar la elección de un senador: la popularidad. Si votar conduce a recompensas políticas, un senador podría votar, independientemente de la información y los valores.

Preguntas

1.2.1. Muchos jueces de tribunales estatales en los Estados Unidos son electos mediante votaciones. Hasta el 25% de los votantes deja en blanco la sección de la papeleta que se refiere a elecciones judiciales, presumiblemente porque saben poco sobre los candidatos[167]. Los comentaristas lamentan la falta de participación de los votantes en elecciones judiciales. ¿Son las bajas tasas de participación en elecciones judiciales indicativas de un fracaso en la democracia?

1.2.2. ¿Por qué podría un ciudadano racional preferir emitir un voto en *blanco* en una elección en lugar de no participar?

1.3. Representando las Preferencias de un Votante

En algunos países, incluyendo los Estados Unidos, las elecciones a menudo se reducen a competencias bipartidistas (el próximo capítulo explica por qué). Para analizar competencias bipartidistas, imagina una elección simplificada con dos candidatos, digamos, los nominados de los partidos Demócrata y Republicano. En la campaña electoral, cada candidato anunciará sus posiciones sobre temas importantes. Colectivamente, estos anuncios se denominan una "plataforma". Una plataforma abarca la ideología general del candidato y sus políticas específicas sobre asuntos como impuestos, seguridad nacional y educación. En respuesta, cada ciudadano votará en la elección simplificada por el candidato cuya plataforma se ajuste más a sus preferencias políticas.

Algunas notaciones representan las preferencias de los votantes en una competencia bipartidista. Sea x el signo que representa el concepto de plataforma política, x_d la plataforma anunciada por el candidato Demócrata y x_r la plataforma anunciada por la candidata Republicana. Cada ciudadano clasifica las plataformas de los candidatos de mejor a peor. La clasificación de las plataformas por, digamos, el ciudadano i, está indicada por la *función de utilidad* $u_i = u(x)$. Esta es solo una expresión matemática de las preferencias de una persona. La utilidad ui del ciudadano i es una función de la plataforma x. El valor de utilidad de la plataforma x_d para el ciudadano i es $ui(x_d)$, y el valor de utilidad de la plataforma x_r para el ciudadano i es $ui(x_r)$. Si el ciudadano i prefiere x_d a x_r, entonces el valor de utilidad del primero excede el valor de utilidad del segundo: $ui(x_d) > ui(x_r)$.

[167] Herbert M. Kritzer, *Roll-Off in State Court Elections: The Impact of the Straight-Ticket Voting Option*, 4 J.L. & Cts. 409 (2016); Charles Gardner Geyh, *Judicial Selection and the Search for Middle Ground*, 67 DePaul L. Rev. 333, 337–38, n.14 (2016).

Aquí está la regla de votación del ciudadano *i*:

> Si $ui(x_r) > ui(x_d)$, entonces el ciudadano *i* vota por el Republicano.
> Si $ui(x_r) < ui(x_d)$, entonces el ciudadano *i* vota por el Demócrata.
> Si $ui(x_r) = ui(x_d)$, entonces el ciudadano *i* vota lanzando una moneda.

Al decidir cómo votar, todos los demás siguen el mismo procedimiento que el ciudadano *i*, excepto que las funciones de utilidad son diferentes para diferentes personas.

En esta breve discusión, solo las plataformas políticas determinan los votos de los ciudadanos. Pero en el mundo real muchas otras consideraciones afectan la votación. Además del contenido, la forma en que se enmarcan los temas afecta las preferencias de los votantes. "Pro-vida" y "pro-elección" suenan bien. En consecuencia, las personas que quieren limitar el acceso a los abortos se describen a sí mismas como "pro-vida" en lugar de "anti-elección", mientras que las personas que quieren facilitar el acceso a los abortos se llaman a sí mismas "pro-elección" no "anti-vida". Al igual que la forma en que se enmarcan los problemas, la apariencia y personalidad de un candidato influyen en los votantes, al igual que la publicidad y el apoyo de grupos de interés. El modelo simple de una elección bipartidista omite estas y otras complicaciones.

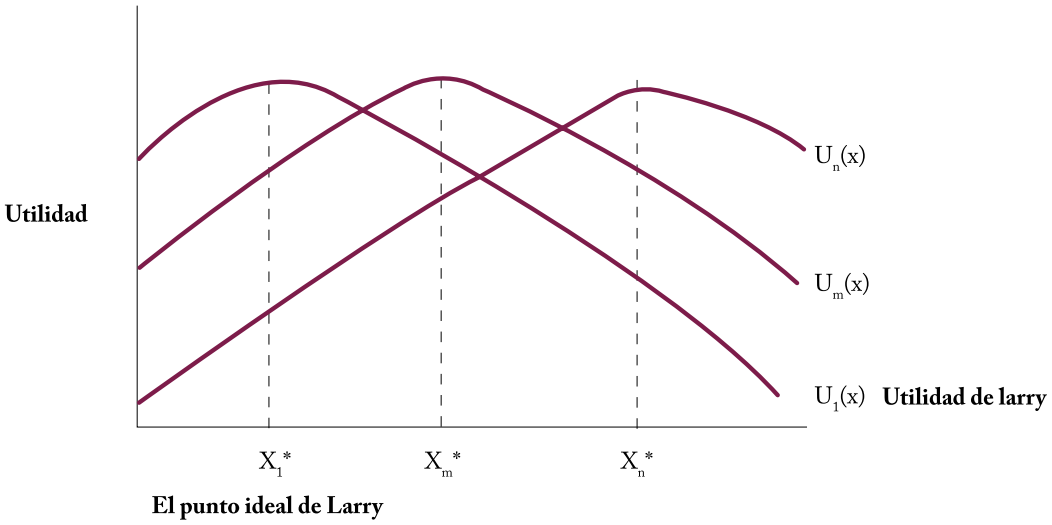
1.4. Agregando Votos: Regla de Mayoría

Hasta ahora, nos hemos centrado en cómo se comportan los votantes. En el modelo simple de competencia bipartidista, donde dos candidatos eligen plataformas, los ciudadanos votan por el partido que tiene la plataforma que prefieren. Ahora enfoquémonos en los candidatos. Si los ciudadanos votan en base a las plataformas de los candidatos, estos seleccionarán la plataforma que entregue la mayor cantidad de votos. ¿Qué plataforma entregará la mayor cantidad de votos? La plataforma ganadora tenderá hacia el centro político, no hacia la izquierda o la derecha, y esta sección explica por qué.

Imagina tres votantes: Larry, a quien conocimos antes, y otros dos votantes racionales, Mary y Ned. La Figura 4 muestra su utilidad en el eje vertical. Su utilidad es una función de la ubicación en el eje horizontal de las plataformas políticas. Por lo tanto, la curva $u_l(x)$ representa la función de utilidad de Larry. Considera el cambio en su utilidad cuando parte desde el origen en el extremo izquierdo y se mueve hacia la derecha. La utilidad de Larry aumenta hasta que llegamos al punto x_l^* en el eje horizontal. Allí, la utilidad de Larry está maximizada. Después de pasar x_l^*, la utilidad de Larry

disminuye al moverse más hacia la derecha. Así, x_l^* es el punto ideal de Larry, lo que significa que la plataforma maximiza su utilidad en la dimensión política izquierda-derecha. El mismo análisis revela que el punto ideal de Mary es x_m^* y el punto ideal de Ned es x_n^*. Para aclarar, la Figura 5 etiqueta el punto ideal y la curva de utilidad de Larry usando tanto palabras como notación. Para Mary y Ned, la figura muestra solo notación.

Figura 5. La Plataforma Ganadora



Ahora mostramos cómo encontrar al ganador en la Figura 5 bajo una regla de mayoría simple. Supongamos que dos candidatos, un Demócrata y un Republicano, compiten por los votos de Larry, Mary y Ned. Cada candidato elige una plataforma política. En esta circunstancia, la plataforma x_m^* vencerá a cualquier otra plataforma[168]. Para ver por qué, supongamos que el Demócrata elige x_m^* y el Republicano elige una plataforma un poco a la derecha de x_m^*. Larry y Mary obtendrán más utilidad de la plataforma del Demócrata que de la del Republicano, mientras que Ned obtendrá más utilidad de la del Republicano, así que el Demócrata ganará por una mayoría de 2 a 1. Invirtiendo el ejemplo, supongamos que el Republicano elige la plataforma x_m^* y el Demócrata elige una plataforma un poco más a la izquierda. Mary y Ned obtendrán más utilidad de la plataforma del Republicano, mientras que Larry obtendrá más utilidad de la plataforma del Demócrata, así que el Republicano ganará por una mayoría de 2 a 1. El partido que descubre y anuncia la plataforma x_m^* es imbatible en la elección.

[168] Para mantener la simplicidad del análisis, asumimos que los tres votantes tienen información completa y que cada uno de ellos vota por el candidato cuya plataforma les proporciona mayor utilidad.

Note algunas características de este ejemplo. Primero, la plataforma ganadora es la preferida por Mary. Mary está en el medio de la distribución de preferencias en el sentido de que el punto preferido de un votante se encuentra a la derecha y el punto preferido de otro votante se encuentra a la izquierda. En otras palabras, Mary es la *votante mediana*.

Segundo, todos los votantes tienen *preferencias unimodales*. Esto significa que cada votante tiene un único punto ideal, y cuanto más se aleje la plataforma de ese punto, ya sea hacia la izquierda o la derecha, más declina la utilidad del votante. Esta característica hace que el gráfico de la función de utilidad tenga un único pico[169].

Tercero, los votantes emiten votos en una sola dimensión política. En el ejemplo, todas las posibles plataformas se sitúan en una línea izquierda-derecha. Muchos otros ejemplos involucran una sola dimensión. Para ilustrar, imagina votar sobre tasas impositivas, donde los puntos cercanos al extremo izquierdo de la línea corresponden a tasas bajas y los puntos cercanos al extremo derecho corresponden a tasas altas.

Cuarto, los votantes hacen una *elección entre opciones pares*. Esto significa que eligen entre dos y solo dos opciones, la plataforma del demócrata y la del republicano.

Ahora podemos establecer el equilibrio de votación. Cuando los votantes tienen preferencias unimodales y cuando emiten votos sobre un único tema político, el punto ideal del votante mediano derrota todas las demás plataformas potenciales en votaciones por pares bajo la regla de mayoría. Este es el *teorema del votante mediano*[170]. Implica que, a partir de cualquier posición inicial, las plataformas gravitarán hacia el centro. Los votantes pueden hacer elecciones por pares hasta que alcancen el punto ideal del votante mediano, y luego el cambio cesará. La mediana es el equilibrio.

Este teorema es poderoso debido a su generalidad. No importa si hay unos pocos votantes o millones. No importa si los votantes están motivados por su interés propio o por deber cívico. No importa si los votantes están distribuidos uniformemente (igual número de votantes de extrema izquierda, centristas y de extrema derecha) o de otra manera (por ejemplo, pocos votantes ocupan

[169] Técnicamente, la utilidad no necesita siempre declinar— puede permanecer constante. La unimodalidad solo requiere que, al alejarse del punto ideal de un votante, la utilidad nunca aumente. En la medida que un votante que elige entre dos opciones elija la que esté más cerca de su punto ideal, incluso si ambas opciones generan la misma utilidad, entonces la presencia de "puntos planos" en las curvas de utilidad no altera el análisis.

[170] El teorema se remonta a Douglas Black, *On the Rationale of Group Decision-making*, 56 J. Pol. Econ. 23 (1948), y a Anthony Downs, An Economic Theory of Democracy (1957). *Véase también* Harold Hotelling, *Stability in Competition*, 39 Econ. J. 41–57 (1929).

posiciones extremas y muchos ocupan posiciones centristas). No importa si los votantes tienen preferencias intensas, lo que significa que los picos de sus funciones de utilidad son como el Monte Everest, o preferencias débiles, que implican que sus picos son como baches. Tampoco importa si la intensidad varía entre los votantes, lo que significa que los picos de algunos votantes son altos mientras los de otros son bajos. En todas las circunstancias, si se satisfacen los requisitos del teorema del votante mediano, el punto ideal del votante mediano gana.

Los requisitos del teorema no siempre se satisfacen, un punto al que volveremos. Sin embargo, se cumplen con suficiente frecuencia como para ayudar a explicar las tendencias centristas de muchos sistemas políticos. Por ejemplo, muchos estadounidenses pueden ubicarse a sí mismos a lo largo de un continuo de izquierda a derecha, con "demócrata liberal" en un extremo y "republicano conservador" en el otro. Un patrón común en las campañas presidenciales de EE. UU. es que el candidato republicano adopte una posición en la extrema derecha en las elecciones primarias al buscar la nominación de su partido y, una vez nominado, se acerque al centro. La posición inicial en la derecha apela al votante mediano en el Partido Republicano, como se requiere para asegurar la nominación del partido, y la posición moderada apela al votante mediano entre todos los ciudadanos, como se requiere para ganar las elecciones generales. De manera similar, los candidatos del Partido Demócrata suelen comenzar más a la izquierda en las primarias y moverse hacia el centro después de la nominación.

El teorema del votante mediano omite características importantes de las elecciones reales, como la lealtad partidaria, la ignorancia de los votantes, el gasto en campañas y el atractivo personal de los candidatos. A pesar de estas omisiones, el teorema proporciona un punto de partida útil para el análisis de la votación.

Preguntas

1.4.1. Suponga que los votantes de izquierda boicotean una elección general y no votan, estando animados con una ira justiciera hacia las elecciones de las que participan. ¿Cómo se comportará la plataforma ganadora en reacción a esto?
1.4.2. Se dice que la regla de mayoría aumenta la legitimidad de un gobierno y disuade a una potencial oposición rebelde al demostrar públicamente que más ciudadanos apoyan las políticas del gobierno que las que se oponen a ellas. Defiende o critica esta proposición asumiendo que la regla de mayoría implica el gobierno del mediano.

1.5. El Mediano en los Cuerpos Gobernantes

El análisis que recién vimos se centró en una elección general en la que los ciudadanos votan por candidatos basándose en sus plataformas. Dicho análisis aplica igualmente bien a la votación por parte de legislaturas, comités u otros cuerpos gobernantes. En cualquier grupo de este tipo, habrá un conjunto de políticas que representan el statu quo. De vez en cuando, un miembro hará una nueva propuesta. Después de un debate, el grupo votará sobre la nueva propuesta. Si la nueva propuesta no obtiene una mayoría, el statu quo persistirá. Si la nueva propuesta obtiene una mayoría, el grupo abandona el antiguo statu quo, y la propuesta ganadora se convierte en el nuevo statu quo. Cada propuesta se enfrenta al statu quo. Si las preferencias de los votantes satisfacen las condiciones descritas anteriormente, la propuesta más preferida por el votante mediano prevalecerá.

La Justicia Mediana

Las decisiones de la Corte Suprema de EE. UU. pueden tener un profundo efecto en la sociedad estadounidense. Para demostrarlo, en 1954 la Corte prohibió la segregación racial en la histórica decisión *Brown v. Board of Education*. En 2000, la Corte Suprema resolvió la elección presidencial al determinar que George W. Bush venció a Al Gore. La Corte consta de nueve miembros nombrados por el Presidente. Resuelve casos utilizando la regla de mayoría. En los últimos años, la votación ha sido a menudo de 5–4. Muchos observadores se centran en el "Juez clave" (*swing judge*) que emite el voto decisivo en una decisión de 5–4.

Entre 1994 y 2004, la Corte estuvo compuesta por los mismos nueve Jueces. Según muchos, esos Jueces podrían ser organizados desde el más políticamente liberal hasta el más políticamente conservador de la siguiente manera (usamos solo los apellidos): Stevens, Ginsburg, Souter, Breyer, O'Connor, Kennedy, Rehnquist, Scalia, Thomas. La Jueza O'Connor fue considerada ampliamente como la juez clave, y el teorema del votante mediano explica por qué. Como el miembro mediano de la Corte, su resultado preferido obtendría el apoyo de la mayoría de los votos cuando se compara con cualquier alternativa.

En 2005, John Roberts reemplazó al entonces Presidente de la Corte, William Rehnquist. Estos Jueces difieren en algunos aspectos, pero se puede situar a Roberts en el mismo lugar que Rehnquist en el orden de liberal a conservador descrito anteriormente. Un cambio más fundamental ocurrió en 2006 cuando Samuel Alito reemplazó a la Jueza O'Connor. Alito ocupa el extremo conservador de la Corte junto a Scalia y Thomas. El teorema del votante

mediano ilumina este cambio. Implica que Kennedy se convirtió en el nuevo decisor mediano, y de hecho los observadores lo consideraron el Juez clave durante 10 años, con algunos llamando a la Corte la "Corte Kennedy".

En 2018, los Jueces podrían ser organizados de liberal a conservador de la siguiente manera: Ginsburg, Sotomayor, Kagan, Breyer, Kennedy, Roberts, Gorsuch, Alito, Thomas. Esto cambió cuando Brett Kavanaugh, que se encuentra en el extremo conservador, reemplazó a Kennedy. ¿Por qué podría un liberal oponerse al nombramiento de Kavanaugh con más intensidad que al nombramiento de Roberts? ¿Qué pasó con el mediano cuando la conservadora Amy Coney Barrett reemplazó a la Jueza Ginsburg en 2020?

Esta breve discusión asume que las opiniones políticas de los Jueces influyen en sus decisiones. Un capítulo posterior examinará esta suposición.

1.6. Intransitividad

Cuando las condiciones del teorema del votante mediano se cumplen, la regla de mayoría tiene un equilibrio único y estable. Sin embargo, puede surgir una situación en la que no exista un equilibrio político. Para apreciar esta posibilidad, recuerda el juego infantil llamado "piedra, papel o tijeras". En este juego, dos jugadores muestran simultáneamente una mano en forma de roca (puño), papel (mano plana) o tijeras (dos dedos extendidos). Las reglas del juego son "la piedra rompe las tijeras", "las tijeras cortan el papel" y "el papel cubre la piedra". Cada elección derrota una alternativa y pierde ante la otra. El juego no tiene un equilibrio único.

Un equilibrio único, si existiera, destruiría el juego. Para ilustrar, si la piedra rompe las tijeras y el papel, entonces cada uno de los niños aprendería a mostrar el puño en cada ronda del juego. Dado que ninguna estrategia pura gana a cada alternativa, la mejor estrategia para cada jugador es elegir al azar entre las tres alternativas[171]. El azar decide el resultado.

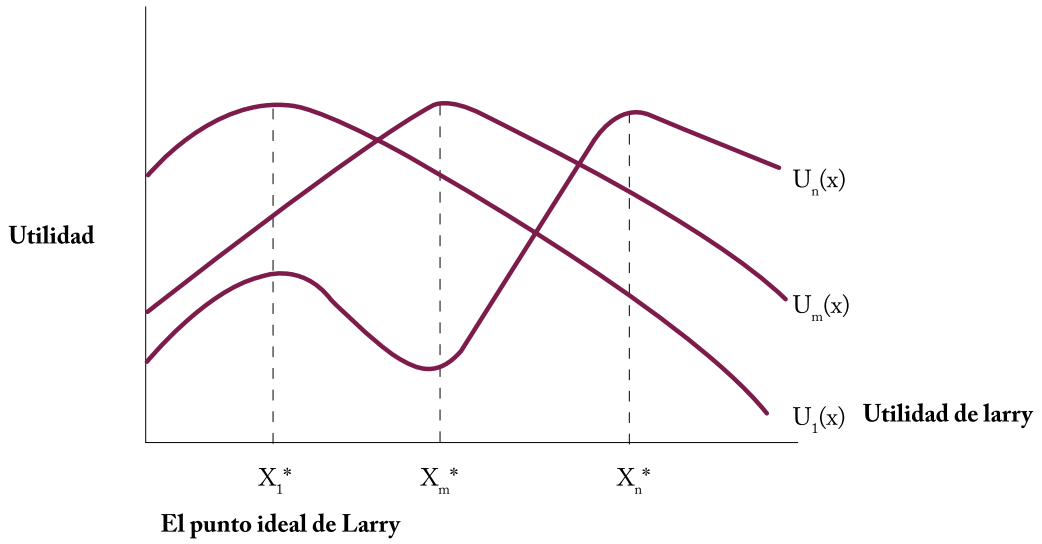
Al igual que en "piedra, papel, tijeras", la votación puede no tener equilibrio. Cuando la votación no tiene equilibrio, se asemeja al juego infantil. Para ilustrar, supongamos que Larry, Mary y Ned consideran tres plataformas políticas x_l, x_m y x_n. Las preferencias de Ned se han modificado respecto

[171] Esto asume que los oponentes son completamente racionales. Si un oponente no es completamente racional—por ejemplo, utiliza papel todo el tiempo—entonces la mejor estrategia no es aleatorizarse, sino jugar tijeras todo el tiempo.

a lo que vimos anteriormente. Ahora las preferencias de los tres votantes se pueden resumir de la siguiente manera, donde ">" significa "preferido":

Larry: $x_l > x_m > x_n$
Mary: $x_m > x_n > x_l$
Ned: $x_n > x_l > x_m$

Figura 6. Intransitividad



Supongamos que los candidatos compiten por el mismo escaño y deben elegir una plataforma que atraiga a estos votantes. Los dos candidatos están, de hecho, jugando "piedra, papel, tijeras". Para ver por qué, aplicamos la regla de mayoría a la votación entre estas tres alternativas. Larry y Ned prefieren x_l a x_m, por lo quex_l derrota a xm por dos votos a uno. Con la misma lógica, xm derrota a xn y xn derrota a x_l. En grupo, las preferencias de los votantes pueden resumirse así: $x_l > x_m > x_n > x_l$. En lugar de converger en el punto ideal del votante mediano, la votación mayoritaria gira en círculos. El nombre matemático para una votación circular es intransitividad[172].

Si hay intransitividad, cada alternativa pierde ante otra alternativa, como en "piedra, papel, tijeras". Este hecho tiene implicancias para establecer la agenda de votación. Si el primer candidato elige una

[172] En matemáticas, la relación ">" es transitiva si, para todos *a, b* y *c, a* > *b* y *b* > *c*, lo que implica que *a* > *c*. Cuando la votación gira en un círculo, se viola la propiedad transitiva, por lo que la relación es intransitiva. La votación intransitiva a veces se llama la Paradoja de Condorcet en honor al matemático francés que la descubrió. *Véase* Nicolas de Condorcet, *Essai sur l'Application de l'Analyse à la Probabilité des Décisions Rendue à la Pluralité des Voix* [E*nsayo sobre la Aplicación del Análisis a la Probabilidad de las Decisiones Mayoritarias*] (1785).

plataforma, el segundo candidato puede elegir una alternativa que ganará. En consecuencia, cada candidato quiere elegir segundo.

La figura 6 busca aclarar la noción de intransitividad al graficar las preferencias de Larry, Mary y Ned. La curva de utilidad de Larry se etiqueta como $u_l(x)$ y la curva de utilidad de Mary se etiqueta como $u_m(x)$. Ambas curvas de utilidad son unimodales. Sin embargo, la curva de utilidad de Ned, $u_n(x)$, es bimodal. La intransitividad puede ocurrir cuando la utilidad de un votante es bimodal, mientras que el teorema del votante mediano se aplica cuando la utilidad de cada votante es unimodal[173].

Construir ejemplos de preferencias intransitivas es fácil. Considera tres posibilidades alternativas respecto al gasto en escuelas públicas: bajo, moderado y alto. Hay tres grupos de votantes de igual tamaño. El grupo conservador prefiere un menor gasto en escuelas públicas a uno mayor. El grupo centrista prefiere un nivel moderado de gasto. Finalmente, un tercer grupo de votantes—llámalos "yuppies"[174]—tiene preferencias más complicadas. Ellos prefieren un alto nivel de gasto, en cuyo caso enviarán a sus hijos a la escuela pública. Si el nivel no es alto, sin embargo, preferirán que sea bajo, para tener suficiente ingreso disponible para enviar a sus hijos a la escuela privada. La peor alternativa para ellos es un nivel moderado de gasto en escuelas públicas. Los rankings de preferencias de los tres grupos son:

conservador: bajo > moderado > alto
centrista: moderado > alto > bajo
yuppie: alto > bajo > moderado

En una votación mayoritaria, el bajo derrota al moderado, el moderado derrota al alto y el alto derrota al bajo, por lo que la votación es intransitiva.

Preguntas

1.6.1. Una elección enfrenta a dos candidatos entre sí. Supongamos que las preferencias de los votantes forman un ciclo intransitivo bajo la regla de mayoría. Ningún candidato está

[173] En rigor, una condición suficiente para que el punto más preferido del votante mediano sea un equilibrio único en la votación mayoritaria sobre alternativas pareadas es que las preferencias de todos tengan un solo pico, mientras que una condición necesaria para la intransitividad es la presencia de preferencias con múltiples picos.

[174] "Yuppie" es un término anticuado y divertido para referirse a jóvenes profesionales urbanos que a menudo priorizan la educación. Al menos uno de los autores de este libro es (o, como persona más joven, fue) un yuppie.

comprometido con una plataforma política al comienzo de la campaña. ¿Aconsejarías a tu candidato que diga generalidades o que tome una posición firme sobre los temas?

1.6.2. Una playa se llena de personas que se quieren bañar en el mar en una cálida tarde. Estos se distribuyen uniformemente de manera que la densidad de personas es aproximadamente la misma en todas partes de la playa. El calor hace que las personas quieran helado, y también las hace reacias a caminar lejos para conseguirlo.

(a) Supongamos que dos vendedores con carritos de helado aparecen en la playa. Si los vendedores son competitivos y no cooperan, ¿dónde se ubicarán?

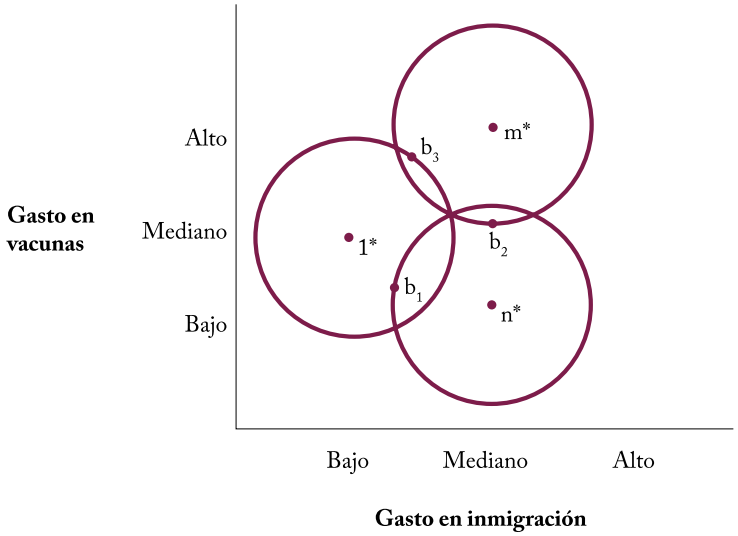
(b) Supongamos que un tercer vendedor de helados llega a la playa y compite con los demás. ¿Dónde se ubicarán los tres vendedores?

1.7. El Teorema del Caos

La sección anterior mostró cómo las preferencias bimodales pueden llevar a la intransitividad. Ahora considera otra causa: múltiples dimensiones de elección. Las figuras anteriores representaron una única dimensión de elección, que puede denominarse "izquierda-derecha" o "Demócrata-Republicano". Sin embargo, en política, la dimensión izquierda-derecha suele ser una agregación de muchas dimensiones más pequeñas. Por ejemplo, un presupuesto gubernamental implica gastos en el ejército, la policía, carreteras, escuelas, calidad del aire, derechos sociales, y así sucesivamente. A medida que aumenta el número de alternativas, la intransitividad se vuelve rápidamente más probable, como mostraremos[175].

[175] *Véase* William H. Riker, Liberalism Against Populism: A Confrontational Choice Between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice (1982).

Figura 7. Caos



En lugar de votar por los legisladores, supongamos que Larry, Mary y Ned *son* legisladores. Ellos votan sobre el presupuesto destinado a dos programas: el *enforcement* de la ley de inmigración y las vacunas. Larry preferiría gastar poco en inmigración y moderadamente en vacunas. En la Figura 4.3, el punto ideal de Larry está etiquetado como l^*[176]. El punto ideal de Larry está rodeado por un círculo llamado *contorno de indiferencia*[177]. Cada punto en el contorno representa una combinación diferente de gasto en inmigración y vacunas. Larry es indiferente entre cada una de esas combinaciones, lo que significa que obtiene la misma utilidad de cada una. Así que un contorno de indiferencia conecta puntos de utilidad constante[178]. Los puntos dentro de un contorno están más cerca de su ideal que los puntos fuera de él. En consecuencia, Larry prefiere cualquier punto dentro del contorno a cualquier punto fuera de él. Mary y Ned tienen puntos ideales etiquetados como m^* y n^*, y cada uno tiene un contorno de indiferencia como el de Larry.

¿Qué combinación de gasto en inmigración y vacunas producirá la votación? Consideremos tres presupuestos posibles etiquetados como b_1, b_2 y b_3. Cada uno representa una combinación diferente de gasto. Mary y Ned prefieren b_2 a b_1, Larry y Mary prefieren b_3 a b_2, y Larry y Ned prefieren b_1 a b_3. Las preferencias del grupo forman un ciclo intransitivo bajo la regla de mayoría: $b_1 > b_3 > b_2 > b_1$. Elegir diferentes presupuestos no puede resolver el problema. Para cualquier punto en la figura, algún otro punto lo derrotará en una votación pareada.

[176] Simplificamos la notación para esta discusión.

[177] Utilizamos círculos por simplicidad. Los contornos de indiferencia pueden adoptar muchas formas, y diferentes formas implican diferentes configuraciones de las preferencias de un votante sobre los dos programas de gasto.

[178] Los contornos de indiferencia funcionan como puntos en una curva de indiferencia en microeconomía.

La fuente de la intransitividad no son las preferencias con varios picos. Cada votante puede tener preferencias de un solo pico sobre cada cuestión (como inmigración y vacunas). La fuente de la intransitividad son los múltiples temas. Combinar temas produce intransitividad. A medida que el número de temas aumenta, la probabilidad de intransitividad rápidamente incrementa. En un notable artículo, Richard McKelvey mostró que todos los posibles resultados en una elección multidimensional se encuentran en un único ciclo intransitivo[179]. Este es el *Teorema del Caos*. Implica que votar simultáneamente sobre múltiples cuestiones puede llevar a cualquier resultado.

1.8. ¿Por qué hay tanta estabilidad?

Los legisladores votan de manera rutinaria sobre elecciones multidimensionales. El comienzo del capítulo se refería a un estatuto de 1,600 páginas sobre inmigración, enfermedades tropicales, gastos militares, aborto, ventas de armas y otros temas. Los académicos han demostrado que votar cuestiones relativas a decisiones multidimensionales puede llevar a la intransitividad, pero no vemos rutinariamente a los legisladores dando vueltas en círculos adoptando políticas que han descartado recientemente. El ciclo es inevitable en teoría, pero es raro verlo ocurrir en la práctica. Esto llevó a los académicos a preguntarse: "¿Por qué hay tanta estabilidad?"[180]

Dos mecanismos previenen que el ciclo ocurra: la negociación y la fijación de la agenda (*agenda setting*). Comenzamos con la negociación, la que nos es familiar gracias a los capítulos anteriores. En general, la votación no tiene en cuenta la intensidad de la preferencia. Supongamos que tres legisladores tienen las siguientes preferencias para los gastos en escuelas públicas:

conservador: bajo > moderado > alto
centrista: moderado > alto > bajo
yuppie: alto > bajo > moderado

Votar sobre estas tres opciones conduce a la intransitividad[181], independientemente de la fuerza de las preferencias de los votantes. Por ejemplo, ya sea que el conservador tenga sentimientos fuertes o

[179] Richard D. McKelvey, *Intransitivity in Multidimensional Voting Models and Some Implications for Agenda Control,* 12 J. Econ. Theory 472 (1976). *Véase también* Charles R. Plott, *A Notion of Equilibrium and its Possibility Under Majority Rule*, 57 Am. Econ. Rev. 787 (1967) (demostrando que votar en un espacio multidimensional puede ser transitivo solo bajo una condición muy exigente llamada simetría radial).

[180] Gordon Tullock & Geoffrey Brennan, *Why So Much Stability*, 37 Pub. Choice 189 (1981).

[181] Suponemos que los votantes no votan estratégicamente.

débiles sobre los gastos bajos, siempre vota por bajos sobre moderados y moderados sobre altos. Los otros votantes se comportan de manera similar, produciendo el ciclo: bajo > moderado > alto > bajo.

La negociación proporciona una oportunidad para expresar la intensidad de las preferencias. Al responder a la intensidad de las preferencias, la negociación puede prevenir la intransitividad. Específicamente, la negociación nos entrega la política favorita de cada legislador sobre el tema que más le importa, y todos los votantes pueden preferir este resultado a cualquier otro resultado factible. Todos los votantes están mejor porque su deseo más intenso se satisface. El resultado es eficiente y estable.

Para ilustrar, dejemos que ">>" denote "prefiere muy fuertemente". Reescribamos las preferencias anteriores:

conservador: bajo >> moderado > alto
centrista: moderado > alto > bajo
yuppie: alto > bajo > moderado

Aplicar la regla de mayoría a estas preferencias genera intransitividad. Sin embargo, la negociación puede evitar este resultado. El conservador puede ofrecer al yuppie un trato: "vota por un gasto bajo en escuelas como yo quiero, y yo votaré por un alto gasto en programas de reciclaje como tú quieres". Si el yuppie favorece intensamente los programas de reciclaje, puede aceptar la oferta. Si los costos de transacción son bajos, el centrista también puede negociar. Después de negociar, los legisladores votan sobre múltiples temas, pero no hay intransitividad. Como parte del trato, el yuppie vota por bajos gastos en escuelas en lugar de altos gastos en escuelas, rompiendo el ciclo de intransitividad. La votación implementa un acuerdo estable. Este tipo de votación entre legisladores se llama "*logrolling*".

Ahora consideremos el segundo mecanismo para prevenir la intransitividad: la fijación de la agenda. La votación suele estar estructurada por reglas de procedimiento, como las Reglas de Orden de Robert*. Los procedimientos generalmente prohíben reintroducir una propuesta derrotada. Si las propuestas derrotadas no pueden reintroducirse, no puede ocurrir un ciclo interminable de votación. La votación termina cuando termina la agenda.

* Nota del traductor: las "reglas de orden de Robert" es la traducción de "Robert's Rules of Order". Estas últimas consisten de un manual referido a reglas de procedimiento parlamentario establecidas por Henry Martyn Robert, un oficial del ejército estadounidense. De manera más general, este término se usa para referirse a las reglas de procedimentales del parlamento.

Dada una agenda fija, la propuesta que gana la última votación prevalece. Es predecible cual propuesta gana en la última votación a partir de la propuesta que gana en la penúltima votación. La misma relación se mantiene entre la penúltima votación y la votación que la precede. Por lo tanto, el ganador final en el conjunto intransitivo puede ser determinado por quien establece la agenda. El control de la agenda evita el ciclo al otorgar al responsable de ésta el poder de elegir entre alternativas intransitivas[182].

Para ilustrar, supongamos que tres legisladores, el conservador, el centrista y el yuppie, toman una decisión sobre el financiamiento escolar: baja, moderada o alta. No negocian entre sí. En lugar de negociar, votan sobre opciones en pares. La persona que controla la agenda debe llenar el "árbol" en la Figura 8 que representa el orden de la votación.

Asumamos que las tres alternativas forman un ciclo intransitivo: bajo > moderado > alto > bajo. Además, asumamos que el conservador establece la agenda. El conservador quiere que "bajo" prevalezca. Puede establecer la agenda de tal manera que la primera votación enfrente "moderado" contra "alto". "Moderado" prevalece, estableciendo una votación final entre "moderado" y "bajo". "Bajo" prevalece en la votación final. Así, el conservador obtiene su resultado preferido, como se muestra en la Figura 9.

¿Qué pasaría si el responsable de la agenda es el yuppie que quiere que "alto" prevalezca? Él puede lograrlo estableciendo la agenda de tal forma que la primera votación enfrente "bajo" contra "moderado" y la votación final enfrente al ganador de la primera votación contra "alto". El financiamiento "alto" prevalecerá, como se muestra en la Figura 10.

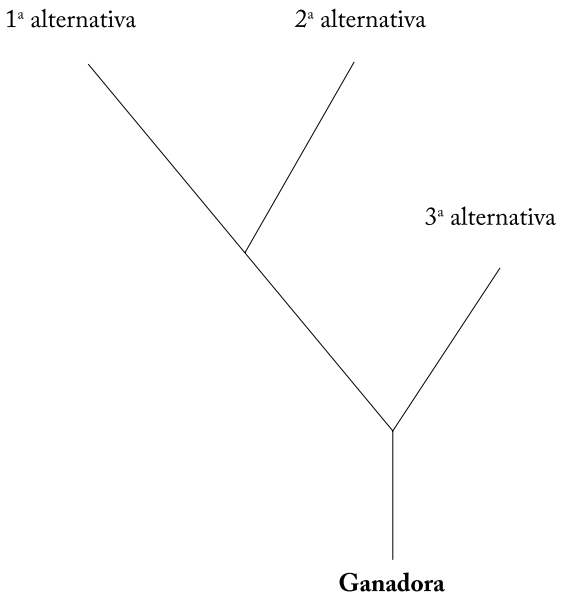
Para que la responsable de la agenda determine el resultado de la votación sobre un ciclo intransitivo, debe pensar de manera recursiva. Específicamente, debe averiguar qué alternativa puede ser vencida por la que más favorece, enfrentar esas opciones entre sí en la última ronda de votación, y luego repetir el mismo proceso de razonamiento para la penúltima ronda, y así sucesivamente hasta llegar al principio. Esto asume que el responsable de la agenda está obligado a realizar una votación sobre cada alternativa. Si este no es el caso, entonces su tarea es más simple. Puede realizar una sola votación, que enfrente su alternativa preferida contra la que puede vencer.

[182] *Véase*, por ejemplo, Robin Farquharson, Theory of Voting (1969); Birgitte Sloth, *The Theory of Voting and Equilibria in Noncooperative Games*, 5 Games & Econ. Behav. 152 (1993).

Esta discusión se centra en una elección unidimensional, el financiamiento escolar. Anteriormente mencionamos el Teorema del Caos, que muestra que, salvo en circunstancias raras, todos los resultados potenciales en una elección multidimensional se encuentran en un ciclo intransitivo. Para *cualquier statu quo* respecto de una política, una mayoría, si se da el orden correcto de votaciones, puede llevar a *cualquier* resultado diferente del status quo. Este teorema implica que quien controla la secuencia de votaciones dicta la política, incluso cuando se está decidiendo sobre dimensiones múltiples[183]. Las legislaturas y otros organismos que votan suelen adoptar reglas que otorgan el control de la agenda a individuos particulares, como los presidentes de comités. Al elegir la agenda, el presidente, en efecto, determina qué mayoría prevalecerá.

Generalizando, los grupos pueden evitar ciclos intransitivos empoderando a alguien para que determine qué mayoría prevalecerá. Más provocativamente, los grupos enfrentan una elección entre incoherencia y dictadura. Pueden sufrir de intransitividad, o pueden disfrutar de estabilidad concentrando el poder en un fijador de agenda[184].

Figura 8. Estableciendo la Agenda



[183] Richard D. McKelvey, *Intransitivity in Multidimensional Voting Models and Some Implications for Agenda Control,* 12 J. Econ. Theory 472 (1976).

[184] Kenneth A. Shepsle, Analyzing Politics: Rationality, Behavior, and Institutions 72 (2d ed. 2010) ("En la vida social existe un intercambio (*trade off*) entre la racionalidad social y la concentración de poder. Las organizaciones sociales que concentran poder facilitan la posibilidad de que exista coherencia social: el dictador conoce su propia mente y puede actuar racionalmente en la búsqueda de lo que prefiere. Las organizaciones sociales en las que el poder está disperso, por otro lado, tienen menos perspectivas prometedoras para tomar decisiones coherentes".).

Figura 9. Bajo Gana

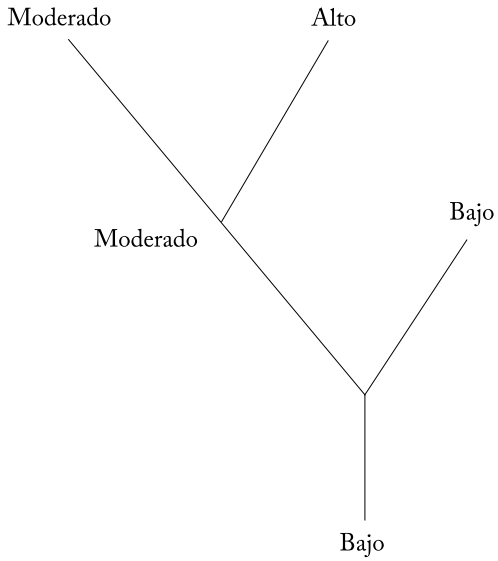
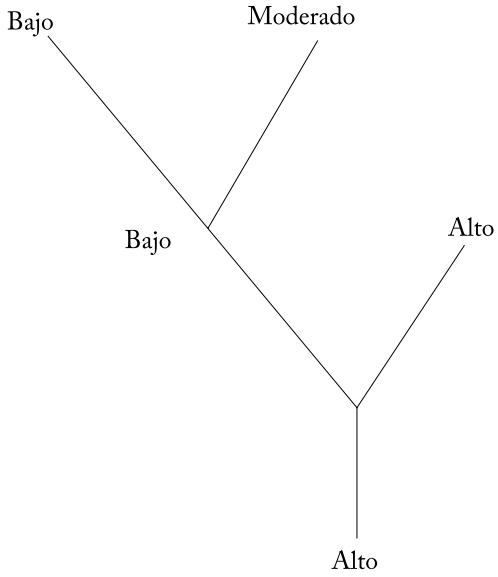


Figura 10. Alto Gana



Preguntas

1.8.1. Los comentaristas políticos en Estados Unidos a veces dicen que el Presidente puede utilizar los medios de comunicación para "fijar la agenda" [185]. Supón que el gobierno debe

[185] *Véase, por ejemplo*, Dan B. Wood, *Presidents and the Political Agenda, en* The Oxford Handbook of the American Presidency 108 (George C. Edwards III & William G. Howell eds., 2009).

elegir entre financiamiento bajo, medio o alto para el ejército. La votación por mayoría producirá un ciclo intransitivo: bajo > medio > alto > bajo. El Presidente quiere que gane el medio. Para inducir apoyo para el financiamiento medio, ¿cómo debería el Presidente enmarcar la elección? ¿Cómo debería enmarcar la elección la oposición?
1.8.2. Una legislatura con tres miembros (*A, B, C*) elige entre tres alternativas (*x, y, z*). Aquí están las clasificaciones de preferencia de los legisladores:

A: $x > y > z$
B: $y > z > x$
C: $z > x > y$

Las alternativas se van a enfrentar entre sí en votación mayoritaria, y una alternativa derrotada no puede ser reintroducida. Suponga que *C* es el fijador de la agenda.
(a) Si cada legislador vota por su alternativa preferida en la votación con elecciones pareadas, describe la agenda que permite a *C* obtener su resultado más preferido.
(b) Supón que los legisladores actúan estratégicamente en la primera votación. Por ejemplo, si la primera votación enfrenta a *x* contra y, *A* prevé que votar por x en la primera votación hará que *z* gane en la segunda votación. Dado que *z* es el peor resultado para *A*, ella decide votar por y en lugar de *x* en la primera votación. ¿Puede *C* todavía establecer la agenda de manera que su alternativa más preferida sea la ganadora? (Consejo: considera lo que sucede si *C* incluye *z* en la primera votación).

1.9. Procedimientos de Votación Alternativos

Hasta ahora, hemos analizado el *procedimiento de Condorcet*: la utilización de la regla de mayoría en votaciones con elecciones pareadas. Bajo este procedimiento, cada alternativa se empareja contra cada otra alternativa. Si una alternativa obtiene una mayoría de votos contra cada otra, entonces esa alternativa gana. Si ninguna alternativa derrota a todas las demás (intransitividad), entonces el procedimiento de Condorcet no produce un ganador.

Los ciudadanos y legisladores utilizan muchos procedimientos de votación alternativos, no solo la regla de mayoría en votaciones pareadas. Dicho en breve, discutiremos algunas de las principales alternativas. Bajo la *regla de mayoría simple*, cada votante emite un voto por una única alternativa, y la alternativa con más votos gana, incluso si esa alternativa tiene menos de la mitad de los votos. Para ilustrar, si los candidatos *A*, *B* y *C* obtienen el 40%, el 35% y el 25% de los votos, respectivamente,

entonces A gana. La regla de mayoría simple se utiliza en las elecciones presidenciales estadounidenses y en muchos otros contextos. A menudo, la gente se refiere a la "regla de mayoría" cuando en realidad quiere aludir a la regla de mayoría simple.

Las variaciones de la regla de mayoría simple son abundantes. Bajo un sistema de segunda vuelta, cada votante emite un voto por una única alternativa, y las dos alternativas con más votos avanzan a una segunda ronda de votación. Cada votante vota en la segunda ronda, y la alternativa con más votos gana. El estado de Georgia, por ejemplo, utiliza una versión de segunda vuelta para elegir a los legisladores[186].

Bajo un *sistema de segunda vuelta secuencial*, cada votante emite un voto por un único candidato, se cuentan los votos y un candidato es eliminado. Los votantes votan sobre los candidatos restantes, otro candidato es eliminado y el proceso se repite hasta que solo queda un candidato. Las segundas vueltas secuenciales se pueden organizar de diferentes maneras. Una forma, que a veces se llama "votación instantánea" o "votación por opción clasificada", funciona de la siguiente manera. Cada votante clasifica de mejor a peor (*ranks*) a todos los candidatos (primera elección, segunda elección, etc.) simultáneamente. El candidato con la menor cantidad de votos en primer lugar es eliminado. Cada votante que clasificó a ese candidato en primer lugar tiene su voto reasignado al candidato que clasificó en segundo lugar, y el proceso se repite. Una versión de votación por opción clasificada se ha utilizado en San Francisco y otros lugares[187].

El *conteo de Borda* es un método de votación que funciona mediante un sistema de puntuación. Cada votante asigna puntos a cada alternativa. Por ejemplo, si hay tres alternativas, un votante asignará dos puntos a su alternativa favorita, un punto a su segunda favorita y cero puntos a su alternativa menos favorita. Todos los puntos se suman, y la alternativa con más puntos gana. Se han utilizado versiones del conteo de Borda en Islandia y Eslovenia, y este método se utiliza en los Estados Unidos para seleccionar al jugador más valioso en el béisbol profesional[188].

[186] Muchas elecciones en Georgia siguen esta regla: si ningún candidato obtiene una mayoría en la primera votación, los dos candidatos con más votos aparecen en la papeleta para una segunda votación.

[187] *Véase* Dean E. Murphy, *New Runoff System in San Francisco Has the Rival Candidates Cooperating*, N.Y. Times, 30 de septiembre de 2004; Lee Drutman, *Laboratories of Democracy: San Francisco Voters Rank Their Candidates. It's Made Politics a Little Less Nasty*, Vox, 31 de julio de 2019, https://www.vox.com/the-highlight/2019/7/24/20700007/maine-san-francisco-ranked-choice-voting.

[188] *Véase* Thorkell Helgason, Appointment of Seats to the *Althingi*, the Icelandic Parliament, National Electoral Commission of Iceland 18 (2013); Voting FAQ, How Is the Voting Counted?, Baseball Writers' Association of America, https://bbwaa.com/voting-faq/.

¿Afectan los procedimientos de votación a los resultados? La respuesta es sí, como ilustra el recuadro. Sin embargo, nos enfocamos en una pregunta diferente aquí: ¿Afectan los procedimientos de votación a la intransitividad? Como se discutió, la regla de mayoría sobre alternativas emparejadas puede resultar en intransitividad, y esto es especialmente probable cuando se vota sobre múltiples temas. ¿Hay un procedimiento de votación que pueda evitar siempre la intransitividad? En una monumental generalización, Kenneth Arrow demostró que ninguna regla de votación democrática previene la intransitividad[189]. El apéndice de este capítulo describe el *Teorema de Imposibilidad de Arrow*. Las personas que suponen que jugar con los procesos de votación puede resolver el problema de la intransitividad están equivocadas.

Cinco Reglas de Votación, Cinco Ganadores

¿Afectan los procedimientos de votación los resultados electorales? Considera un ejemplo. Cinco candidatos están postulando para un cargo: Olivia, Penny, Quinn, Rhonda y Steve. Los votantes clasifican a los candidatos de mejor a peor. Los votantes pueden dividirse en seis grupos de acuerdo con sus clasificaciones. Todos dentro de un grupo están de acuerdo sobre la clasificación. La Tabla 4.1 muestra las clasificaciones de los candidatos por cada grupo. Ten en cuenta que los grupos tienen diferentes números de votantes, como indica la Tabla 4.1. Para ilustrar, el Grupo I tiene 18 votantes, y todos ellos clasifican a los candidatos de la siguiente manera: Olivia > Penny > Quinn > Rhonda > Steve.

Tabla 4. Votantes y Candidatos

	Grupo 1 18 votantes	**Grupo 2 12 votantes**	**Grupo 3 10 votantes**	**Grupo 4 9 votantes**	**Grupo 5 4 votantes**	**Grupo 6 2 votantes**
Rank 1	Olivia	Steve	Rhonda	Penny	Quinn	Quinn
Rank 2	Penny	Quinn	Steve	Rhonda	Steve	Rhonda
Rank 3	Quinn	Penny	Quinn	Quinn	Penny	Penny
Rank 4	Rhonda	Rhonda	Penny	Steve	Rhonda	Steve
Rank 5	Steve	Olivia	Olivia	Olivia	Olivia	Olivia

[189] *Véase* Kenneth Arrow, Social Choice and Individual Values (1951); *véase también* Amartya Sen, Collective Choice and Social Welfare (1970). Los detalles se encuentran en el apéndice de este capítulo.

El electorado consiste de todos los miembros de los seis grupos. Ahora consideremos los diferentes resultados cuando el electorado vota bajo cinco métodos diferentes descritos anteriormente. Comencemos con la *regla de mayoría simple*. Cada persona vota por su candidato favorito, y el que recibe más votos gana. Así, Olivia recibe 18 votos, Steve recibe 12 votos, Rhonda recibe 10 votos, y así sucesivamente. Dado que Olivia recibe más votos que cualquier otro, ella gana bajo la regla de mayoría simple.

¿Qué pasa con una *segunda vuelta*? En la primera ronda de votación, Olivia obtiene 18 votos, y Steve obtiene 12. Todos los demás reciben menos votos, así que quedan fuera. La segunda ronda de votación enfrenta a Olivia contra Steve. Los votantes del Grupo I votan por Olivia, pero todos los demás votan por Steve. Steve gana en una segunda vuelta con un resultado de 37 a 18.

Consideremos un *sistema secuencial de segunda vuelta* según el cual el candidato con menos votos de "primer lugar" en cada ronda queda eliminado. Quinn solo obtiene 6 votos en la primera ronda, menos que nadie, así que queda fuera. En la segunda ronda, todos votan por los candidatos restantes. Penny obtiene 9 votos en la segunda ronda, menos que nadie, así que también queda fuera. El proceso se repite hasta que quedan dos candidatos, Olivia y Rhonda. Rhonda gana en la última ronda con un resultado de 37 a 18. Rhonda prevalece en el desempate secuencial.

El método de *conteo de Borda* requiere que los votantes asignen puntos a los candidatos de acuerdo con su orden de clasificación. En el Grupo I, cada uno de los 18 votantes da 4 puntos a Olivia, 3 a Penny, 2 a Quinn, 1 a Rhonda, y 0 a Steve. Así, Olivia obtiene 72 puntos del Grupo I, Penny obtiene 54, y así sucesivamente. Sumando todos los puntos a través de todos los grupos se produce una puntuación final para cada candidato. Penny gana con una alta puntuación de 136.

Finalmente, consideremos el *Procedimiento de Condorcet*. Quinn es el único candidato que puede vencer a todos los demás en concursos pareados. Derrota a Olivia con un voto de 37 a 18, a Steve con un voto de 33 a 22, y así sucesivamente. Quinn prevalece bajo el Procedimiento de Condorcet.

Comenzamos con 55 votantes que clasifican a cinco candidatos. Los votantes, los candidatos y las clasificaciones nunca cambian, pero la regla de votación sí. Cinco reglas de votación diferentes producen cinco ganadores diferentes. ¿Es una regla de votación mejor que las

demás? Arrow demostró que todos estos procedimientos de votación (y cualquier otro que se te ocurra) están sujetos a la intransitividad. Es difícil encontrar una razón general para preferir un procedimiento sobre otro. En lugar de ser general, los argumentos coherentes para preferir un procedimiento particular suelen ser históricos, partidistas o pragmáticos (por ejemplo, "este procedimiento es el más fácil de entender").

2. Teoría Normativa del Voto

Ahora nos dirigimos a la evaluación normativa de la acción de votar. Votar es una forma en que un grupo de personas puede tomar decisiones colectivas. ¿Proporciona buenos resultados? Para los economistas, un "buen resultado" es aquel que mejor satisface las preferencias de las personas. En una democracia, los ciudadanos votan sobre bienes públicos como la policía y las escuelas. Bajo ciertas condiciones explicadas anteriormente, la regla de mayoría produce el resultado preferido por el votante mediano. ¿Satisfacer las preferencias del votante mediano satisface mejor las preferencias de todos?

Responder a esta pregunta requiere combinar los diferentes deseos de diferentes personas en un juicio global. En economía, este es el problema de derivar valores sociales de los valores individuales. Diferentes filosofías políticas y morales derivan el valor social de los valores individuales de diferentes maneras. El análisis económico se basa en diferentes tipos de agregación. Como mostraremos, estos conceptos de valor social proporcionan diferentes justificaciones normativas para votar.

2.1. Eficiencia de Pareto

Comenzamos con la concepción más simple del valor social. Bajo la concepción más sencilla, votar lleva al mejor resultado si no existe ninguna alternativa que algunos votantes prefieran y a la que ninguno se oponga. Por lo tanto, ningún cambio puede hacer que alguien esté mejor sin hacer que otra persona esté peor. Este es el estándar de eficiencia de Pareto aplicado al voto[190]. En notación, el resultado x_1 es eficiente en Pareto si no hay una alternativa x_2 tal que al menos un votante prefiera x_2 a x_1, y ningún votante prefiera x_1 a x_2[191].

[190] Esta teoría se remonta a Vilfredo Pareto, Manual of Political Economy (1906).

[191] Aquí hay una explicación complementaria. Una *mejora de Pareto* es un cambio al estado actual que beneficia al menos a un votante y no perjudica a ningún votante. Si no se puede realizar ninguna mejora de Pareto, entonces el estado actual es eficiente en términos de Pareto.

La regla de mayoría normalmente logra la eficiencia de Pareto. Para ver por qué, supongamos que los ciudadanos votan según plataformas políticas, y un partido propone una plataforma que es ineficiente en términos de Pareto. Para cualquier plataforma ineficiente en Pareto, algunos votantes favorecen un cambio y ningún votante se opone al cambio. En consecuencia, una propuesta para realizar un cambio de ese tipo normalmente contará con una mayoría de votos. De hecho, el cambio podría recibir un apoyo unánime. Por lo tanto, una plataforma ineficiente en términos de Pareto generalmente no es un equilibrio de votación[192]. Esto implica que cualquier equilibrio de votación (si existe uno) probablemente sea eficiente en términos de Pareto.

Estas conclusiones se aplican a la Figura 5, que muestra las curvas de utilidad y los puntos ideales de Larry, Mary y Ned. Para encontrar los puntos eficientes en Pareto, comenzamos en el origen del gráfico, que corresponde a una plataforma extremadamente de izquierda, y comenzamos a movernos hacia la derecha a lo largo del eje horizontal. Al principio, los tres votantes prefieren el movimiento hacia la derecha. Sin embargo, una vez que se alcanza el punto x_l^*, que es el punto ideal de Larry, cualquier movimiento adicional hacia la derecha perjudica a Larry. De manera similar, comencemos desde el extremo derecho del eje horizontal y movámonos hacia la izquierda. Al principio, los tres votantes prefieren el movimiento hacia la izquierda. Sin embargo, después de alcanzar el punto x_n^*, cualquier movimiento adicional hacia la izquierda perjudica a Ned. Los puntos eficientes en términos de Pareto son todas las plataformas en el intervalo entre x_l^* y x_n^*. La plataforma mediana necesariamente se encuentra en este intervalo. En consecuencia, el teorema del votante mediano produce resultados eficientes en Pareto.

Reemplazar resultados ineficientes en términos de Pareto por resultados eficientes en esos mismos términos no es controvertido. ¿Quién se opondría a un cambio que hace que alguien esté mejor y que no perjudica a nadie? Sin embargo, elegir entre resultados eficientes en términos de Pareto es controvertido. Cada plataforma entre x_l^* y x_n^* es eficiente en términos de Pareto. ¿Cuál debería prevalecer?

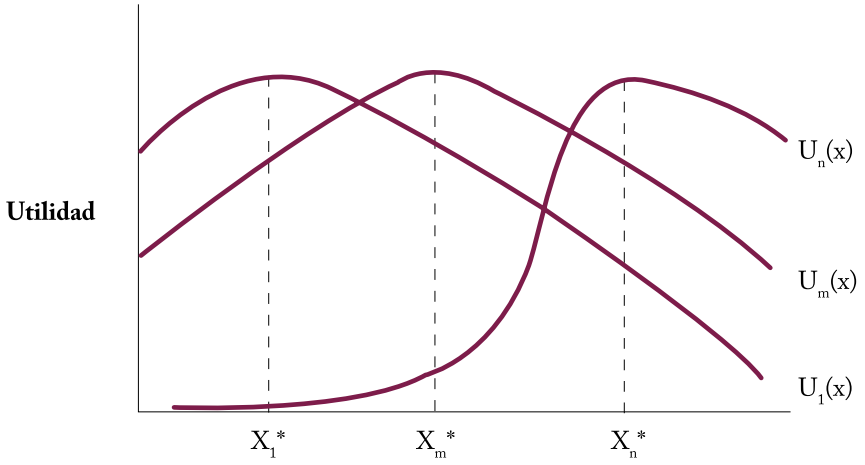
2.2. Bienestar Social

Muchas leyes benefician a algunas personas y perjudican a otras. La eficiencia de Pareto no proporciona una base para elegir entre tales leyes. Para guiar decisiones políticas se requiere un estándar más definido y controvertido que la eficiencia de Pareto. El bienestar social, o la utilidad

[192] En modelos complejos con comportamiento estratégico, pueden existir equilibrios de votación Pareto-ineficientes.

agregada entre los individuos, proporciona dicho estándar. A diferencia de la eficiencia de Pareto, el estándar de bienestar social ordena cambios cuyos beneficios para los ganadores superan las pérdidas para los perdedores. Por ejemplo, un cambio de x_l^* a x_m^* en la Figura 5 perjudica a Larry y beneficia a Mary y a Ned. El cambio no es una mejora según el estándar de eficiencia de Pareto. Sin embargo, si el daño a Larry es menor que la suma de los beneficios para Mary y Ned, entonces el cambio es una mejora según el estándar de bienestar social[193].

Figura 11. Intensidad y la Regla de la Mediana



La regla de la mediana no maximiza necesariamente el bienestar. Para ver por qué, supongamos que un comité de tres personas debe decidir un tema difícil mediante votación mayoritaria. El comité está de acuerdo en que cada persona escribirá su voto en un papel. Cuando se recogen los papeles, el presidente informa: "Tengo dos papeles marcados como 'Sí' y uno marcado como '¡No, por favor, no!'". Aparentemente, dos personas favorecen la propuesta y una se opone de manera rotunda. La regla mayoritaria llevará a adoptar la propuesta, pero esto podría reducir el bienestar, porque el oponente pierde más de lo que ganan los dos partidarios.

El problema subyacente es que la votación no refleja la intensidad con la que los votantes sienten sobre los temas. Para ilustrarlo gráficamente, supongamos que Ned desarrolla un intenso desagrado por las plataformas de izquierda y moderadas. En consecuencia, la curva de utilidad de Ned se

[193] Aquí asumimos que el bienestar social es simplemente la suma de la utilidad de los tres votantes. Conceptualizado de esta manera, el bienestar social es equivalente a la eficiencia medida bajo una métrico de costo-beneficio, donde los costos y beneficios se miden desde la perspectiva de utilidad individual.

desplaza hacia abajo en la vecindad de xl* y xm*, como se muestra en la Figura 11. Las preferencias de Larry y Mary no han cambiado. El estándar de bienestar social responde a los cambios en los sentimientos de los individuos, por lo que requiere que el equilibrio de los votantes se desplace hacia la derecha. Sin embargo, desplazar hacia abajo la curva de utilidad de Ned no cambia la plataforma mediana, que permanece en xm*. Los cambios en la intensidad de los sentimientos de los votantes afectan el bienestar social, pero no el resultado mediano.

El teorema del votante mediano no maximiza normalmente el bienestar social, pero sí lo hace bajo una suposición llamada *simetría fuerte*. Bajo condiciones de simetría fuerte, la intensidad de los sentimientos de derecha compensa exactamente la intensidad de los sentimientos de izquierda. Por cada curva de utilidad de un votante en un lado de la mediana, otro votante tiene una curva idéntica en el otro lado de la mediana. En la Figura 5, un movimiento desde x_l^* hacia x_n^* beneficia a Ned y perjudica a Larry. La simetría fuerte implica que el beneficio para Ned compensa exactamente el daño para Larry.

Dado un fuerte sentido de simetría en las preferencias de los votantes, la regla de la mediana maximiza el bienestar social. Para entender por qué, parte en la mediana xm* y asume que hay un movimiento hacia la derecha. Ned gana, y Larry pierde una cantidad equivalente. Los beneficios del movimiento hacia el votante de derecha compensan exactamente los costos del movimiento hacia el votante de izquierda. Mientras tanto, el movimiento hacia la derecha tiene un costo para el votante mediano, y nada cancela este costo. En consecuencia, permanecer en la mediana es mejor que desplazarse hacia la derecha. La misma lógica aplica a los desplazamientos de la mediana hacia la izquierda.

Sin embargo, la simetría fuerte parece ser rara en la realidad. Aun así, vale la pena entenderla para comprender la idea de simetría aproximada. Dada la simetría aproximada en las preferencias de los votantes, la regla de la mediana maximiza aproximadamente el bienestar. La simetría aproximada podría ser común.

Esta discusión sobre el bienestar mide los costos y beneficios de los votantes. ¿Qué sucede con el resultado cuando algunas personas no votan? Si los votantes son una muestra representativa de todos los ciudadanos, entonces el resultado electoral permanece igual, y ocurre eso mismo con las implicaciones del bienestar social. Por el contrario, si los votantes son una muestra sesgada de todos los ciudadanos, entonces el resultado ideal del votante mediano difiere del resultado ideal del ciudadano mediano. Para ilustrarlo de manera concreta, si los legisladores votan sobre proyectos de ley en una democracia representativa, y si el legislador mediano está a la derecha del ciudadano

mediano, entonces los proyectos que se aprueban estarán a la derecha de los preferidos por el ciudadano mediano.

El análisis anterior omite un problema que es desconcertante para la economía: ¿cómo medir el bienestar social? En realidad, no tenemos gráficos con los cuales medir y comparar la utilidad de los individuos. Los economistas a menudo miden la utilidad que un bien le proporciona a alguien por su disposición a pagar por él. Así, si Larry está dispuesto a pagar $100 para que salga electa su plataforma preferida, entonces el valor de dicha plataforma es $100 para Larry. Esta medida no toma en cuenta la capacidad de pago de Larry. Si Larry es pobre, pagar $100 puede reducir mucho su utilidad. Debe otorgar un alto valor a su plataforma preferida para renunciar a $100. Por el contrario, si Larry es rico, pagar $100 puede reducir solo un poco su utilidad. Así, podría otorgar solo un bajo valor a su plataforma preferida.

Al evaluar proyectos de inversión, el Banco Mundial a veces otorga un peso extra a los beneficios netos de las personas muy pobres[194]. En un capítulo anterior, encontramos la justificación subyacente de esto: el gasto adicional de un dólar por los ricos en entradas de ópera aumenta el bienestar en menor medida que un dólar adicional gastado en pan por los pobres. Los ciudadanos de países democráticos debaten vigorosamente cuánto ingreso debe redistribuir el estado de los ricos a los pobres. Los libertarios se oponen a la mayoría de la redistribución, y los socialistas favorecen mucha redistribución.

¿Maximiza la regla de la mayoría el bienestar de los votantes? Podemos responder a esa pregunta cuando la votación cumple con la regla de la mediana. La regla de la mediana es eficiente en Pareto y maximiza el bienestar si las preferencias de los votantes son simétricas.

Preguntas

2.2.1. Compara las actitudes de los ciudadanos hacia los gastos militares y el aborto. ¿En qué caso es más probable que las preferencias sean más simétricas?
2.2.2. Una minoría de votantes estadounidenses de derecha quiere ilegalizar el aborto, y una minoría de izquierda quiere ilegalizar la pena de muerte. Supón que cada minoría tiene sentimientos muy intensos. ¿Sería mejor que la minoría intensa se salieran con la suya en cada tema o que la mayoría hiciera valer su posición en ambos temas?

[194] *Véase, por ejemplo*, Paul J. Gertler et al., *Impact Evaluation in Practice,* The World Bank (2011).

2.2.3. Vuelve al ejemplo de las personas en una playa calurosa. Si dos vendedores de helados compiten entre sí, ambos se ubicarán en el medio de la playa. ¿Es esta ubicación ineficiente según el estándar del bienestar social? (Pista: ¿qué tan lejos deben caminar los bañistas para obtener helados?)

2.2.4. Hay tres votantes (*A, B, C*) y tres alternativas (x_1, x_2, x_3). Los votantes clasifican las alternativas según su utilidad. Para ilustrar, el votante A obtiene una utilidad de 3 utilidades de x_1, de 2 de x_2 y de 1 de x_3. Aquí están los pagos de cada alternativa para los tres votantes:

A: $3 = u_a(x_1), 2 = u_a(x_2), 1 = u_a(x_3)$
B: $3 = u_b(x_2), 2 = u_b(x_1), 1 = u_b(x_3)$
C: $3 = u_c(x_3), 2 = u_c(x_1), 1 = u_c(x_2)$

(a) ¿Cuál es la alternativa que representa el equilibrio de votantes en la votación por pares?
(b) ¿Cuáles alternativas son Pareto eficientes?
(c) ¿Cuál alternativa maximiza la suma de utilidades?

2.3. Sin Equilibrio

Hemos examinado las implicaciones normativas de la regla de mayoría cuando produce un equilibrio único y estable. Recuerda que puede surgir una situación en la que no exista equilibrio, como en el juego de "piedra, papel o tijeras". ¿Es buena o mala la intransitividad en la votación? La intransitividad es irracional tanto para los individuos como para la sociedad, como explicaremos[195].

Supongamos que un estudiante lleva su lámpara de escritorio—llámala lámpara *A*—al mercado de las pulgas para cambiarla por otra. El estudiante ve la lámpara *B*, que prefiere a la lámpara *A*, y ofrece intercambiar la lámpara *A* y $5 por la lámpara *B*. El vendedor acepta la oferta. El estudiante lleva la lámpara *B* cuando ve la lámpara *C*, que prefiere a la lámpara *B*, así que ofrece intercambiar la lámpara *B* y $5 por la lámpara *C*. El vendedor acepta. Ahora el estudiante se da vuelta para salir del mercado de pulgas y ve la lámpara *A* ofrecida para reventa. Dado que tiene preferencias intransitivas, le gusta más la lámpara *A* que la lámpara *C*, así que ofrece intercambiar la lámpara *C* y $5 por la lámpara *A*. El vendedor acepta y el estudiante regresa a casa con la lámpara *A*. Se va con la misma lámpara que trajo al mercado de pulgas, solo que ha desperdiciado tiempo y $15.

[195] Este es el argumento del "money pump". Para formulaciones anteriores, véase Donald Davidson, J.C.C. McKinsey y Patrick Suppes, *Outlines of a Formal Theory of Value,* I, 22 Phil. Sci. 140 (1955); Frank P. Ramsey, *Truth and Probability, en The Foundations of Mathematics and other Logical Essays* (R.B. Braithwaite ed., 1950).

La intransitividad es irracional no solo al hacer compras. Una larga tradición filosófica sostiene que una persona racional puede clasificar los estados del mundo tomando como polos lo malo y lo bueno[196]. Sin tal clasificación, una persona no tiene una visión de un mundo mejor. Las preferencias intransitivas no producen una clasificación de lo malo a lo bueno porque giran en círculo. El estudiante intransitivo no tenía una visión de una lámpara mejor. La objeción hacia las preferencias intransitivas consiste de que no revelan ninguna visión de un mundo mejor por parte del actor.

Esta caracterización de los individuos también aplica a grupos como el poder legislativo. En un escenario de votación intransitiva, la legislatura puede preferir la ley *A* sobre la *B*, la *B* sobre la *C* y la *C* sobre la *A*. Así, la legislatura no puede ordenar las leyes bajo una escala que tenga como polos opuestos lo bueno y lo malo. Dada una votación intransitiva, el estado carece de objetivos coherentes. En lugar de rechazar estados peores del mundo en favor de mejores, la votación intransitiva gira en círculo. La política circular no revela la existencia de un objetivo que consiste de un mundo mejor que se puede alcanzar mediante la elección colectiva.

Los filósofos políticos a menudo justifican las leyes promulgadas en una democracia con el argumento de que representan la "voluntad de la mayoría" o la "intención de los representantes del pueblo". Sin embargo, dado el fenómeno de la votación intransitiva, estas frases no tienen sentido. Los votantes no tienen una "voluntad" colectiva porque se contradicen. La justificación de la democracia—o de cualquier otra cosa—no puede descansar en contradicciones. Por lo tanto, la votación intransitiva plantea un problema a la hora de justificar la democracia[197].

3. Teoría Interpretativa del Voto

Los académicos suelen discutir las posibles justificaciones de la democracia. Sin embargo, la mayoría de los abogados no dedican su tiempo a tales abstracciones. Trabajan interpretando las leyes que producen las democracias. Por ejemplo, cuando el Congreso aprobó la *Civil Rights Act* de 1964, los abogados preguntaron si la ley permitía programas de acción afirmativa para la capacitación en el trabajo[198], no si el Congreso tenía preferencias intransitivas. ¿Ayuda la teoría del voto a la interpretación? Las secciones

[196] Este requisito de la ética racional, que está implícito en la tradición utilitaria, fue formulado de manera coherente y contundente por Henry Sidgwick, The Method of Ethics (1966).

[197] William H. Riker, Liberalism Against Populism: A Confrontational Choice Between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice (1982).

[198] United Steelworkers of Am. v. Weber, 443 U.S. 193 (1979).

siguientes argumentan que la respuesta es sí. Comenzamos contrastando dos formas de elección colectiva: la democracia de mediana y la democracia de negociación. Luego utilizamos estas categorías para abordar la intención, un elemento clave en la interpretación.

3.1. Democracia de Mediana y Democracia de Negociación

La teoría del voto expone una línea divisoria en el funcionamiento del Estado: la democracia de mediana versus la democracia de negociación[199]. La *democracia de mediana* se refiere a un sistema que empodera al centro político para tomar decisiones colectivas. Para implementar la democracia de mediana, se deben separar los diferentes temas políticos y votar sobre ellos de manera independiente. La mediana gana en la votación[200]. La democracia de mediana se promueve mediante iniciativas de votación, la elección directa de un ejecutivo como el presidente de EE. UU., distritos especiales para bienes públicos individuales y una regla de tema único (ver el siguiente capítulo).

En contraste, la *democracia de negociación* se refiere a un sistema para tomar decisiones colectivas mediante un acuerdo negociado. Para implementar la democracia de negociación, se agrupan diferentes temas y se vota sobre ellos simultáneamente. En comparación con la separación de temas, decidir múltiples temas al mismo tiempo facilita la negociación. La votación implementa el acuerdo. Los proyectos de ley *ómnibus* agrupan diferentes temas en la misma legislación, como cuando el Congreso de EE. UU. aprobó un proyecto de ley que abordaba la inmigración, enfermedades tropicales, gasto militar y aborto. Además de los proyectos de ley ómnibus, las formas gubernamentales que fomentan la negociación incluyen la democracia representativa, el bicameralismo, la necesidad de conseguir el consentimiento del poder ejecutivo y los comités legislativos.

Tabla 5. Preferencias sobre Escuelas y Policía

	Gastos Escuelas		**Gastos Policía**	
	bajo	**alto**	**bajo**	**alto**
liberales	0	11	1	0
conservadores	1	0	0	11
moderados	2	0	3	0
total	3	11	4	11

[199] La distinción entre la democracia de mediana y la democracia de negociación fue desarrollada por Robert D. Cooter, The Strategic Constitution (2000).

[200] Recuerda que el teorema del votante mediano asume preferencias de pico único. Cuando uno o más votantes tienen preferencias de pico múltiple, puede resultar en intransitividad, en cuyo caso el fijador de la agenda decide la votación.

¿Cuáles son las consecuencias de la democracia de negociación y la democracia de mediana? Usamos un ejemplo numérico para explicar la diferencia[201]. Los gastos en escuelas y policía son los dos principales temas políticos en una ciudad. Los gastos pueden ser altos o bajos para las escuelas y la policía. La ciudad tiene igual número de votantes liberales, conservadores y moderados. La Tabla 5 indica las preferencias que tienen respecto del gasto en escuelas y policía. Los liberales prefieren intensamente altos gastos en escuelas y prefieren levemente gastos bajos en policía. Lo contrario es cierto para los conservadores, que prefieren intensamente altos gastos en policía y prefieren levemente bajos gastos en escuelas. Los moderados prefieren levemente gastos bajos en ambas variables. La fila etiquetada "total" indica la suma de los beneficios netos para los tres grupos. Hay cuatro posibles resultados para los gastos:

(escuelas, policía) = (alto, alto), (alto, bajo), (bajo, alto) o (bajo, bajo).

Para cada resultado, se muestran los beneficios netos para los votantes en la Tabla 4.3. Por ejemplo, (alto, alto) indica altos gastos en escuelas y altos gastos en policía, lo que resulta en un beneficio de 11 para los liberales, 11 para los conservadores y 0 para los moderados.

Ahora contrastamos las consecuencias de la democracia de negociación y la democracia de mediana. El consejo municipal proporciona un foro para la negociación y cooperación. Para implementar la democracia de negociación, el consejo municipal debería decidir ambos temas. Si la negociación tiene éxito, los miembros del consejo que se preocupan intensamente por la policía pueden intercambiar votos con los miembros del consejo que se preocupan intensamente por las escuelas, de modo que cada grupo obtenga lo que más quiere. Una plataforma que pida altos gastos en escuelas y policía permite que los liberales y conservadores obtengan lo que desean en los temas que priorizan, maximizando el beneficio total en 22. El resultado es (alto, alto), con los liberales obteniendo 11, los conservadores obteniendo 11 y los moderados obteniendo 0.

Tabla 6. Combinaciones de Gastos en Escuelas y Policía

	Gastos en Escuelas y Policía, Respectivamente			
	alto/alto	**bajo/ bajo**	**alto/alto**	**bajo/ bajo**
liberales	11	1	12	0
conservadores	11	1	0	12
moderados	0	5	3	2
total	22	7	15	14

[201] El ejemplo se basa en Robert D. Cooter, The Strategic Constitution 120–23 (2000).

Sin embargo, la negociación política a menudo falla. Si los votantes no negocian y simplemente votan, la regla de mayoría produce un ciclo intransitivo. Específicamente, esto se ve de la siguiente manera:

(alto, alto) > (bajo, bajo) > (alto, bajo) > (bajo, alto) > (alto, alto)[202].

Para evitar un ciclo sin sentido, el consejo puede empoderar a alguien para que establezca una agenda. El orden de la votación determinará el resultado. Así, vemos la ventaja de la democracia de negociación (si la negociación tiene éxito, los votantes obtienen lo que más les importa) y la desventaja (si la negociación falla, el que establece la agenda elige un resultado entre alternativas intransitivas).

En lugar de decidir ambos temas a la vez, se podría tomar otro curso. Por ejemplo, el consejo municipal podría decidir sobre los gastos en policía, y un consejo escolar electo por separado podría decidir sobre los gastos escolares. Sin un foro para negociar sobre los dos temas, el consejo municipal y el consejo escolar tendrán dificultades para llegar a un acuerdo. En lugar de negociar, tendrán votaciones separadas sobre temas separados. La votación en que se vota por separado respecto de ciertos temas implementa la democracia de mediana. Con preferencias unimodales y votación por pares, el votante mediano prevalece en cada dimensión en que se debe tomar una decisión. En la democracia de mediana, dos de los tres grupos (conservadores y moderados) votan por bajos gastos en escuelas. Además, dos de los tres grupos (liberales y moderados) votan por gastos bajos en policía. Así, la democracia de mediana resulta en bajos gastos en escuelas y policía. Los moderados representan al votante mediano en nuestro ejemplo, y obtienen lo que desean en ambos temas. Sin embargo, se pierden las posibles ganancias que derivan de la negociación. Los liberales y conservadores se beneficiarían de un acuerdo, pero la separación de temas impide un trato.

En resumen, la democracia de negociación permite que cada facción política obtenga lo que más le importa en el tema que más le preocupa. Sin embargo, a menudo las facciones políticas no pueden llegar a un acuerdo. Sin un acuerdo subyacente, votar en múltiples dimensiones de decisión suele ser intransitivo. Para evitar votar en círculos, quien establece la agenda puede imponer el orden de la votación, lo que determina el resultado. En lugar de que el que establece la agenda seleccione el resultado, las instituciones pueden restringir cada voto a una única dimensión de elección. El votante mediano selecciona el resultado. La democracia de negociación es como una acción bursátil riesgosa con un alto potencial de ganancia y un bajo riesgo, mientras que la democracia de mediana es como una acción segura con un rendimiento modesto y predecible.

[202] Dos de tres grupos (liberales y conservadores) prefieren (alto, alto) en lugar de (bajo, bajo). Dos de tres grupos (conservadores y moderados) prefieren (bajo, bajo) en lugar de (alto, bajo). Dos de tres grupos (liberales y moderados) prefieren (alto, bajo) en lugar de (bajo, alto). Y, finalmente, dos de tres grupos (conservadores y moderados) prefieren (bajo, alto) en lugar de (alto, alto).

Preguntas

3.1.1. En el ejemplo anterior, suponga que el consejo municipal decide ambos temas. Las facciones no pueden llegar a un acuerdo, y el que establece la agenda decide el resultado. En este caso, ¿es la decisión del que establece la agenda peor que el resultado bajo la democracia mediana? En general, ¿es la decisión de quien establece la agenda peor que el resultado bajo la democracia de mediana?
3.1.2. Si los costos de transacción de la negociación entre unidades de gobierno, como un consejo municipal y un consejo escolar, son bajos, ¿promueve la separación de los temas la democracia de mediana?
3.1.3. La constitución de Maryland requiere que los legisladores estatales obtengan la aprobación de la mayoría de los votantes antes de incurrir en algunas deudas para el estado[203]. Explique la relación entre los requisitos de aprobación de los votantes como este y la democracia de negociación.
3.1.4. La Constitución original de los Estados Unidos otorgaba a las legislaturas estatales el poder de seleccionar a los senadores de los Estados Unidos. La Decimoséptima Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos reemplazó este sistema al hacer que la elección de los senadores de los Estados Unidos fuera realizada directamente por la población[204]. Explique la relación entre la Decimoséptima Enmienda y la democracia mediana.

El Ejecutivo No Agrupado

Los autores de la Constitución de EE. UU. se enfrentaron a una decisión importante: ¿deberían crear un consejo de entidades con poderes ejecutivos o un ejecutivo unitario? Muchos estados tienen ejecutivos "no agrupados". Además de votar por el gobernador, los ciudadanos votan por cargos como el teniente gobernador, el secretario de estado, el fiscal general, el comisionado de seguros y el inspector de minas. Estos son cargos estatales que ejercen una parte del poder ejecutivo de un estado. En contraste, la Constitución de EE. UU. estableció un solo Presidente que ejerce el poder ejecutivo del gobierno federal. El Presidente ejerce algo de poder directamente, como con las órdenes ejecutivas. El Presidente ejerce muchas otras funciones indirectamente, como con el nombramiento de oficiales de gabinete, como el Secretario de Defensa y el Administrador de la Agencia de Protección Ambiental.

[203] Md. Const. art. III, § 34.

[204] U.S. Const. enmienda. XVII.

¿Qué es mejor, un ejecutivo unitario como en el gobierno federal o un ejecutivo no agrupado, como ocurre en muchos estados? Alexander Hamilton argumentó que "es mucho más seguro que haya un solo objeto del celo y vigilancia del pueblo… toda multiplicación del Ejecutivo es más peligrosa que benigna para la libertad". Esta es una afirmación relativa a la rendición de cuentas de parte de las autoridades. Los ciudadanos pueden monitorear un ejecutivo unitario mejor que un ejecutivo plural. Cuando surge un problema, todos saben quién es su responsable. Cuando el poder ejecutivo falla, los votantes saben a quién culpar. Como sentía Harry Truman sobre la presidencia, "la responsabilidad recae aquí" . Además, un ejecutivo unitario puede coordinar mejor las actividades del gobierno federal.

La democracia de mediana y la democracia de negociación pueden aclarar la elección. Un ejecutivo unitario es análogo a la democracia de negociación. Un funcionario toma decisiones en una serie de cuestiones, permitiendo compensaciones entre ellas. Él o ella puede tomar una decisión políticamente popular sobre un tema para guardar fuerzas para tomar una decisión impopular sobre otro tema. El beneficio de este arreglo es que se obtienen las ganancias propias de las negociaciones. Las partes del electorado con preferencias más intensas pueden obtener su resultado preferido en cada cuestión. La desventaja de este arreglo es la opacidad. Aunque solo hay un ejecutivo que monitorear, a menudo los votantes no pueden decir si las decisiones de ese ejecutivo reflejan compromisos de interés público o prebendas a intereses especiales.

Un ejecutivo fragmentado es análogo a la democracia de mediana. Un funcionario como el inspector de minas de Arizona tiene solo una responsabilidad. El inspector no puede hacer compensaciones entre distintas preocupaciones políticas a menos que negocie con otros funcionarios, lo cual puede ser difícil. Cuando se fragmenta el poder ejecutivo de esta manera se renuncia a las ganancias del intercambio, pero se empuja cuestiones de interés público hacia el centro político. Para ser reelegido, el inspector necesita satisfacer las preferencias del votante mediano sobre la seguridad en las minas. A modo de ilustración, los estados con reguladores de servicios públicos elegidos (ejecutivos fragmentados) tienen precios de electricidad más bajos que los estados con reguladores de servicios públicos designados (ejecutivos unitarios). El votante mediano es un consumidor de electricidad, no un productor, y los reguladores elegidos responden al votante mediano.

Para repetir una analogía, un ejecutivo unitario es como una acción bursátil arriesgada con un alto potencial y un bajo riesgo, mientras que un ejecutivo no agrupado es como una acción segura con un rendimiento modesto y predecible. El primero puede hacer compensaciones entre cuestiones—o dar prebendas a grupos de interés. El segundo puede hacer menos de ambas cosas. Un ejecutivo no agrupado responde más al votante mediano en cada cuestión.

3.2. Intencionalismo e Intransitividad

Como se explicó en un capítulo anterior, los jueces que interpretan estatutos a menudo buscan la intención legislativa. Cuando una iglesia contrató a un inglés para trabajar como pastor en los Estados Unidos, eso parecía transgredir un estatuto federal sobre trabajadores extranjeros. Para determinar si la iglesia realmente violó el estatuto, la Corte Suprema miró más allá de las palabras del estatuto e indagó sobre la intención legislativa. ¿El Congreso pretendía que su ley se aplicara a iglesias y pastores? La Corte concluyó que la respuesta era no. El Congreso solo pretendía que la prohibición sobre trabajadores extranjeros se aplicara a trabajadores de baja habilidad y baja remuneración, y los pastores no encajan en esa categoría[205].

Casos como el de *Church of the Holy Trinity v. United States* son controvertidos. Los críticos argumentan que la intención legislativa es difícil de descubrir o incluso inexistente. El análisis económico profundiza esta crítica. Explicamos por qué usando una versión modificada del caso. Supongamos que el Congreso promulgó el estatuto sobre trabajadores extranjeros, y luego la iglesia contrató al pastor bajo las especificaciones anteriormente descritas. Para decidir si la iglesia rompió la ley, la Corte busca la intención legislativa. La historia legislativa, que proporciona pistas sobre la intención, no es uniforme. En cambio, la historia se presta para defender tres interpretaciones en pugna. Bajo la interpretación *A*, la iglesia transgredió la ley. Bajo la interpretación *B*, la iglesia no transgredió la ley. Bajo la interpretación *C*, si la iglesia transgredió la ley depende de si el pastor proviene del "estrato social más bajo" (la Corte usó este lenguaje en el caso real)[206].

¿Qué debería hacer la Corte ante una historia legislativa contradictoria? Los jueces podrían razonar de la siguiente manera: la interpretación que la legisla*tura* pretendía que prevaleciera es aquella que una mayoría de legisla*dores* apoyó. ¿Qué apoyaron los legisladores? Supongamos que un tercio del Congreso (grupo I) prefirió la interpretación *A* a la *B* y la *B* a la *C*. Un tercio del Congreso (grupo II) prefirió la interpretación *C* a la *A* y la *A* a la B. Finalmente, un tercio del Congreso (grupo III) prefirió la interpretación *B* a la *C* y la *C* a la *A*. Aquí están los rankings de los legisladores sobre las interpretaciones:

I: $A > B > C$.
II: $C > A > B$.
III: $B > C > A$.

[205] Church of the Holy Trinity v. United States, 143 U.S. 457 (1892).

[206] *Id*. en 465.

Una mayoría de legisladores piensa que A es mejor que B, B es mejor que C y C es mejor que A. No hay ninguna interpretación que una mayoría de legisladores considere mejor que las alternativas. Al igual que los votantes en nuestro ejemplo de financiamiento escolar, los legisladores aquí tienen preferencias intransitivas. Por lo tanto, la "interpretación pretendida por la legislatura" no puede significar "la interpretación pretendida por la mayoría". La mayoría no tiene una intención coherente.

¿Podría la Corte usar un principio diferente al de la mayoría para traducir las intenciones individuales de los legisladores en una intención grupal? No. El Congreso es un "ellos", no un "eso"[207]. Las legislaturas son colecciones de individuos, no monolitos. Cualquier esfuerzo por tomar las interpretaciones de esos individuos y agregarlas en una interpretación colectiva se encontrará con el obstáculo del Teorema de Imposibilidad de Arrow. Ninguna regla de votación impide que haya intransitividad. Usando estas ideas, Kenneth Shepsle concluyó que "[l]a intención legislativa es una expresión internamente inconsistente y contradictoria" y "proporciona una base muy insegura para la interpretación estatutaria"[208].

El problema fundamental de los estatutos es que estos suelen involucrar acuerdos respecto de diversas cuestiones, o se tomaron decisiones en múltiples dimensiones de elección. Dada la existencia de múltiples dimensiones de decisión, agregar las intenciones de los individuos llevará a la intransitividad. Para romper un ciclo intransitivo se requiere de negociaciones o de la fijación de una agenda. La teoría de interpretación basada en la negociación que fue introducida en un capítulo anterior invita a los tribunales a mirar hacia la negociación y la fijación de agenda. ¿Qué acordaron las partes? ¿En qué insistieron los fijadores de agenda a cambio de permitir un voto? Para entender los términos del acuerdo, los tribunales deben hacerse estas preguntas.

Preguntas

3.2.1. Este capítulo comenzó contrastando dos estatutos, uno estrecho sobre teléfonos celulares y otro amplio sobre inmigración, enfermedades, el ejército, el aborto, las armas y otros asuntos. ¿Respecto de cuál estatuto es más probable que la intención legislativa sea intransitiva?

[207] Kenneth A. Shepsle, *Congress Is a "They" Not an "It": Legislative Intent as Oxymoron*, 12 Int'l Rev. L. Econ. 239 (1992).

[208] *Id.* en 239.

3.2.2. El originalismo es una teoría de interpretación constitucional. Sostiene que el significado de la Constitución se fijó en el momento de su promulgación. Pero, ¿qué significa exactamente la Constitución? Según el originalismo de las "intenciones originales", la Constitución significa lo que los Padres Fundadores pretendían que significara cuando la redactaron. Según el originalismo de "significado público original", la Constitución significa lo que el público pensaba que significaba cuando fue adoptada. ¿Está el originalismo de intenciones originales sujeto al problema de la intransitividad? ¿Evita el originalismo de significado público original el problema de la intransitividad?[209]

3.3. La Teoría Mediana de la Interpretación

La teoría de interpretación de la negociación se aplica de forma natural a las legislaturas, donde ocurre mucho intercambio político. Sin embargo, las legislaturas son solo un foro para crear leyes. A menudo, los ciudadanos pueden hacer leyes ellos mismos a través de la democracia directa, como cuando los votantes en Missouri votaron para aumentar el salario mínimo. Al igual que las leyes ordinarias, los productos de la democracia directa requieren interpretación.

Para ilustrar, considera la Cuestión 3, que los votantes en Ohio aprobaron el 2011. El propósito de la Cuestión 3 era anular una ley federal que obligaba a los estadounidenses a contratar un seguro de salud (el "mandato individual" en la *Affordable Care Act*)[210]. La Cuestión 3 no logró ese propósito debido a la Cláusula de Supremacía de la Constitución de EE. UU., según la cual las leyes federales prevalecen sobre las estatales[211]. Aunque la Cuestión 3 no pudo lograr su objetivo principal, igualmente afectó a Ohio. Por ejemplo, la iniciativa prohibió leyes que impidieran "la compra o venta de atención médica". ¿Invalidó la iniciativa las restricciones de Ohio sobre el aborto? Una lectura plausible es que esas restricciones impiden "la compra o venta de atención médica". Esto es una cuestión interpretativa para los tribunales.

[209] *Véase* Gary Lawson, *Delegation and Original Meaning*, 88 Va. L. Rev. 327, 398 (2002) ("El análisis originalista, al menos tal como lo practican la mayoría de los originalistas contemporáneos, no es una búsqueda de entendimientos históricos concretos sostenidos por personas específicas. Más bien, es una indagación hipotética que pregunta cómo una audiencia pública completamente informada, que conoce todo lo que hay que saber sobre la Constitución y el mundo que la rodea, entendería una disposición particular".).

[210] *Véase* Andy Kroll, *The Ohio Tea Party's Big "Obamacare" Fail,* Mother Jones, 3 de noviembre de 2011 ("Un panfleto creado tempranamente por el Ohio Project, el grupo de base [*grassroots group*] creado para promover la enmienda, se centra completamente en desactivar 'la nueva medida federal de atención médica aprobada por el Congreso.'").

[211] Aquí está el texto de la Cláusula de Supremacía: "Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se hagan en virtud de la misma; y todos los tratados que se hagan, o que se hagan bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país; y los jueces en cada estado estarán obligados por ella, no obstante cualquier cosa en la Constitución o leyes de cualquier estado que sea contraria a ella". U.S. Const. art. VI.

Los jueces que interpretan estatutos ordinarios a menudo buscan la intención legislativa. Bajo una democracia directa, los jueces buscan la "intención popular"[212]. En otras palabras, buscan la intención de los votantes que promulgaron la iniciativa. Algunos jueces creen que la intención del votante es más difícil de determinar que la intención legislativa. En un caso ante la Corte Suprema que involucraba una iniciativa de Arkansas, el juez Thomas escribió: "las indagaciones sobre la intención legislativa son incluso más difíciles cuando el cuerpo legislativo cuya intención unificada debe ser determinada consiste en los 825,162 votantes de Arkansas"[213].

¿Tiene razón el juez Thomas? Supongamos por ahora que la democracia directa no tiene una dimensión de negociación. En lugar de emitir un solo voto sobre una ley que aborda muchos temas, los ciudadanos emiten votos separados sobre temas separados. Ahora recuerda el teorema del votante mediano. Cuando los votantes toman decisiones sobre un tema a la vez, la ley tiende a moverse hacia el centro político. Entre dos alternativas, una mayoría prefiere la que está más cerca de la mediana. Cuando la ley alcanza la mediana, se mantiene ahí. Agregar preferencias sobre un tema conduce a un equilibrio único en el punto ideal del votante mediano.

Estas ideas conducen a una conclusión sorprendente. A diferencia de la intención legislativa, la intención del votante es un concepto coherente. Agregar las intenciones que tienen los votantes individuales sobre una iniciativa no conduce al caos. Lleva a la mediana. Entre dos interpretaciones plausibles de una iniciativa, ¿cuál adoptaron los votantes? Una buena regla general es que los votantes pretendían la interpretación más cercana al centro político en el momento del voto. Esta es la *teoría mediana de la interpretación*[214].

Aplica esta teoría a Ohio. La pregunta es si la Cuestión 3 invalidó la legislación estatal sobre el aborto. Muchos jueces responderían esta pregunta basándose en la intención de los votantes. ¿Pretendían los votantes invalidar la ley sobre el aborto cuando aprobaron la Cuestión 3? Según la teoría mediana de la interpretación, la pregunta es: "¿Pretendía el votante mediano invalidar la ley sobre el aborto al aprobar la Cuestión 3?"

El juez Thomas entiende mal el asunto. Las indagaciones sobre la intención del votante no son más difíciles de realizar que las indagaciones sobre la intención legislativa. Son más fáciles, incluso cuando

[212] *Véase* Jane S. Schacter, *The Pursuit of "Popular Intent": Interpretive Dilemmas in Direct Democracy,* 105 Yale L.J. 107 (1995).

[213] U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton, 514 U.S. 779, 921 (1995) (Thomas, J., disidente).

[214] *Véase* Michael D. Gilbert, *Interpreting Initiatives,* 97 Minn. L. Rev. 1621 (2013).

los votantes son cientos de miles. Esto asume que la democracia mediana prevalece. Los votantes emiten votos separados sobre temas separados. Gobiernos especializados obligan a los votantes a emitir votos separados sobre temas separados, como cuando la junta dedicada a asuntos escolares establece políticas sobre escuelas y la junta dedicada a la administración del agua establece políticas sobre ésta última. En la democracia directa, una ley llamada "regla de un solo tema" obliga a los votantes a emitir votos separados sobre temas separados. Abordamos esa ley en el próximo capítulo.

Preguntas

3.3.1. En 2016, los ciudadanos británicos votaron sobre la pregunta: "¿Debería el Reino Unido permanecer o abandonar la Unión Europea?" Una mayoría votó a favor de su salida. Abandonar la Unión Europea es complicado, ya que implica decisiones sobre comercio, viajes, energía y otros temas. ¿Ayuda la teoría mediana de la interpretación a determinar lo que los votantes querían en cada tema?

3.3.2. Según la teoría interpretativa de la negociación, los tribunales no deberían considerar las opiniones de los legisladores que votaron en contra de un proyecto de ley. Estaban fuera del acuerdo. Según la teoría mediana de la interpretación, los tribunales sí deberían considerar las opiniones de quienes votaron en contra de una iniciativa. ¿Por qué?[215]

3.3.3. Llamamos a la teoría mediana de la interpretación una regla general (*rule of thumb*). La teoría a menudo, pero no siempre, está en lo correcto. Para ilustrar, considera un ejemplo. Una dimensión de *policy* se extiende de cero a uno. El votante mediano prefiere una *policy* en 0.5. La ley anterior establecía una *policy* en 0.2. Una iniciativa reemplazó esa ley anterior, pero dónde quedó fijada la nueva *policy* no está claro porque la iniciativa es ambigua. Un tribunal necesita interpretarla.

(a) La iniciativa está sujeta a dos interpretaciones. La primera interpretación establecería la *policy* en 0.1, y la segunda la establecería en 0.3. ¿Qué interpretación apoya la teoría mediana? Explica por qué esta debe ser la interpretación adecuada.

(b) La iniciativa está sujeta a dos interpretaciones. La primera interpretación establecería la *policy* en 0.3. El texto de la iniciativa, declaraciones de sus patrocinadores y comerciales transmitidos antes de la elección sugieren fuertemente que esta es la interpretación adecuada.

[215] *Véase id.* en 1646–49.

La segunda interpretación establecería la *policy* en 0.5. Hay poca evidencia para apoyar esta interpretación, pero el tribunal no puede descartarla. ¿Qué interpretación apoya la teoría mediana? Explica por qué esto no necesariamente es la interpretación adecuada.

La Regla de la votación más alta

A veces, los votantes emiten votos diferentes sobre el *mismo* asunto. En una elección, los votantes de Arizona consideraron dos iniciativas sobre el consumo de tabaco, y los de Nevada consideraron tres iniciativas sobre la negligencia médica. Algunas iniciativas no solo abordan el mismo tema, sino que también están en conflicto. Para tomar un ejemplo, considera dos iniciativas de California sobre los impuestos al alcohol. Una impondría un impuesto de "un centavo por bebida," y la otra impondría un impuesto de "cinco centavos por bebida" . Estas iniciativas conflictivas aparecieron en la misma papeleta.

En ocasiones, los votantes aprueban iniciativas conflictivas en una misma elección. Esto no es necesariamente irracional; los votantes podrían preferir ambas alternativas al statu quo. Sin embargo, crea un problema interpretativo para los tribunales: ¿qué iniciativa tiene prioridad? El impuesto no puede ser tanto de "un centavo por bebida" *como* de "cinco centavos por bebida". ¿Debería el tribunal hacer cumplir una iniciativa y desestimar la otra, incluso si una mayoría de votantes apoyó ambas? ¿Debería el tribunal "armonizar" las iniciativas estableciendo el impuesto sobre el alcohol en, digamos, "tres centavos por bebida?"

Los tribunales suelen resolver este impasse aplicando la *regla de la votación más alta*. Según esta regla, la iniciativa que recibió más votos toma prioridad. Así, si la iniciativa de "un centavo por bebida" se aprobó con 100,000 votos a favor y 50,000 en contra, y si la iniciativa de "cinco centavos por bebida" se aprobó con 80,000 votos a favor y 50,000 en contra, el impuesto sobre el alcohol sería de "un centavo por bebida". Según los tribunales, la iniciativa que recibió más votos ofrece la "expresión más clara" de la voluntad del pueblo.

¿Es esto correcto? Supongamos que Kim, Larry, Mary, Ned y Olivia votan sobre los impuestos al alcohol. El impuesto actual es de cero centavos, que coincide con el ideal de Kim. La primera iniciativa aumentaría el impuesto a un centavo, lo que coincide con el ideal de Larry. La segunda iniciativa aumentaría el impuesto a cinco centavos, lo que coincide con el ideal de Mary. Ned y Olivia preferirían impuestos aún más altos. La iniciativa de "un centavo por bebida" recibirá cuatro votos (Larry, Mary, Ned y Olivia prefieren un centavo

a cero). La iniciativa de “cinco centavos por bebida” recibirá tres votos (Mary, Ned y Olivia prefieren cinco centavos a cero). Ambas iniciativas reciben una mayoría de votos, pero la iniciativa de “un centavo por bebida” prevalece bajo la regla del voto más alto. Sin embargo, esta no es la “expresión más clara” de la voluntad de los votantes. Dada una elección entre las dos iniciativas, una mayoría de votantes preferiría un impuesto de “cinco centavos por bebida". Esto sigue del teorema del votante mediano.

Considera dos alternativas a la regla de la votación más alta. En Maine, los votantes pueden votar “no” en ambas iniciativas, o pueden votar “sí” en una y “no” en la otra, pero no pueden votar “sí” en ambas. Esto evita que iniciativas conflictivas sean aprobadas simultáneamente. En Suiza, los votantes emiten tres votos: uno entre la ley del statu quo y la primera iniciativa; uno entre la ley del statu quo y la segunda iniciativa; y uno entre las iniciativas en conflicto. Si ambas iniciativas pasan, la iniciativa que gane el tercer voto decide la cuestión. ¿Mejora el enfoque de Maine o Suiza sobre la regla del voto más alto?

Conclusión

Este capítulo analizó la votación como un método para satisfacer las preferencias de los ciudadanos. Con preferencias unimodales y un solo tema, una decisión mayoritaria sobre alternativas pareadas alcanza un equilibrio que es el más preferido por el votante mediano. Sin embargo, en vez de llegar a un equilibrio, este procedimiento de votación llevará a que esta gire en círculos si se trata de elecciones multidimensionales. Cuando las votaciones giran en círculos, los resultados se vuelven irracionales o arbitrarios, y la "voluntad de la mayoría" carece de un significado claro.

"¿Por qué el perro no ladró en la noche? El perro debe haber sabido quién era el criminal"[216]. A veces, Sherlock Holmes resuelve un misterio preguntándose por qué algo que debería haber ocurrido no sucedió. Los académicos han demostrado por qué deberían ocurrir estos ciclos intransitivos en que la votación gira en círculos, pero, como un buen detective, deberías preguntar por qué estos ciclos no ocurren en los sistemas políticos realmente existentes. Describimos dos métodos que se usan para evitar este ciclo. La negociación responde a la intensidad de las preferencias de los votantes, lo que detiene los ciclos. Los votantes pueden intercambiar votos referidos a distintos temas para asegurar los resultados que más les gustan. Además, la fijación de la agenda detiene los ciclos al otorgar al fijador de la agenda el poder de elegir un resultado final dentro de un conjunto intransitivo.

Los análisis de la votación y la negociación distinguen entre la democracia de mediana y la democracia de negociación. La democracia de mediana promueve un gobierno estable y centrista. Las leyes, especialmente una constitución, que implementan la democracia de mediana, promueven la moderación política. Desafortunadamente, la democracia de mediana también renuncia a las ganancias derivadas de la negociación política. En contraste, la democracia de negociación satisface las preferencias de los ciudadanos a través de dicha negociación. Las leyes, especialmente una constitución, que implementan la democracia de negociación, pueden hacer avanzar el bienestar social. Sin embargo, también pueden causar intransitividad.

[216] Nuestro lenguaje parafrasea a Sir Arthur Conan Doyle, *The Adventure of Silver Blaze, en* The Memoirs of Sherlock Holmes (1892).

Apéndice: Teorema de Imposibilidad de Arrow

Este apéndice describe un resultado famoso de Kenneth Arrow, un economista galardonado con el Premio Nobel que fundó un campo llamado teoría de la elección social[217].

Imagina que tres o más individuos están considerando tres o más alternativas. Las alternativas podrían ser, por ejemplo, gastos altos, medios o bajos en escuelas. Los individuos deben elegir un método para agregar sus preferencias individuales en un conjunto de preferencias grupales sobre las alternativas. ¿Cómo deberían hacerlo? En lugar de considerar métodos particulares de elección colectiva, como la regla de la mayoría, Arrow abordó el problema de manera diferente. Especificó cinco condiciones que, como mínimo, cualquier agregación razonable debe satisfacer. Aquí están las condiciones:

Racionalidad: Cada miembro del grupo debe ser racional, lo que significa que todos tienen preferencias completas y transitivas sobre todas las alternativas. Las preferencias de un individuo son completas cuando, para todos los pares posibles de alternativas, puede decir cuál prefiere o si es indiferente entre ellas. Las preferencias de un individuo son transitivas cuando no giran en círculos (si $l > m$ y $m > h$, entonces $l > h$). Asimismo, las preferencias del grupo deben ser completas y transitivas.
Dominio Universal: Cada miembro del grupo puede adoptar cualquier orden de preferencias entre las alternativas siempre que esas preferencias sean completas y transitivas. Para ilustrar, nadie está obligado a preferir *l* a *m*.

Unanimidad: Si cada miembro del grupo prefiere una alternativa a otra (por ejemplo, *l* a *m*), entonces el método de elección colectiva debe seleccionar la alternativa preferida (*l*, no *m*).

Independencia de Alternativas Irrelevantes: Las posiciones relativas de cualquier par de alternativas en el orden de preferencias del grupo dependen únicamente de sus posiciones relativas en los órdenes de preferencias de los miembros individuales. Esta es más fácil de explicar mediante un ejemplo. Supongamos que algunos individuos prefieren *l* a *h*, mientras que otros prefieren *h* a *l*. Entre estas dos alternativas, el método de agregación (sea cual sea) produce una preferencia grupal de *l* a *h*. Ahora los individuos discuten m. La discusión hace que algunos miembros eleven a m en sus órdenes de preferencias individuales, mientras que hace que otros lo bajen. Para que se satisfaga esta condición,

[217] Kenneth J. Arrow, *A Difficulty in the Concept of Social Welfare*, 58 J. Pol. Econ. 328 (1950); Kenneth J. Arrow, Social Choice and Individual Value (1951). Nuestra discusión también se basa en Kenneth A. Shepsle, Analyzing Politics: Rationality, Behavior, and Institutions 67–74 (2a ed. 2010).

los cambios en las valoraciones de *m* de los miembros (la alternativa irrelevante) no deben afectar la elección del grupo entre *l* y *h*. El método de agregación debe continuar produciendo una preferencia grupal de *l* a *h*. Aquí hay una historia simple para transmitir la intuición. Tres clientes están en un restaurante. El camarero les da la opción de dos aperitivos, jamón ibérico o queso. Los clientes eligen jamón ibérico. Luego, el camarero regresa y dice que hay una tercera opción, pan. Si los clientes dicen: "en ese caso, vamos a elegir queso", han violado esta condición.

No Dictadura: No hay un miembro individual del grupo cuyas propias preferencias dictan las preferencias del grupo. En otras palabras, no hay un miembro del grupo cuyas preferencias, independientemente de lo que piensen los otros miembros, determinen la elección del grupo.

Arrow demostró matemáticamente que *ningún* método de agregación de las preferencias de los individuos en un conjunto de preferencias grupales puede satisfacer simultáneamente las cinco condiciones. Dicho de otra manera, si se satisfacen las tres condiciones del medio de la lista, entonces la primera o la última condición no se satisfacen. El método de elección colectiva generará preferencias grupales intransitivas, o un dictador dominará al grupo.

Para ser claros, el Teorema de Imposibilidad no implica que cada elección colectiva viole al menos una de estas condiciones. En cambio, implica que cada método de elección colectiva a veces viola al menos una de estas condiciones. Ningún método—regla de mayoría, un balotaje secuencial, el procedimiento de Condorcet, o cualquier otro que puedas imaginar—satisface todas las condiciones todo el tiempo. Arrow descubrió una limitación profunda e inevitable de la elección grupal.

Quinta Parte
Aplicaciones a la Votación

Aplicaciones a la Votación

"El voto," dijo Abraham Lincoln, "es más fuerte que la bala" [218]. Necesitamos una teoría del voto para entender la fortaleza de la democracia—su capacidad para traer paz, orden y prosperidad. La teoría del voto ilumina cuestiones centrales del derecho público. Que se elijan a los funcionaros públicos lleva a que sean relevantes cuestiones como el derecho al voto, el fraude electoral, la manipulación de distritos electorales, es decir, *gerrymandering**, y otros asuntos. Crear leyes va de la mano con la realización de procedimientos ejecutivos, legislativos, administrativos y legales. Este capítulo aplica la teoría del voto al derecho público. Abordamos preguntas como estas:

> *Ejemplo 1:* Los estadounidenses que viven en Pakistán pueden votar en elecciones de EE.UU., incluso si su conexión con el país es débil. Los paquistaníes que viven en los Estados Unidos no pueden votar en elecciones de EE. UU., incluso si su conexión con el país es fuerte. ¿Quién debería tener derecho a votar?
> *Ejemplo 2:* Algunos políticos quieren dispersar votantes leales a lo largo de varios distritos para asegurar tantos escaños como sea posible para su partido. Otros políticos quieren concentrar a los votantes leales en sus distritos para asegurar su reelección. ¿Cómo se trazan los límites de los distritos? ¿Cómo deberían trazarse?
> *Ejemplo 3:* La ley exige que los políticos hagan públicos los nombres de las personas que contribuyen con dinero a sus campañas. Tal divulgación debería contribuir a evitar la corrupción política. Pero, ¿puede ésta regulación propiciar la corrupción? Para responder, considere a James Huffman, quien desafió a un incumbente en una elección senatorial. Huffman afirmó que las personas apoyaban su candidatura pero se negaban a contribuir a su campaña. Temían que la divulgación revelara sus identidades al incumbente, quien podría castigarlos[219].

[218] Abraham Lincoln, *"Lincoln's Lost Speech," en* Early Speeches, Springfield Speech, Cooper Union Speech, Inaugural Addresses, Gettysburg Address, Selected Letters, Lincoln's Lost Speech 127, 159 (Bliss Perry ed., 1902).

* Nota del traductor: el término *gerrymandering* se refiere a la manipulación política de los bordes de los distritos electorales, la cual es realizada para beneficiar a cierto grupo, partido, o grupo socioeconómico. Más abajo veremos ejemplos de esta práctica.

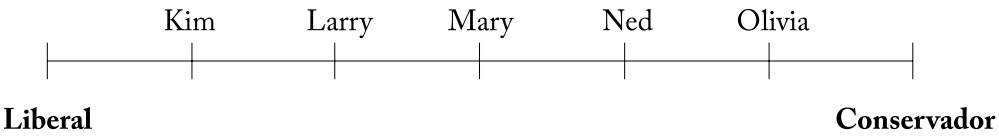
[219] James Huffman, *How Disclosure Hurts Democracy*, Wall St. J., 11 de abril de 2011.

Para responder a tales preguntas, este capítulo examina cómo votan los ciudadanos: quién tiene derecho a votar y bajo qué condiciones. Luego se centra en las estructuras de representación, incluidos los distritos políticos y los comités legislativos. Finalmente, el capítulo estudia algunas cuestiones de interpretación.

1. El Derecho al Voto

La democracia pertenece a los filósofos en teoría y a los abogados en la práctica. La ley estructura cada aspecto del proceso democrático. Esta sección se centra en las normas que rigen el voto de los ciudadanos. Los ciudadanos se registran para votar, recogen información sobre los candidatos, viajan a los centros de votación en los horarios designados y emiten sus votos. El estado imprime las papeletas, toma medidas para disuadir el fraude electoral y cuenta los votos. Examinamos algunas preguntas fundamentales: ¿Quién tiene derecho a votar?, ¿cómo recogen información los votantes?, y ¿qué previene el fraude?

Figura 12. Sufragio y la Regla de la Mediana



1.1. Un sistema de sufragio inclusivo

La Constitución original de los EE. UU. otorgó a los estados discreción a la hora de decidir quién podía votar [220]. Originalmente, los estados otorgaban el derecho a voto exclusivamente a hombres blancos que cumplieran con ciertos requisitos relativos a la tenencia de propiedad. Si se lo compara con el estado de otros países en el siglo XVIII, el derecho a voto estaba ampliamente extendido en los Estados Unidos. Por supuesto, si se lo evalúa según los estándares morales contemporáneos, el

[220] U.S. Const. art. I, § 4, cl. 1 ("Los tiempos, lugares y maneras en que se celebran las elecciones para Senadores y Representantes, serán prescritos en cada Estado por la Legislatura de éste; pero el Congreso podrá en cualquier momento hacer o alterar tales regulaciones, excepto respecto al lugar donde se elige a los Senadores".).

derecho al voto estaba indebidamente restringido. Con el tiempo, el sufragio se extendió a mujeres, minorías raciales y religiosas, y personas pobres. Esta ampliación del derecho al voto se logró a través de violencia desgarradora (la Guerra Civil de 1861-1865), luchas arduas (el movimiento por el sufragio femenino que llevó a la Decimonovena Enmienda en 1920) y debates sobre ideales políticos.

Que exista un sistema de sufragio inclusivo es algo que parece derivar de las aspiraciones de la propia Constitución. En una sola oración de 62 palabras, el Preámbulo de la Constitución enumera sus aspiraciones: unidad, justicia, paz doméstica, capacidad de defensa, libertad y bienestar general[221]. Para alcanzarlas, la Constitución institucionalizó el gobierno de la mayoría aparejado de un sistema de pesos y contrapesos. Con el tiempo, los estadounidenses se convencieron cada vez más de que el gobierno de la mayoría funciona mejor si va de la mano con un sufragio más amplio; es decir, un voto más inclusivo aumenta la unidad, la justicia, la paz doméstica, la capacidad de defensa, la libertad y el bienestar general. Esta creencia generó presión política y legal para que hubiera un sistema de sufragio más inclusivo.

¿Funciona mejor el gobierno de la mayoría cuando vota más gente? Una respuesta abstracta se sigue de la regla del votante mediano. El capítulo anterior explicó que un voto pareado respecto de una sola dimensión de elección tiende a llevar la ley hacia el centro político. Para ilustrar, supongamos que cinco votantes pueden ser ubicados desde liberales hasta conservadores, como se indica en la Figura 12.

Mary es la votante mediana. Como se explicó en el capítulo anterior, en una elección entre dos candidatos, la plataforma del ganador debería coincidir con la plataforma preferida por Mary. Además, la regla del votante mediano maximiza el bienestar de los votantes bajo condiciones de simetría fuerte. La simetría fuerte entre los votantes significa que las personas a la izquierda y a la derecha tienen preferencias correlativamente coincidentes. Específicamente, implica que, por cada votante a la izquierda del mediano, existe un votante a la derecha con preferencias correlativamente similares. Que se dé un caso de simetría fuerte puede ser extraño, pero una simetría aproximada podría ser común. Dada una simetría aproximada, la plataforma preferida por Mary maximiza aproximadamente el bienestar de los votantes.

[221] El preámbulo de la Constitución de los EE. UU. reza: "Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, para formar una unión más perfecta, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad doméstica, proveer para la defensa común, promover el bienestar general y asegurar las bendiciones de la libertad para nosotros mismos y nuestra posteridad, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América".

Según el Preámbulo de la Constitución, entre los propósitos de ésta se incluye que haya "bienestar general," concepto que podemos interpretar como el bienestar social de todos los estadounidenses. Bajo esta definición y la suposición de que existen preferencias simétricas, la regla del votante mediano predice que el gobierno de la mayoría maximiza el bienestar social de los estadounidenses, siempre y cuando todos voten.

¿Qué sucede cuando algunas personas no pueden votar? Entonces, la implementación del punto de vista del votante mediano podría no maximizar el bienestar social. Para ilustrarlo, supongamos que el estado restringe la masa de votantes en la Figura 12. Supongamos que Kim y Larry no pueden votar. Ahora, Ned es el votante mediano, no Mary, por lo que la plataforma de Ned es adoptada. El cambio de plataforma reduce el bienestar total. El problema es que las preferencias de Mary representan el bienestar general, mientras que las preferencias de Ned distorsionan el bienestar general. En este ejemplo, excluir a algunos votantes causa un *error de representación*.

En lugar de excluir a Kim y Larry, supongamos que Kim y Olivia son las dos personas a quienes se les prohíbe votar. Mary sigue siendo la votante mediana entre los votantes restantes. El resultado de la elección es el mismo, tanto si Kim y Olivia son incluidas como si son excluidas del voto. Excluirlas no causa un error de representación[222]. La plataforma ganadora se mantiene, al igual que el bienestar social.

Generalizando, las *restricciones de voto simétricas* privan del derecho a sufragar a igual número de personas en ambos lados del mediano, lo que no causa errores de representación. Por el contrario, las *restricciones de voto asimétricas* privan del derecho a sufragio a más personas de un lado del mediano que del otro, lo que causa errores de representación. El grado de asimetría determina el tamaño del error de representación. Imaginemos a 99 personas organizadas desde las más liberales hasta las más conservadoras. La persona número cincuenta es el mediano del grupo. Si la ley impide votar a las primeras 10 personas, entonces la persona número cincuenta y cinco se convierte en el votante mediano. Si la ley impide votar a las primeras 50 personas, entonces la persona número setenta y cinco se convierte en el votante mediano. El error de representación es mucho mayor en el segundo caso.

Este análisis ayuda a justificar leyes como las Enmiendas Decimoquinta y Decimonovena de la Constitución de los EE. UU., que juntas otorgaron el derecho al voto a las minorías raciales y a las

[222] Por supuesto, podríamos criticar su exclusión sobre la base de valores como la autonomía, dignidad, entre otros.

mujeres[223]. En la medida en que estos grupos comparten características y experiencias que afectan sus puntos de vista políticos, tienden a agruparse a un lado del votante en la mediana. Privarlos del derecho al voto cambia los resultados políticos y reduce el bienestar general.

La Decimoquinta Enmienda otorgó formalmente el derecho de voto a los afroamericanos, pero muchos estados les negaron este derecho en la práctica. Los estados utilizaron diversos trucos nefastos. Por ejemplo, algunos estados exigían a los votantes pagar un impuesto antes de emitir su voto. En ese momento, pocos afroamericanos tenían dinero para pagar dicho impuesto. En el caso *Harper v. Virginia State Board of Elections,* la Corte Suprema de los EE. UU. sostuvo que los impuestos de votación violan la Constitución[224]. Según la Corte, los estados no pueden hacer que "la riqueza del votante" sea una condición para votar, porque esto "odiosamente" discrimina, lo que transgrede la Cláusula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda[225]. En nuestros términos, las personas más pobres tienden a agruparse en un lado del mediano, por lo que privarlas del derecho al voto lleva a subrepresentar sus preferencias. Para justificar la subrepresentación, la Constitución exige que los estados presenten una razón convincente. Virginia no pudo proporcionar una razón convincente para su impuesto de votación.

Preguntas

1.1.1. Volvamos al ejemplo de Kim, Larry, Mary, Ned y Olivia. Supongamos que Ned y Olivia son excluidos del padrón de voto.
(a) ¿Quién es el votante mediano?
(b) ¿Qué sucede con el error de representación si Ned y Olivia tienen preferencias más intensas que los demás?
1.1.2 Muchos estados de EE. UU. privan del derecho a voto a las personas condenadas por un delito grave, a veces de por vida. En 2018, los votantes en Florida aprobaron una iniciativa

[223] U.S. Const. Enmienda XV ("El derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos a votar no será negado ni restringido por los Estados Unidos ni por ningún Estado por motivo de raza, color o condición previa de servidumbre".); U.S. Const. Enmienda XIX ("El derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos a votar no será negado ni restringido por los Estados Unidos ni por ningún Estado por motivo de sexo".). La Decimoquinta Enmienda fue promulgada en 1870, y la Decimonovena Enmienda se aprobó en 1920.

[224] 383 U.S. 663 (1966). El Tribunal sostuvo que exigir el pago de impuestos de votación para votar en elecciones estatales transgrede la Constitución. La vigésimocuarta Enmienda prohíbe los impuestos de votación en elecciones federales.

[225] *Id.* en 666.

para restaurar los derechos de voto de los delincuentes, pero la legislatura de Florida ha intentado bloquearla[226].

(a) ¿En qué circunstancias permitir el voto a los delincuentes reduciría los errores de representación?

(b) Muchos estrategas políticos creen que los delincuentes tienden a votar por los demócratas en lugar de los republicanos. ¿Por qué algunos estados facilitan el voto a los delincuentes mientras que otros lo dificultan?

1.1.3. Algunas mujeres son liberales y otras son conservadoras, lo que significa que las mujeres ocupan ambos lados de la distribución política. Aun así, permitir que las mujeres voten disminuye los errores de representación. ¿Por qué?

Administración Electoral

La elección presidencial de 2000 entre George W. Bush y Al Gore se decidió en un solo estado, Florida. Después del conteo inicial, Bush lideraba en Florida por menos de 2.000 votos, una fracción ínfima de los millones emitidos en el estado. A medida que Gore solicitaba recuentos, los problemas se empezaron a acumular. Muchas papeletas no se contaron correctamente. Algunas personas tenían la intención de apoyar a Gore, un liberal, pero votaron accidentalmente por Pat Buchanan, un conservador de un tercer partido. El jefe de elecciones de Florida era un partidario de Bush. En el caso *Bush v. Gore*, la Corte Suprema puso cerró de manera controvertida una elección controvertida, declarando a Bush como ganador en Florida y, por ende, el próximo Presidente de los Estados Unidos. El caso revitalizó un campo moribundo: la administración electoral.

Las elecciones tienen muchos pasos: registrar a los votantes, operar centros de votación, obtener papeletas, contar votos, y así sucesivamente. Cada paso tiene el potencial de mermar el derecho a sufragar. Para ilustrar, supongamos que un votante llega a un centro de votación y descubre una fila que se extiende por toda la cuadra. Una de las máquinas de votación está averiada, y errores que existen en el documento para el registro de votantes están causando más demoras. El votante espera durante dos horas antes de darse por vencido. Tiene que recoger a sus hijos de la escuela y además tiene otras responsabilidades. Este votante no ha sido privado del derecho al voto—eventualmente podría votar—pero su derecho ha

[226] Associated Press, *Florida Can't Bar Felons from Vote Over Fines and Fees, Court Rules*, NBCNews.com, 19 de febrero de 2020, https://www.nbcnews.com/politics/elections/florida-can-t-bar-felons-vote-over-fines-fees-court-n1138736

sido *obstaculizado*. Además de las largas filas (el llamado "impuesto por tiempo"), las trabas relativas al registro electoral, los desafíos relativos al transporte y errores de los trabajadores electorales dificultan su voto.

La existencia de problemas relevantes a la hora de votar puede ser impugnada ante tribunales. Los jueces suelen evaluar estas dificultades utilizando la llamada prueba *Anderson-Burdick*. Ponderan las cargas que se imponen a los votantes con el interés que el estado tiene respecto del procedimiento electoral. Para ilustrar, Ohio solía permitir a los votantes votar el Día de las Elecciones o durante los 35 días anteriores. El estado cambió su ley, reduciendo el periodo de votación anticipada a 29 días. En teoría, esto podría hacer más difícil votar a algunas personas. Un tribunal federal refrendó la validez de la nueva ley, concluyendo que la carga es mínima y que los intereses del estado—reducir costos y reducir la presión sobre las juntas electorales—eran suficientemente relevantes. Mientras que la reducción del periodo de votación anticipada de 35 días a 29 días fue refrendada, una reducción a cero días podría no haber sido confirmada.

Nuestra discusión sobre los errores de representación puede iluminar la administración electoral. Tomemos otro ejemplo de Ohio. El Secretario de Estado de Ohio otorgó a algunos votantes una oportunidad adicional para votar anticipadamente. Específicamente, los votantes que fueran parte de las fuerzas armadas podían votar durante los tres días anteriores al Día de las Elecciones, mientras que los votantes que no eran parte de las fuerzas armadas no podían hacerlo. Un tribunal federal aplicó la prueba *Anderson-Burdick* y prohibió a Ohio aplicar su ley de esta manera. El tribunal concluyó que los funcionarios no pueden "seleccionar y elegir entre… los votantes para repartir privilegios especiales de votación. Las legislaturas partidistas podrían otorgar tiempo extra de votación anticipada a grupos que tradicionalmente apoyan al partido en el poder e imponer cargas correspondientes a los electores principales del otro partido". En otras palabras, el desajuste en la votación anticipada podría causar un error de representación. El concepto de errores de representación complementa la prueba *Anderson-Burdick*, aunque los jueces no se expresan en estos términos.

1.2. Un sistema de votación exclusivo y Externalidades

Hemos explicado las ventajas que tiene el gobierno de la mayoría junto a un sistema de sufragio inclusivo. Llevado a su extremo lógico, la inclusión perfecta lleva a que todos los afectados por el

resultado de una elección pueden votar en ella[227]. Por el contrario, la exclusión perfecta significa que nadie afectado por una elección puede votar en ella. En lugar de tener inclusión o exclusión perfectas, la Constitución de EE. UU. Crea un sistema federal con elementos de ambas lógicas. Los estados y las localidades pueden establecer reglas de votación dentro de ciertos límites. Específicamente, los gobiernos estatales y locales tienen el poder de limitar el voto a los miembros de la "comunidad política"[228]. Los estados y localidades usualmente excluyen a los no ciudadanos, no residentes y delincuentes del derecho a sufragar.

Hemos visto las ventajas de la votación inclusiva. ¿Cuáles son, si las hay, las ventajas de la votación exclusiva, y cómo debería el estado elegir entre ambas opciones? El análisis económico provee una respuesta basada en dos factores: externalidades y administración. Los consideraremos a continuación.

Un capítulo anterior discutió las externalidades legales, las que se refieren a situaciones en que las leyes emitidas por un organismo particular afectan a otro lugar que no es regido por dicho organismo. Las restricciones estatales y locales sobre el voto crean externalidades legales. Para ilustrar, las juntas directivas escolares toman decisiones que afectan a casi todos en una comunidad, incluidos a quienes no son ciudadanos y por tanto no pueden votar. Para ser concretos, imaginemos a dos vecinos. El primer vecino es un ciudadano estadounidense sin hijos. El segundo es un ciudadano chino con dos hijos que van a la escuela pública. Ambos residen en Berkeley, California, donde también trabajan y pagan impuestos. Las escuelas de Berkeley están gobernadas por una junta directiva democráticamente electa. ¿Quién puede votar en las elecciones de la junta directiva escolar? La respuesta es: los ciudadanos estadounidenses que residen en Berkeley. Así, el vecino estadounidense puede votar por el la junta directiva escolar de Berkeley, pero el vecino chino no puede, a pesar de que tiene hijos y, posiblemente, un interés mayor en las escuelas públicas.

En general, una ciudad estadounidense puede excluir a un extranjero de votar en la elección de las juntas directivas escolares, incluso si el extranjero reside legalmente en el distrito, tiene hijos en la escuela y paga impuestos que financian las escuelas. Por el contrario, una ciudad estadounidense no puede excluir a un ciudadano sin hijos que reside en el distrito de votar en la elección de la junta directiva escolar[229]. Esta estructura puede crear un error de representación. El error causa una

[227] De hecho, llevando esta lógica hasta sus últimas consecuencias, todos los que vivan un mundo interdependiente deberían votar en toda elección.

[228] *Véase* Skafte v. Rorex, 553 P.2d 830 (Colo. 1976).

[229] *Véase* Kramer v. Union Free School District No. 15, 395 U.S. 621 (1969).

externalidad legal. Las decisiones de la junta directiva escolar afectan a los extranjeros, pero dado que los extranjeros no pueden votar, la junta podría no tener en cuenta sus intereses al tomar decisiones.

En un sistema federal, las elecciones inevitablemente afectan a personas que no pueden votar en ellas. Una persona que vive en Kansas City, en el estado de Kansas, y trabaja al otro lado del puente en Kansas City, en el estado de Missouri, tiene un interés en ambos estados, pero solo puede votar en uno de ellos. Cuando Delaware cambia su regulación sobre el derecho corporativo, el cambio afecta a los habitantes de Maine que poseen acciones en empresas registradas en Delaware. Utah, que está río arriba en el río Colorado, crea leyes que afectan a Arizona, que está río abajo, pero los habitantes de Arizona no pueden votar en las elecciones de Utah. En estos ejemplos y otros, una votación exclusiva genera externalidades.

En un capítulo anterior, identificamos dos métodos para corregir externalidades legales. El primero es crear una sola entidad política, como fusionar un condado y una ciudad, o formar un distrito especial que se haga cargo de la calidad del aire que abarque dos estados. Una sola entidad política internaliza la externalidad. El segundo método es la negociación entre jurisdicciones separadas, como los estados (Iowa negocia con Nebraska) o las localidades (el condado de Los Ángeles negocia con el condado de Ventura).

Para ilustrar los dos métodos para corregir externalidades legales, recordemos nuestro ejemplo de la madre que no puede votar por la junta directiva escolar. La madre podría negociar con la junta, posiblemente ofreciendo una donación a la escuela a cambio de una política que beneficie a su hijo. En los Estados Unidos, dicho tipo de negociación podría ser ilegal y probablemente fracasaría. Alternativamente, la comunidad podría extender la base del sufragio, permitiendo a los extranjeros con hijos en edad escolar votar. Darle el derecho a voto a la madre hace que la junta directiva escolar sea más propensa a internalizar en lugar de externalizar sus intereses.

Si la negociación falla, entonces la única opción es extender la base de quienes pueden sufragar. Sin embargo, la mayoría de los gobiernos estatales y locales no hacen aquello. En general, la ley en los Estados Unidos prohíbe a los no ciudadanos votar. Un análisis de la forma en que opera la política ayuda a explicar la exclusión. Usualmente, las personas que ejercen poder político no quieren compartirlo con otros, incluso si compartir poder mejoraría la representación y el bienestar. No obstante, la política no es completamente culpable. La economía puede explicar e incluso justificar la exclusión en algunas circunstancias, como veremos.

Preguntas

1.2.1. Los capítulos sobre negociación introdujeron dos conceptos: producción y distribución. ¿Puedes usar estos conceptos para explicar por qué los políticos restringen el sufragio incluso cuando expandirlo reduciría los errores de representación?
1.2.2. Los ciudadanos privados no pueden ordenar a las universidades de élite que admitan a sus hijos. Sin embargo, al hacer grandes donaciones a estas universidades, los ciudadanos privados pueden "comprar" la admisión para sus hijos. ¿"Comprar" la admisión corrompe la educación? ¿Esto crea o soluciona alguna externalidad?

1.3. Compensación de Errores

Hemos explicado cómo extender el derecho al sufragio puede reducir ciertos errores. Ahora explicaremos cómo puede agravarlos. Muchas personas vivían fuera de Tuscaloosa, Alabama, pero dentro de la "jurisdicción policial" de la ciudad, un anillo de tres millas de ancho alrededor de ésta. Los residentes de la jurisdicción policial estaban sujetos a algunas leyes de la ciudad, incluidas las leyes penales. Sin embargo, estaban exentos de otras leyes de la ciudad. Los residentes de la jurisdicción policial no podían votar en las elecciones de la ciudad. En el caso *Holt Civic Club v. City of Tuscaloosa*, la Corte Suprema confirmó la prohibición del voto, afirmando:

> Las decisiones de una ciudad ineludiblemente afectan a las personas que viven inmediatamente fuera de sus fronteras. La concesión de permisos de construcción para apartamentos de gran altura, plantas industriales y similares en la periferia de la ciudad contribuye inevitablemente a problemas inmediatamente fuera de la ciudad de congestión de tráfico, delimitación de distritos escolares y *enforcement* de la ley … La expropiación de bienes inmuebles en los límites de la ciudad para la construcción de un vertedero municipal o una planta de tratamiento de residuos tendría obvias implicaciones para los no residentes que viven cerca del área… Sin embargo, nadie sugeriría que los no residentes que probablemente se vean afectados por este tipo de acción municipal tengan un derecho constitucional a participar en los procesos políticos que la provocan[230].

[230] 439 U.S. 60, 69 (1978).

¿Refleja la decisión de la Corte un mal análisis económico? Podrías pensar que la respuesta es que sí. La solución a las externalidades que describe la Corte, se podría argumentar, es ampliar el sufragio, no restringirlo. Pero esto no es del todo correcto. Algunas decisiones de la ciudad, como construir un vertedero a las afueras de ésta, impondrán externalidades sobre la jurisdicción policial. Respecto a estas decisiones, excluir a la jurisdicción policial del voto conduce a un error de representación. Este es un error de *subrepresentación*—la jurisdicción policial recibe muy poco peso. Sin embargo, otras decisiones de la ciudad, como construir un pequeño parque en el centro, no impondrán externalidades sobre la jurisdicción policial. Con respecto a estas decisiones, incluir a la jurisdicción policial en la votación conduce a un error de *sobrerrepresentación*—la jurisdicción policial recibe demasiado peso.

El problema es que un consejo municipal toma dos tipos de decisiones: aquellas que solo afectan a la ciudad y aquellas que afectan tanto a la ciudad como a la jurisdicción policial. Otorgar el derecho a sufragar a la jurisdicción policial empeorará el primer tipo de decisión pero mejorará el segundo tipo de decisión, y viceversa. Podemos caracterizar el problema en términos de externalidades. Si la jurisdicción policial no puede votar, la ciudad externalizará costos sobre la jurisdicción. Si la jurisdicción policial puede votar, sus residentes externalizarán costos sobre la ciudad.

Podemos generalizar a partir de esta discusión. Cuando las elecciones afectan a las personas de manera diferente, extender el sufragio tiene efectos contrapuestos. Mejora la subrepresentación a costa de la sobrerrepresentación.

Un capítulo anterior introdujo el principio de internalización. Según este principio, debemos asignar poder a la unidad de gobierno más pequeña que internalice los efectos de su ejercicio. Aplicado al caso *Holt*, el principio de internalización implica que un gobierno debería hacer leyes solo para la ciudad, y todos en la ciudad deberían votar en sus elecciones, y otro gobierno debería hacer leyes para la ciudad y la jurisdicción policial, y todos en ambos lugares deberían votar en esas elecciones. Tener dos gobiernos en lugar de uno mitigaría las externalidades. Sin embargo, crearía costos. Administrar dos gobiernos cuesta más que administrar solo uno. Además, como se discutió en un capítulo anterior, asignar cuestiones a diferentes unidades gubernamentales tiende a dificultar la negociación cuando se trata de asuntos diferentes.

Preguntas

1.3.1. En Holt, la Corte Suprema sostuvo que la Constitución otorga a los estados la discreción para excluir a los no residentes del derecho a sufragar. ¿Es esta una buena regla general para equilibrar los costos de la subrepresentación y la sobrerrepresentación?
1.3.2. Utiliza un modelo espacial para explicar estas afirmaciones: "Estoy subrepresentado cuando el ciudadano mediano está más cerca de mí que el votante mediano. Estoy sobrerrepresentado cuando el votante mediano está más cerca de mí que el ciudadano mediano".
1.3.3. En su opinión concurrente en *Holt*, el juez Stevens escribió: "[N]o hay nada en la Constitución Federal que impida a un suburbio contratar con una ciudad cercana para proporcionar servicios municipales a sus residentes, aunque esos residentes no tengan voz en la elección de los funcionarios de la ciudad ni en la formulación de las reglas de la ciudad"[231]. Si los costos de transacción son bajos y la representación es buena, ¿deberían preocuparse los tribunales por excluir a la jurisdicción policial del voto? ¿Y si los costos de transacción son altos y la representación es deficiente?

1.4. La Comunidad Política Óptima

Decidir quién debería votar requiere equilibrar las ventajas y desventajas de la inclusión y la exclusión. La exclusión de votantes genera externalidades legales—algunas personas no pueden votar sobre decisiones que les afectan. Para superar las externalidades derivadas de la subrepresentación, se debe extender el derecho al sufragio. Llevando esta regla a sus últimas consecuencias, obtenemos que todos pueden votar sobre todas las decisiones que les afectan. Sin embargo, si las elecciones afectan más a unas personas que a otras, extender demasiado el sufragio crea el problema opuesto. Algunas personas pueden votar sobre decisiones que no les afectan o les afectan muy poco. Para superar estas externalidades de la sobrerrepresentación, se debe restringir el sufragio.

Aparte de las externalidades, aumentar el voto incrementa los costos administrativos para el gobierno—imprimir papeletas, abrir casillas de votación, contar votos, etc.

La *comunidad política óptima* balancea estas consideraciones. Para encontrar el óptimo, se debe extender la comunidad política hasta que el beneficio marginal de mejorar la representación iguale el

[231] Holt Civic Club v. City of Tuscaloosa, 439 U.S. 60, 76 (1978) (Stevens, J., concurring).

costo marginal de la administración[232]. Este modelo de la comunidad política óptima es útil porque los tribunales equilibran tales consideraciones al interpretar las leyes electorales. Sin embargo, la comunidad política óptima es un ideal que hace eco con las aspiraciones de la democracia constitucional, pero no es derecho positivo.

Preguntas

1.4.1. Los Estados Unidos tuvieron soldados en Afganistán durante 20 años. El Presidente es el Comandante en Jefe de las fuerzas armadas. Durante ese tiempo, ¿deberían los afganos haber votado en las elecciones presidenciales de EE. UU.?

1.4.2. Australia hace que el voto sea obligatorio. Si puedes votar, debes hacerlo. Utiliza el concepto de comunidad política óptima para analizar el voto obligatorio.

1.4.3. En 1957, Alabama aprobó una ley que redefinió los límites de la ciudad de Tuskegee. El límite anterior, un cuadrado, fue reemplazado por una "figura extrañamente irregular de veintiocho lados" [233]. El nuevo límite colocó a casi todos los residentes afroamericanos fuera de los límites de la ciudad. Todos los residentes blancos permanecieron dentro de los límites de la ciudad. Solo los residentes de la ciudad podían votar en las elecciones de la ciudad. En el caso *Gomillion v. Lightfoot*, la Corte Suprema invalidó el nuevo límite[234]. Utiliza el concepto de comunidad política óptima para defender la decisión de la Corte.

1.4.4. Una ley de Nueva York limitaba el voto en algunas elecciones de juntas directivas escolares a dos grupos: padres con hijos en escuelas públicas y propietarios de bienes inmuebles, como casas (sus impuestos a la propiedad financiaban las escuelas). En el caso *Kramer v. Union Free School District No. 15*, la Corte Suprema invalidó esta ley[235]. Así, las personas que podían votar en elecciones ordinarias también podían votar en las elecciones de juntas directivas escolares, incluso si no tenían hijos ni propiedades. ¿Puedes utilizar el concepto de comunidad política óptima para criticar la decisión de la Corte?

[232] Buchanan y Tullock desarrollaron un principio similar: "el grupo debe extenderse siempre que los costos esperados de los efectos de rebalse de las jurisdicciones excluidas excedan los costos incrementales esperados de toma de decisiones resultantes de agregar las jurisdicciones excluidas". James M. Buchanan & Gordon Tullock, The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy 113 (1965).

[233] 364 U.S. 339, 341 (1960).

[234] *Id.*

[235] 395 U.S. 621 (1969).

La Vigésima Sexta Enmienda

Quienes se dedican a la estadística distinguen dos tipos de errores. Cuando concluyes que algo es verdadero pero es falso, tu conclusión es un "falso positivo". Cuando concluyes que algo es falso pero es verdadero, tu conclusión es un "falso negativo". Para ilustrar, considera un *test* de sangre diseñado para revelar el riesgo de que tengas cierta enfermedad. Si la prueba muestra que el riesgo es alto cuando en realidad es bajo, el resultado es un falso positivo, y viceversa. Si la prueba de sangre comete demasiados errores, los médicos buscan mejores pruebas.

Al igual que los médicos, los abogados están familiarizados con los falsos positivos y los falsos negativos. Sin embargo, los abogados usan diferentes términos para describirlos. Las reglas son *sobreinclusivas* si prohíben lo que deberían permitir, y son *subinclusivas* si permiten lo que deberían prohibir. Para ilustrar, considera la Vigésima Sexta Enmienda de la Constitución de los EE. UU., que otorga el derecho a sufragio a los estadounidenses que tienen 18 o más años. Podemos reformular (y simplificar) la enmienda de la siguiente manera: "las personas de 18 años o más, y nadie más, pueden votar". Supongamos que el propósito de esta enmienda es extender el sufragio a aquellos con la madurez y el conocimiento necesarios para votar de manera responsable. La regla es sobreinclusiva porque prohíbe lo que debería permitir: algunos jóvenes de 17 años son maduros, sabios y responsables, pero no pueden votar. La regla es subinclusiva porque permite lo que debería prohibir: algunos jóvenes de 18 años no son maduros, sabios o responsables, pero pueden votar.

Las buenas reglas minimizan tanto la sobreinclusión como la subinclusión, al igual que las buenas pruebas de sangre minimizan los falsos positivos y los falsos negativos. La comunidad política óptima orienta a los tribunales a minimizar los costos de la sobreinclusión y subinclusión en la representación. ¿Puedes utilizar el concepto de comunidad política óptima para evaluar la Vigésima Sexta Enmienda? La siguiente información podría influir en tu reflexión. El apoyo a la Vigésima Sexta Enmienda estuvo vinculado a la Guerra de Vietnam y al servicio militar obligatorio. El eslogan era: "lo suficientemente viejo para luchar, lo suficientemente viejo para votar". La Vigésima Sexta Enmienda otorga el derecho a sufragar a los estadounidenses de 18 años o más en todas las elecciones, no solo en las federales.

1.5. Información para los Votantes

Para votar inteligentemente, los votantes necesitan información sobre la política. Sin embargo, las encuestas confirman que muchos votantes carecen de información básica sobre lo que ocurren en política. No pueden nombrar a su representante ni describir la Constitución o las agencias federales. No pueden explicar las leyes que regulan la actuación de los funcionarios (¿puede el Secretario de Estado almacenar secretos del gobierno en un servidor de correo electrónico privado?). Tampoco pueden identificar las posiciones de los candidatos (¿cuál es el plan de los republicanos para la atención médica?). "El mejor argumento contra la democracia es una conversación de cinco minutos con el votante promedio"[236].

Algunos estados exigían a los votantes que demostraran que podían leer y escribir antes de emitir un voto. En *Lassiter v. Northampton County Board of Elections*, la Corte Suprema sostuvo que las pruebas de alfabetización no violan la Constitución[237]. "La capacidad de leer y escribir," escribió la Corte, "tiene alguna relación con estándares diseñados para promover el uso inteligente del voto"[238]. En principio, tal vez, una prueba no discriminatoria podría promover un electorado informado, como dijo la Corte[239]. En la práctica, las pruebas de alfabetización se aplicaron de manera discriminatoria. No promovieron la información de los votantes; privaron intencionalmente del voto a los afroamericanos. La *Voting Rights Act* de 1965 prohíbe las pruebas de alfabetización.

Afortunadamente, las pruebas de alfabetización han desaparecido, pero la falta de información persiste. Muchas personas lamentan lo superficial que es la información que manejan los votantes. ¿De qué sirve el derecho a votar si los votantes no entienden sus opciones?

Muchos economistas tienen una visión diferente. Los votantes son *racionalmente ignorantes*[240]. La ignorancia es racional cuando el costo de adquirir información supera los beneficios que puede alcanzar

[236] La existencia de dicho sentimiento subyacente puede ser cierta, aunque la atribución usual que se hace de esta cita a Winston Churchill probablemente sea falsa.

[237] 360 U.S. 45 (1959).

[238] *Id.* en 51.

[239] Como se explicó previamente, si los votantes analfabetos votan de la misma manera respecto de diversos asuntos, entonces una prueba de alfabetización empeora la representación. Este análisis, sin embargo, supone que los votantes tienen las preferencias políticas "correctas". Los votantes ignorantes pueden no tener preferencias, o pueden preferir erróneamente al candidato equivocado, es decir, al candidato que haría un peor trabajo representándolos.

[240] Anthony Downs, *An Economic Theory of Political Action in a Democracy,* 65 J. Pol. Econ. 2 (1957).

el tomador de decisiones. La ignorancia racional caracteriza a los votantes en grandes elecciones, donde la probabilidad de ser decisivo es minúscula. No se justifica para los votantes el costo de reunir información cuando es poco probable que su voto, ya sea informado o no, tenga relevancia.

La ignorancia racional no implica ignorancia total. Los votantes racionales adquieren algo de información de maneras que tienen bajo costo. En lugar de leer detallados informes noticiosos, usan atajos de información o *heurísticas*[241]. Por ejemplo, supongamos que un político propone reestructurar los planes de ahorro para la jubilación. Un votante jubilado podría leer el proyecto de ley del político, que es largo y complicado. O el votante podría averiguar si la AARP, un poderoso grupo de interés que apoya a los jubilados, respalda o se opone al proyecto de ley. La posición de la AARP es una heurística. *Las heurísticas son útiles cuando llevan a los votantes a tomar la misma decisión que habrían tomado si hubieran adquirido información detallada.*

Los partidos políticos generalmente proporcionan una heurística a la hora de votar. En los Estados Unidos, la mayoría de las papeletas indican el partido político del candidato. Para muchos votantes, saber si un candidato es demócrata o republicano es una heurística razonable[242].

Preguntas

1.5.1. El símbolo tradicional de Nike y los arcos dorados de McDonald's son marcas registradas. Nike y McDonald's demandan a las personas que usan sus marcas sin permiso. Estas demandas no solo benefician a Nike y McDonald's, sino también a los consumidores de zapatillas y papas fritas. ¿Por qué?
1.5.2. Muchos jueces de los tribunales estatales en los Estados Unidos son electos democráticamente. Algunas de estas elecciones son partidistas, lo que significa que los candidatos judiciales están asociados con partidos políticos (demócratas, republicanos). Algunas de estas elecciones incluyen anuncios que buscan atacar a ciertos candidatos ("¡El candidato X es un ladrón!"). Las elecciones partidistas y estos anuncios que atacan a ciertos

[241] *Véase, por ejemplo,* Samuel L. Popkin, The Reasoning Voter: Communication and Persuasion in Presidential Campaigns (1991).

[242] Los académicos han examinado cuándo las heurísticas tienen éxito y cuándo parecen fallar. *Véase, por ejemplo*, Richard R. Lau & David P. Redlawsk, *Advantages and Disadvantages of Cognitive Heuristics in Political Decision Making*, 45 Am. J. Pol. Sci. 951 (2001).

candidatos ¿dañan la integridad del poder judicial, o informan a los votantes?[243] ¿Qué información necesitan los votantes para decidir si un candidato será un buen juez?

Heurísticas en la Papeleta

El estado de Washington implementó una primaria "abierta". Todos los candidatos para un cargo—demócratas, republicanos, candidatos de terceros partidos e independientes—aparecían en la misma papeleta de primaria, y los candidatos que recibían la mayoría de los votos avanzaban a la elección general. Washington permitió que los candidatos en la papeleta de primaria indicaran una "preferencia de partido" junto a sus nombres, incluso si no tenían afiliación con el partido. Así, un candidato podía colocar una "R" de republicano junto a su nombre, incluso si nunca había estado asociado con los republicanos.

El Partido Republicano alegó que la ley violaba la Primera Enmienda. La Primera Enmienda protege el derecho a asociarse, y los republicanos afirmaron que la ley los obligaba a asociarse con personas que no compartían sus valores. La Corte Suprema rechazó el argumento del partido. Según la Corte, la cuestión era si "los votantes estarán confundidos respecto al significado de la designación de preferencia de partido". Si el partido hubiera presentado evidencia de confusión de los votantes, entonces la ley podría ser inconstitucional. Pero el partido no tenía evidencia de aquello. Sin evidencia, la Corte sostuvo que el "interés de Washington en proporcionar a los votantes información relevante sobre los candidatos en la papeleta" era suficiente para mantener la ley.

La Corte escribió como si los intereses del partido y del estado estuvieran en conflicto. De hecho, parecen alinearse. La teoría de las heurísticas explica por qué. Para que la "R" junto a un nombre proporcione "información relevante" a los votantes, debe enviar una señal precisa. Los votantes deben interpretar la "R" como si esta efectivamente significara que el candidato que la usa sostiene valores republicanos. Si la señal es precisa, el estado está feliz (los votantes reciben una heurística útil) y el partido debería estar feliz (no se produce asociación forzada porque los "R" son realmente republicanos). Considera el caso opuesto donde la "R" envía una señal inexacta. Los

[243] *Véase* Shanto Iyengar, *The Effects of Media-Based Campaigns on Candidate and Voter Behavior: Implications for Judicial Elections*, 35 Ind. L. Rev. 691 (2002) ("El auge de campañas más odiosas en las elecciones judiciales probablemente tendrá consecuencias adversas para el sistema judicial".). *Pero véase* James L. Gibson, *Campaigning for the Bench: The Corrosive Effects of Campaign Speech?*, 42 Law & Soc'y Rev. 899 (2008) ("[L]a mayoría de los kentuckianos no se ve incomodada por las declaraciones generales que hacen los candidatos sobre sus posiciones políticas, e incluso, la mayoría no objeta los ataques propagandísticos bastante vigorosos. Al menos algunos elementos de la actividad de campaña política tradicional son aceptables para la mayoría de las personas, incluso en el contexto de las elecciones judiciales".).

votantes asumen que la "R" significa valores republicanos, pero el candidato no sostiene valores republicanos. El estado está descontento (los votantes reciben una heurística engañosa) y el partido se ve obligado a asociarse (los "R" no son republicanos).

Si los intereses están alineados, ¿por qué demandó el partido al estado? Aquí hay una posible explicación. El partido prioriza el control sobre los candidatos. No puedes poner una "R" junto a tu nombre a menos que el partido lo apruebe. Para obtener la aprobación del partido, debes llegar a un compromiso con los líderes del partido. La ley permitía a los candidatos señalar sus valores sin llegar a dicho compromiso, mientras que el partido quería que los candidatos sí llegaran a un compromiso que permitiera que dichos candidatos efectivamente defendieran sus valores.

1.6. Transparencia

En los Estados Unidos, las leyes de transparencia exigen que los candidatos a cargos públicos y sus seguidores publiquen información sobre sí mismos y sobre sus gastos relativos a su actividad política[244]. Por ejemplo, supongamos que la Asociación Nacional del Rifle (NRA), un conocido defensor de los derechos de los propietarios de armas, financia un anuncio televisivo apoyando la campaña de reelección del Presidente. La ley federal exige que el anuncio indique que fue financiado por la NRA.

Las leyes de transparencia han provocado una controversia legal. La Primera Enmienda protege la libertad de expresión política, incluyendo los anuncios de la NRA. Las leyes de transparencia imponen una carga sobre la expresión política. En California, a propósito de un plebiscito donde se votaba respecto de si se iba a consagrar o no una prohibición al matrimonio igualitario, quienes apoyaban dicha prohibición recibieron amenazas de muerte[245]. Sacerdotes, terapeutas, vendedores, maestros, abogados—personas como estas pueden sufrir daños profesionales cuando se publicitan sus gastos electorales. Ciertas organizaciones pueden enfrentar boicots realizados en su contra. Para evitar represalias, las personas pueden optar por no hablar. Así, la divulgación "enfría" la libertad de expresión política en violación de la Primera Enmienda, o eso es lo que sostiene el argumento. A pesar de dicho efecto inhibidor, los tribunales han respaldado consistentemente las leyes de transparencia basándose en el "interés en la información". "El público," escribió la Corte Suprema, "tiene un interés en saber quién está hablando sobre un candidato poco antes de una elección"[246].

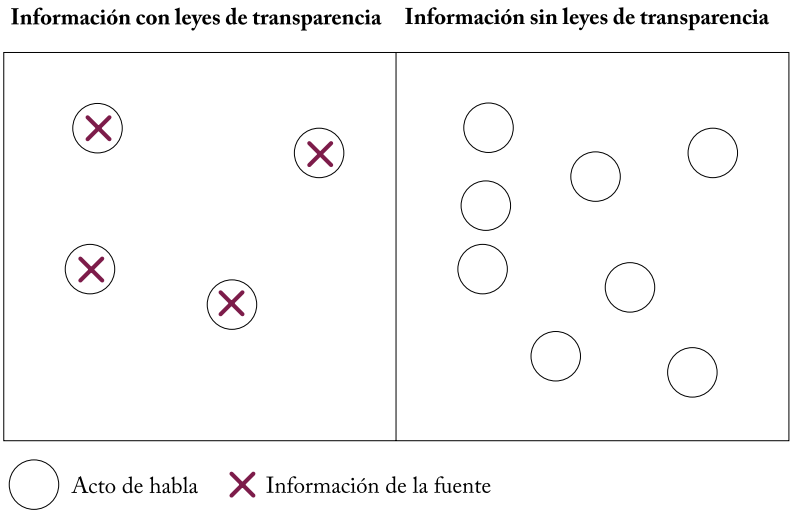
[244] Un capítulo posterior se refiere al financiamiento de campañas en detalle.

[245] Brad Stone, *Prop 8 Donor Web Site Shows Disclosure Law Is 2-Edged Sword*, N.Y. Times, 7 de febrero de 2009.

[246] Citizens United v. Fed. Election Comm'n, 558 U.S. 310, 369 (2010).

Traducido a nuestro lenguaje, las leyes de transparencia generan heurísticas. Los espectadores que saben poco sobre política pero que apoyan o se oponen firmemente a los derechos de los propietarios de armas se benefician al saber que la NRA apoya al Presidente.

Figura 13. Información del votante con y sin transparencia



La conexión entre la información y la transparencia es más complicada de lo que parece[247]. Los votantes obtienen información a través de dos mecanismos. El primero es la discusión pública. Así, el contenido de un anuncio sobre el Presidente proporciona a los votantes cierta información. Llamemos a esto "información sustantiva". El segundo es la fuente a partir de la cual emanan ciertos actos de habla que integran la discusión pública: ¿quién escribió eso?, ¿quién lo financió? Llamemos a esto "información de la fuente". Las leyes de transparencia requieren que quienes participan de la discusión pública revelen las fuentes a partir de las cuales obtuvieron información.

Las leyes de transparencia aumentan el conocimiento de los votantes acerca de la fuente de la información que reciben. Sin embargo, dichas leyes también pueden *disminuir* la información sustantiva a la que los votantes pueden acceder. Esto se debe al efecto inhibidor descrito más arriba. Sin leyes de transparencia, se producen muchos actos de habla, y con leyes de transparencia se producen relativamente pocos actos de habla. Así, la transparencia crea un *trade off** respecto de la información.

[247] La siguiente discusión se basa en Michael D. Gilbert, *Campaign Finance Disclosure and the Information Tradeoff*, 98 Iowa L. Rev. 1847 (2013).

* Nota del traductor: aquí se optó por dejar el término "trade off" en su idioma original pues no existe una traducción equivalente al castellano, y porque en ciertos círculos se ha vuelto un término de uso común. Este término se refiere una situación en que se pierde algo para ganar otra cosa. Por ejemplo, a la hora de manejar, puede haber un trade off entre la seguridad al volante, y la rapidez con la que se llega a destino.

La Figura 13 lo ilustra. Cada círculo representa un acto de habla que transmite información sustantiva, y cada "X" representa un acto de transparencia que transmite conocimiento acerca de la fuente de dicha información. Con las leyes de transparencia, los votantes reciben menos actos de habla, pero más conocimiento acerca de la fuente de la información; sin transparencia, los votantes reciben más actos de habla pero menos conocimiento acerca de la fuente de la información .

En términos generales, ¿las leyes de transparencia realmente hacen que los votantes estén mejor informados? Una vez que entiendes los dos efectos opuestos, ves que la cuestión es más difícil de lo que parece. Estos dos efectos sugieren que se debería tener la siguiente regla: *para maximizar la información de los votantes, amplía las leyes de transparencia hasta que la información obtenida mediante la revelación de su fuente iguale la información perdida por el discurso inhibido*. Esta prescripción es un ideal, y no aplica mucho en la práctica. Los jueces parecen ignorar este problema de equilibrio. Aplicar la prescripción con precisión requiere evidencia empírica que no tenemos.

Como se explicó, la transparencia inhibe el discurso al permitir que se dirijan represalias de parte de los opositores de quien emite el acto de habla. Si sabes quién habla, puedes tomar represalias. Sin embargo, las leyes de transparencia también estimulan la discusión pública al aumentar la credibilidad de quienes participan de ella[248]. Considera el siguiente escenario. Penny desea aportar dinero a un político que apoyará políticas para combatir el cambio climático. Dos políticos han prometido hacerlo. Pero las palabras se las lleva el viento, y Penny no está segura de si puede confiar en ellos. La ley exige que los políticos revelen las fuentes de sus contribuciones. Penny observa que el primer político ha recibido apoyo de la industria del carbón todos los años, mientras que el segundo político solo recibe apoyo de grupos ambientalistas. Gracias a la transparencia, Penny está segura de que el segundo político seguirá sus políticas preferidas. La transparencia hizo que el discurso del segundo político fuera creíble, lo que llevó a Penny a gastar dinero en apoyarlo. En este caso, la transparencia mejora la discusión pública.

En consonancia con este ejemplo, algunos comentarios hechos por ciertos políticos sugieren que la transparencia funciona a su favor. Durante la elección presidencial de 2016, los candidatos Hillary Clinton y Donald Trump alentaron a sus seguidores a donar generosamente y "ver su nombre en un informe importante de la FEC"[249]. (La Comisión Federal de Elecciones, o "FEC", por su nombre en inglés), es la agencia federal que publica la información requerida por las leyes de transparencia). Implícito en esta afirmación está el hecho de que Clinton, Trump y todos los demás verían los

[248] *Id.*

[249] Abby K. Wood & Michael D. Gilbert, *Disclosure Can Encourage Political Speech*, The Hill, 21 de octubre de 2016.

nombres. Así, el estado certificaría que se realizó una donación política. Esa certificación podría ser valiosa para las personas que buscan influencia, empleos o ayuda de un grupo político. Clinton y Trump aprovecharon este hecho y utilizaron la transparencia para atraer contribuciones.

Preguntas

1.6.1. Supongamos que las normas de transparencia estimulan la discusión pública más que lo que la inhiben. En este caso, ampliar las leyes de transparencia debería mejorar la información de los votantes. Usa la distinción entre información sustantiva e información acerca de la fuente para explicar por qué.
1.6.2. Las leyes de transparencia tienen vacíos legales, lo que resulta en anuncios en negro, es decir, anuncios políticos cuya fuente no puede rastrearse. Ampliar las leyes de transparencia podría eliminar esos vacíos. ¿Mejoraría esto la información de los votantes?
1.6.3. Una ley de Ohio prohibía la difusión anónima de propaganda política. Margaret McIntyre, una ciudadana privada, violó la ley al distribuir panfletos hechos a mano que alentaban a las personas a votar en contra de un nuevo impuesto. Muchos de los panfletos no estaban firmados. En el caso *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, la Corte Suprema anuló la ley de Ohio, argumentando que violaba el derecho a la libertad de expresión garantizado por la Primera Enmienda[250]. ¿Es esta decisión coherente con el análisis económico de la transparencia y la información de los votantes?

Divulgación y Corrupción

Algunas personas participan de la política por razones ideológicas o para expresarse a sí mismas. Otras tienen motivos más oscuros: quieren algo a cambio. La corrupción ocurre cuando una persona apoya a un político a cambio de un favor. Las leyes de transparencia están diseñadas para evitar este tipo de *quid pro quo.* La lógica es la siguiente: al hacer pública la información sobre el dinero que fluye hacia los políticos—quién dio qué a quién—se revela el "quid" en las transacciones corruptas. Temerosos de ser expuestos, los actores corruptos no realizan contribuciones, y la corrupción es disuadida. "Se dice que la luz del sol es el mejor desinfectante".

[250] 514 U.S. 334 (1995).

Los tribunales han respaldado leyes de transparencia sobre esta base. Argumentan que, aunque la transparencia inhibe el discurso (una conclusión cuestionable, como explicamos más arriba), también disuade la corrupción. Los beneficios superan los costos.

¿Realmente la divulgación disuade la corrupción? La empresa de Quinn fabrica tanques. Él quiere comprar el voto de un senador para un proyecto de ley de defensa. ¿A quién debería dirigirse? Ofertar dinero al senador equivocado podría resultar en una acusación de soborno. Suponiendo que Quinn identifique a un senador corruptible, ¿qué debería ofrecer? ¿Una contribución de campaña? ¿De qué tamaño debería ser? Si Quinn y el senador acuerdan un precio, ¿pueden comprometerse a cumplir el acuerdo? No pueden firmar un contrato ejecutable en el que Quinn se comprometa a hacer una contribución a la campaña del senador y el senador acuerde darle su voto. Los contratos con un objeto ilícito no son ejecutables. Sin un contrato, Quinn y el senador deben confiar el uno en el otro. Si la promesa de Quinn de apoyar al senador es creíble, y si la promesa del senador de entregar el voto es creíble, intercambiarán un voto por una contribución. De lo contrario, el acuerdo fracasará.

Para comprar un voto, Quinn debe superar todos estos obstáculos de la negociación. Las leyes de transparencia facilitan esa tarea. ¿A qué senador debería acercarse Quinn con su oferta corrupta? Los registros de transparencia señalan quienes son buenos candidatos al decirle a Quinn a quiénes apoyan otros fabricantes de tanques. ¿Cuánto dinero debería ofrecer Quinn? Los registros muestran cuánto dan los demás al senador. ¿Puede confiar Quinn en el senador, y puede el senador confiar en él? Los registros les permiten evaluar la credibilidad del otro. Los registros le dicen a Quinn quién ha apoyado al senador en el pasado. Al compararlos con el historial de votación del senador, Quinn puede determinar si el senador recompensa a sus benefactores. De igual manera, los registros de transparencia le dicen al senador a quién ha apoyado Quinn. Al compararlos con los registros de votación, el senador puede determinar si Quinn recompensa a los legisladores que cumplen. En resumen, los registros de divulgación reducen los costos de transacción de esta negociación corrupta.

Consideremos un ejemplo. Tom "el Martillo" DeLay fue una vez un poderoso y temido miembro del Congreso. DeLay llevaba un libro con información detallada sobre contribuciones "amistosas" a miembros de su partido y contribuciones "no amistosas" a sus oponentes. Mostraba a los encargados del cabildeo en qué lugar estaban parados. El libro de DeLay era como un menú crudo de precios. El libro se volvió legendario en Washington. Cuando un asistente le preguntó si la leyenda debería ser mejor guardada, DeLay respondió: "No, que se haga más grande". ¿Cómo pudo DeLay llevar un registro de las contribuciones

de los cabilderos, incluidas las realizadas a miembros del otro partido político? Por supuesto, mediante los registros de transparencia.

En resumen, la transparencia de las donaciones políticas (todos saben quién dio cuánto) reduce la corrupción al exponerla al público. El anonimato en las donaciones políticas (nadie sabe quién dio cuánto) reduce la corrupción al inhibir la negociación de acuerdos. Así, la ley de transparencia crea un *trade off*. Más divulgación disuade la corrupción al exponerla, y menos divulgación disuade la corrupción al aumentar los costos de transacción de la negociación.

1.7. Fraude Electoral

Hemos discutido cómo la falta de información puede afectar la representación en las elecciones. Otra causa de que haya una mala representación es el fraude electoral, que ocurre de muchas maneras. Una persona que busca promover el fraude electoral puede votar múltiples veces, manipular las máquinas de votación, robar, comprar o falsificar votos por correo. Las dictaduras pueden tener una cáscara democrática detrás de la cual no hay sustancia alguna. "Las personas que cuentan los votos," dijo Joseph Stalin, "deciden todo"[251]. Incluso democracias fuertes son vulnerables al fraude. George Washington compró votos con licor[252]. En 2019, Carolina del Norte tuvo que realizar de nuevo una elección al Congreso después de un escándalo sobre la "recolección" de votos[253].

Las acusaciones de fraude electoral crean tormentas políticas en Estados Unidos. Un lado argumenta que el fraude es manifiesto y descarado. Muchos estados han respondido promulgando leyes de "identificación del votante" que requieren que las personas presenten una identificación que incluye una foto emitida por el gobierno, como una licencia de conducir, antes de emitir un voto. Los críticos argumentan que estas leyes no están justificadas. Algunas personas pobres, discapacitadas y ancianas no tienen licencia de conducir y no pueden reunir los documentos, completar los formularios o pagar las tarifas para obtenerlos. Además, dicho requisito solo apunta a votantes que falsean su identidad en persona (por ejemplo, Renee dice ser Samantha). No disuaden el fraude realizado por otros medios, como el voto por correo, donde probablemente el fraude es más común. Según los críticos, el verdadero

[251] Esta cita a menudo se atribuye a Stalin, pero hay poca evidencia de que la haya dicho.

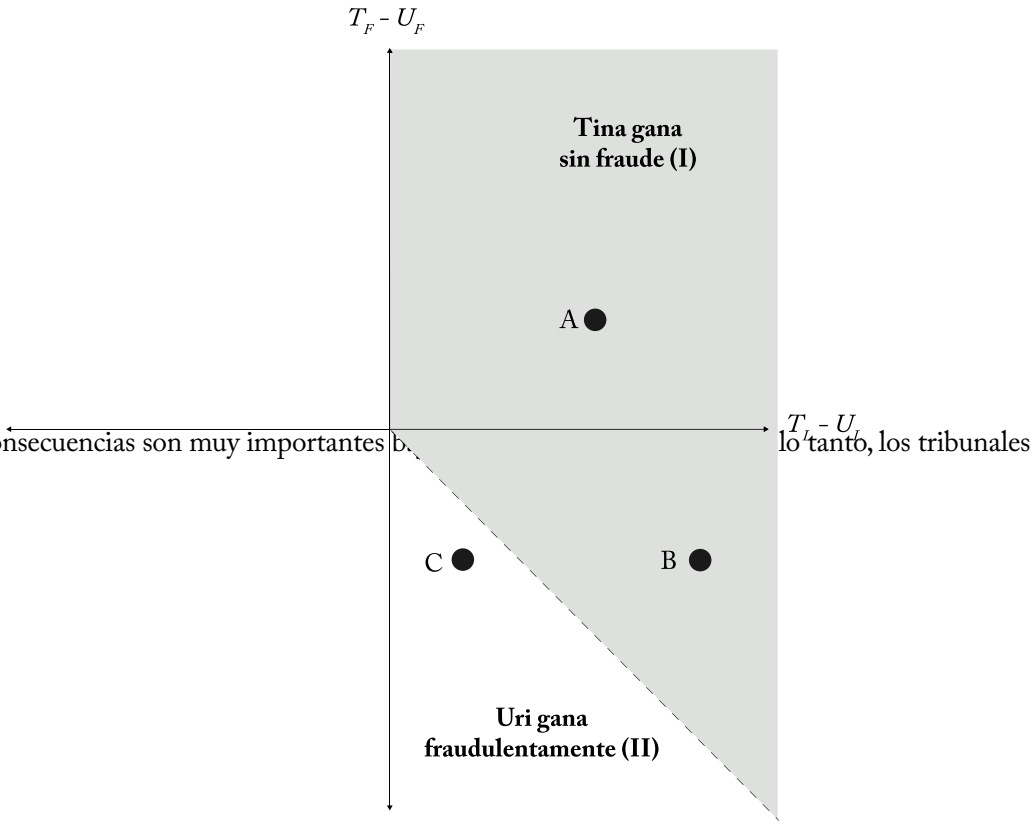
[252] Tracy Campbell, Deliver the Vote: A History of Election Fraud, an American Political Tradition—1742–2004, en 5, 62–64, 86 (2005).

[253] John Bowden, *House Clerk to Take Over Constituent Services for Contested North Carolina District,* The Hill, 14 de marzo de 2019. "Recolección de votos" es un término despectivo utilizado para referirse a la recolección y presentación de los votos de otras personas. Se produce un error si alguien *llena* o influye indebidamente en los votos de otras personas.

objetivo de las leyes de identificación del votante es suprimir el voto. Los legisladores republicanos, sostiene el argumento, están privando intencionalmente del voto a los votantes demócratas.

Los tribunales se han hecho parte de este debate. Consideremos el caso *Crawford v. Marion County Election Board* [254]. Los votantes impugnaron la ley de identificación de Indiana, argumentando que imponía una carga sobre su derecho al voto. Su impugnación presentaba pruebas débiles. Solo pudieron identificar a unos pocos votantes que tuvieron dificultades para identificarse mediante los mecanismos establecidos por dicha ley. El estado defendió ésta última con cargo a que la ley buscaba evitar el fraude electoral, siendo su argumentación una que también adolecía de pruebas débiles. Indiana no pudo identificar un solo caso de fraude electoral en persona en su historia. La Corte Suprema aplicó el test *Anderson-Burdick* descrito anteriormente en este capítulo. La Corte ponderó la carga sobre los votantes, que parecía mínima, contra el interés del estado en proteger sus elecciones, que en principio parecía fuerte. La Corte respaldó la ley.

Figura 14. Elección sin identificación de votante



Las consecuencias son muy importantes b. lo tanto, los tribunales

[254] 553 U.S. 181 (2008).

deberían tender a invalidar las leyes de identificación del votante que más que nada suprimen votos, y deberían sostener aquellas que por regla general impiden el fraude electoral.

Podemos aclarar estas consideraciones[255]. A modo de ejemplo, asumiremos en esta discusión que las elecciones resultan en una cantidad no trivial de votos fraudulentos. Que esto sea una imagen representativa de cómo son las elecciones hoy en día en los Estados Unidos parece bastante dudoso[256]. Sin embargo, esta es una suposición razonable sobre algunas elecciones antiguas en los Estados Unidos y sobre algunas elecciones en otras partes del mundo.

Imagina una elección que tiene dos candidatos, Tina y Uri. Tina obtiene votos legítimos que suman T_L, y Uri obtiene votos legítimos que suman U_L. De igual forma, Tina obtiene votos fraudulentos que suman T_F, y Uri obtiene votos fraudulentos que suman U_F. Supongamos que Tina obtiene más votos legítimos que Uri ($T_L > U_L$), por lo que Tina debería ganar la elección. ¿Lo hará? La respuesta depende de si obtiene más votos totales que Uri ($T_L + T_F, > U_L + U_F$).

La Figura 14 muestra las posibilidades. El eje horizontal representa el margen de votos legítimos que separa a los candidatos. En el origen, los candidatos obtienen el mismo número de votos legítimos ($T_L = U_L$). A medida que nos movemos hacia la derecha desde el origen, la ventaja de Tina en votos legítimos crece. El eje vertical representa el margen de votos fraudulentos que separa a los candidatos. En el origen, Tina y Uri tienen el mismo número de votos fraudulentos ($T_F = U_F$). Por encima del origen, Tina lidera en fraude, y por debajo del origen, Uri lidera en fraude.

Para aclarar la Figura 14, consideremos algunos ejemplos. El punto A representa una elección en la que Tina lidera tanto en votos legítimos como en votos fraudulentos. Para ser específicos, supongamos que en el punto *A* $T_L = 10$, $T_F = 3$, $U_L = 7$ y $U_F = 1$. Tina gana 13 a 8. El punto B representa una elección en la que Uri lidera en votos fraudulentos, pero no lo suficiente como para superar la ventaja de Tina en votos legítimos. Específicamente, en el punto *B* $T_L = 10$, $T_F = 1$, $U_L = 6$ y $U_F = 3$. Tina gana 11 a 9. Respecto de todos los puntos en la región sombreada I, Tina gana (como debería) y la elección no es fraudulenta (el fraude no afecta el resultado). El punto *C* representa una elección en la que Uri lidera en votos fraudulentos lo suficiente como para superar la ventaja de Tina en votos legítimos.

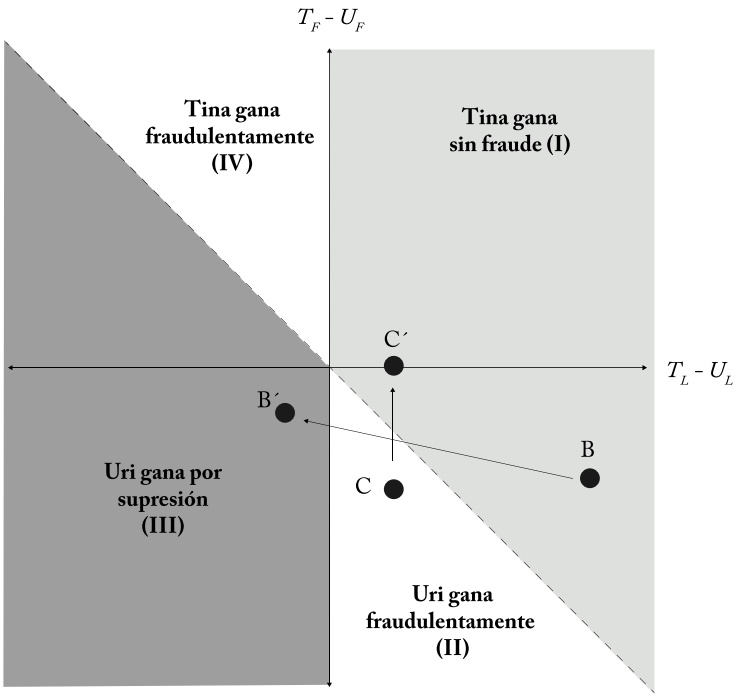
[255] El siguiente análisis se basa en Michael D. Gilbert, *The Problem of Voter Fraud*, 115 Colum. L. Rev. 739 (2015).

[256] Después de las elecciones presidenciales de 2020, Donald Trump y sus seguidores afirmaron que hubo un fraude electoral generalizado. Se llevaron a cabo varias auditorías, investigaciones y audiencias judiciales. Nada de esto mostró que hubiera un fraude electoral significativo o relevante.

Específicamente, en el punto *C* T_L = 10, T_F = 1, U_L = 9 y U_F = 3. Uri gana 12 a 11. Para todos los puntos en la región triangular II, Uri gana (aunque no debería) y la elección es fraudulenta. ¿Qué sucede si introducimos una ley de identificación de los votantes en la elección entre Tina y Uri? Como se discutió, la ley puede tener dos efectos. Primero, puede llevar a la supresión de votos legítimos. Si se suprimen más votantes de Uri, entonces Tina obtiene una ventaja en votos legítimos. Si se suprimen más votantes de Tina, entonces Uri obtiene una ventaja en votos legítimos. Segundo, la ley de identificación de los votantes puede disuadir el fraude. Supongamos que Tina lidera en votos fraudulentos al inicio. La ley podría aumentar su ventaja (si se disuade más fraude de Uri), reducir su ventaja (si se disuade más votos fraudulentos de ella), o incluso hacer que Uri lidere en votos fraudulentos.

La Figura 15 muestra las posibilidades. Supongamos que sin una ley de identificación del votante, Uri ganaría fraudulentamente. Específicamente, la elección estaría en el punto *C* en la región II, donde T_L = 10, T_F = 1, U_L = 9 y U_F = 3. Supongamos que al realizar la elección con una ley de identificación del votante se eliminara el fraude. Así, T_L = 10, T_F = 0, U_L = 9 y U_F = 0. Uri perdería ante Tina, la ganadora legítima, por un voto de 10 a 9. La ley de identificación del votante mueve la elección del punto *C* en la región II al punto *C*' en la región I. La ley "limpia" la elección, tal como afirman muchos defensores de estas leyes.

Figura 15. Elección con identificación de votante



Consideremos otra posibilidad. Sin una ley de identificación del votante, Tina ganaría sin fraude (región I). Específicamente, la elección estaría en el punto *B* de la Figura 15, donde T_L = 10, T_F = 1, U_L = 6 y U_F = 3. Con una ley de identificación del votante, los votantes de Tina son suprimidos, por lo que Uri obtiene una ventaja decisiva. Después de la supresión, los totales de votos son T_L = 5, T_F = 0, U_L = 6 y U_F = 1[257]. Uri gana mediante la supresión por un voto de 7 a 5. La ley de identificación del votante mueve la elección del punto *B* en la región I al punto *B*' en la región III. Este escenario refleja lo que temen muchos opositores a las leyes de identificación.

Hemos mostrado los escenarios que imaginan tanto los defensores como los opositores de la ley de identificación del votante. Sin embargo, estos escenarios no son los únicos. Las leyes de identificación del votante pueden tener efectos que los comentaristas no esperan. Tomemos otro ejemplo numérico. Sin una ley de identificación del votante, Tina recibiría 13 votos legítimos y 4 votos fraudulentos, y Uri recibiría 10 votos legítimos y 6 votos fraudulentos. Tina gana sin fraude, 17 a 16. Ahora volvamos a ejecutar la elección con una ley de identificación del votante. Para simplificar, supongamos que no se suprimen votos, por lo que Tina y Uri obtienen 13 y 10 votos legítimos, respectivamente. Sin embargo, algo de fraude es disuadido. Tina obtiene solo 1 voto fraudulento y Uri solo 5. Uri gana la elección fraudulentamente, 15 a 14. En la Figura 15, la ley de identificación del votante causa una elección fraudulenta al moverla de la región I a la II.

Para entender mejor este ejemplo, concéntrate en los márgenes de voto. La ley reduce el número total de votos fraudulentos de 10 a 6. Sin embargo, aumenta el margen de votos fraudulentos de 2 (Uri obtiene 6 frente a los 4 de Tina) a 4 (obtiene 5 frente a su 1). La ley aumenta el margen al disuadir el fraude de manera asimétrica. A medida que aumenta el margen de votos fraudulentos, el riesgo de que el fraude decida la elección también crece. Esto es cierto incluso si el número total de votos fraudulentos disminuye.

El mismo análisis se aplica a la supresión de voto. Si una ley de identificación del votante suprime los votos de Tina y Uri de manera simétrica, no puede afectar quién gana en votos legítimos. Si la ley lleva a una supresión de votos asimétrica, ello puede afectar quién gana en votos legítimos.

Una vez que entiendes los márgenes de voto, ves que las leyes de identificación del votante pueden tener muchos efectos. En la Figura 15, una ley que exija identificación de los votantes puede

[257] Este ejemplo supone que la ley de identificación de votantes logra disuadir algo de fraude y suprime un gran porcentaje de votos legales. En realidad, las leyes de identificación parecen suprimir un pequeño porcentaje de votos legales, si es que alguno. Para una revisión de estudios empíricos sobre este tema, ver Emily Rong Zhang, *Questioning Questions in the Law of Democracy: What the Debate over Voter ID Laws' Effects Teaches about Asking the Right Questions*, UCLA L. Rev (2022).

mover una elección desde cualquier punto de las regiones I o II a cualquier otro punto en la figura. Como explicamos, las consecuencias importan bajo el test *Anderson-Burdick*, que determina la constitucionalidad de las leyes de identificación del votante. Los jueces no pueden conocer las consecuencias de una ley de este tipo con certeza; hay demasiadas posibilidades. En lugar de hechos claros, se basan en intuiciones. Este análisis agudiza dichas intuiciones. *Las leyes de identificación del votante no pueden hacer que las elecciones sean más seguras a menos que reduzcan el margen de votos fraudulentos que separa a los candidatos.*

Preguntas

1.7.1. "Ambos candidatos en la última elección recibieron 1.000 votos fraudulentos. El fraude decidió la elección". ¿Qué tiene de incorrecta esta afirmación?
1.7.2. Sin una ley de identificación del votante, *A* y *B* recibirían cada uno 50 votos fraudulentos. Con una ley de identificación del votante, *A* recibiría 5 votos fraudulentos y *B* recibiría 0 votos fraudulentos. Por lo tanto, la ley de identificación del votante reduciría los votos fraudulentos en un 95%. ¿Debería el estado adoptar la ley?
1.7.3. En la Figura 15, una ley de identificación del votante puede mover una elección de la región II a la III, o de la región I a la IV. Demuestra estas posibilidades con ejemplos numéricos que involucren a Tina y Uri.
1.7.4. Algunos estados quieren que los votantes comprueben que tienen ciudadanía antes de emitir su voto. Algunos estados quieren "depurar" sus registros de votantes, eliminando a aquellos que se han mudado o han fallecido. Algunos estados quieren reducir el tiempo de votación anticipada. Algunas personas quieren eliminar la votación por correo. Muchas de estas propuestas pretenden reducir los votos fraudulentos, y todas ellas podrían suprimir votos legítimos. ¿Qué sugiere el análisis anterior sobre las diferencias y similitudes que tienen los efectos de estas leyes?

2. Estructuras de Representación

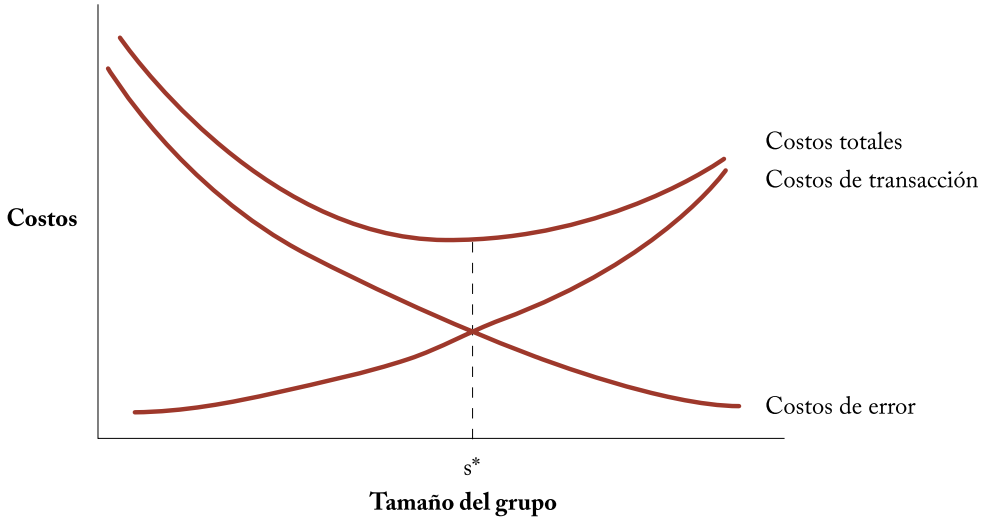
Una república, escribió James Madison, "refinará y ensanchará las perspectivas que tiene la ciudadanía, al hacerlas pasar por un cuerpo electo de ciudadanos, cuya sabiduría les permite discernir mejor el

verdadero interés de su país"[258]. El "cuerpo electo" son los representantes del pueblo que ocupan cargos públicos. Aquí, nos enfocamos en cómo está organizado este cuerpo electo. Las legislaturas pueden ser grandes o pequeñas, y los legisladores pueden representar a muchos ciudadanos o a pocos. La delimitación de distritos legislativos puede producir elecciones competitivas o *gerrymandering*. El análisis económico ayuda a perfilar mejor estas posibilidades. Después de discutir la organización del "cuerpo electo", analizamos su motivación. ¿Le importa al cuerpo electo el interés público?

2.1. El Tamaño de las Legislaturas

En el condado de Bleckley, Georgia, un único comisionado ejercía todas las funciones ejecutivas y legislativas del condado. Los afroamericanos argumentaron que este arreglo violaba la Constitución y la *Voting Rights Act*. Su argumento era el siguiente: si el comision*ado* fuera reemplazado por una comis*ión* de cinco miembros, y si los cinco comisionados fueran elegidos de cinco distritos, los afroamericanos podrían constituir una mayoría en uno de los distritos. Así, ejercerían más poder político. En *Holder v. Hall*[259], la Corte Suprema rechazó esta alegación. Nadie podría decir cuán grande debería ser la comisión, razonaron los jueces, y así no había un punto de referencia contra el cual comparar el gobierno del condado. "No hay una razón fundamentada por la cual se deba elegir un tamaño sobre otro"[260].

Figura 16. Tamaño Óptimo de la Legislatura



[258] The Federalist No. 10, en 51 (James Madison) (Ian Shapiro ed., 2009).

[259] 512 U.S. 874 (1994).

[260] *Id.* en 881.

A diferencia de la Corte Suprema, utilizando conceptos económicos, nosotros sí podemos ofrecer una prescripción que sirva para elegir el tamaño de un cuerpo de gobierno. Supongamos que una convención constitucional debe decidir el tamaño de la legislatura. La legislatura podría consistir en una sola persona, en todas las personas que la convención representa o en cualquier número intermedio. ¿Cuál es el tamaño óptimo? Dos consideraciones parecen ser especialmente relevantes[261].

Primero, para que se llegue a tener legislación se requieren costosas negociaciones. Como se discutió en un capítulo anterior, el costo de negociar tiende a disminuir a medida que se reduce el número de negociadores. Por lo tanto, una legislatura que consiste en un solo representante minimiza los costos de transacción de las negociaciones políticas, y una legislatura compuesta por todas las personas maximiza los costos de transacción de las negociaciones políticas.

Segundo, una legislatura más grande tiene un mayor ratio de representantes respecto a ciudadanos. A medida que aumenta esta proporción, los ciudadanos tienen más probabilidades de conocer a sus representantes, y los representantes tienen más probabilidades de conocer a sus electores. Con menos electores, un legislador puede identificar más fácilmente las preferencias de sus electores. Por ejemplo, para ganar la mayoría de votos en un distrito, un candidato puede necesitar identificar al votante mediano. Esto se vuelve más fácil a medida que disminuye la ratio de ciudadanos por representante. Con menos electores, un legislador comete menos errores al representarlos. Llevado al extremo, una legislatura compuesta por todos los ciudadanos no comete errores de representación.

El tamaño óptimo de la legislatura equilibra los errores de representación y los costos de las negociaciones políticas. A medida que crece la legislatura, disminuyen los errores de representación y aumentan los costos de transacción de las negociaciones legislativas. Considerando ambos factores, el tamaño de la legislatura es óptimo cuando un miembro adicional mejora la representación en una cantidad igual al incremento en los costos de transacción de la negociación legislativa. Para ilustrar el óptimo, el eje horizontal de la Figura 5.5 indica el tamaño del grupo que toma la decisión, y el eje vertical indica los costos de tomar una decisión. Según el gráfico, los costos de transacción aumentan con el tamaño del grupo, mientras que los costos de representación disminuyen, al menos hasta cierto punto. El punto más bajo de la curva de costo total, denotado como s*, indica el tamaño óptimo del grupo.

[261] *Véase* Robert Cooter, The Strategic Constitution 175 (2000).

Este *trade off* es inevitable cuando se tienen gobiernos representativos, por lo que lo llamamos el arreglo republicano*. En una república, donde los funcionarios representan a los ciudadanos, mejorar la representación usualmente implica costos de transacción más altos.

El arreglo republicano parece explicar algo que caracteriza a algunas democracias problemáticas. Si la legislatura es grande y los partidos políticos están fragmentados, el gobierno de la mayoría se estanca: la legislatura puede debatir pero no actuar. En consecuencia, de vez en cuando, un "hombre fuerte"—tal vez un líder de partido, un general o un oficial secreto—toma el poder y reemplaza a la legislatura. El hombre fuerte puede lograr cosas, pero carece de legitimidad. No representa a nadie, por lo que no hace lo que la gente quiere. Así, la democracia entra a un estado de pausa, pero no termina. Eventualmente, el poder regresa de nuevo de manos del hombre fuerte a la legislatura. Esta democracia es problemática porque no puede encontrar el equilibrio entre los costos de error en la representación y los costos de transacción.

Preguntas

2.1.1. Recuerda *Holder v. Hall*. ¿Sería preferible una comisión de cinco miembros a una comisión de un solo miembro? ¿Depende la respuesta de la población del condado de Bleckley?
2.1.2. El estado de Nebraska tiene aproximadamente dos millones de personas, y la legislatura estatal tiene una cámara compuesta por 49 miembros. El estado de New Hampshire tiene aproximadamente 1,4 millones de personas, y la legislatura estatal tiene dos cámaras: una cámara alta con 24 miembros y una cámara baja con 400 miembros. Utiliza nuestro análisis para predecir algunas diferencias en el desempeño de las legislaturas en estos dos estados.
2.1.3. Supongamos que la inmigración diversifica la población de un país. Predice el cambio resultante, si lo hubiera, en las curvas de la Figura 16.

2.2. Bicameralismo

Las constituciones a menudo crean dos cámaras en la legislatura con diferentes principios de representación. En el Congreso de los EE. UU., la Cámara de Representantes (cámara baja) está compuesta por 435 miembros, cada uno representando aproximadamente el mismo número de

*Nota del traductor: originalmente, Cooter y Gilbert denominan "the republican compromiso" a aquello que en la traducción opté por nombrar como "arreglo republicano". La versión en inglés tiene una connotación a que se está llegando a una solución de compromiso, una especie de punto medio que no es el favorito de ninguna de las partes.

votantes. El Senado (cámara alta) está compuesto por dos representantes elegidos de cada uno de los 50 estados[262]. De manera similar, el Parlamento Europeo está compuesto por 705 miembros, contando los países más poblados con más miembros que los países menos poblados[263]. Para promulgar leyes, el Parlamento Europeo debe cooperar con el Consejo de Ministros de Europa, que consta de un representante de cada nación de la Unión Europea.

Un capítulo anterior relacionó el bicameralismo con la negociación. Aquí conectamos el bicameralismo con la representación. Con el bicameralismo, es más difícil aprobar nuevas leyes, lo que impide que la minoría explote a la mayoría y también evita que la mayoría explote a la minoría. Para explicar este hecho, contrastaremos la representación unicameral y bicameral.

Supongamos que una nación tiene una legislatura unicameral y que distritos de igual tamaño eligen, por mayoría de votos, a un representante cada uno. En principio, el partido que representa a una cuarta parte de la población podría controlar la legislatura. Para hacerlo, el partido necesitaría ganar el 51% de los votos en el 51% de los distritos. Así, el partido que gana un poco más de una cuarta parte de los votos en la nación obtiene la mayoría de los escaños en la legislatura. El partido que representa a una cuarta parte de la población podría aprobar leyes que van en contra de la visión de la mayoría de los ciudadanos. (Para lograr este resultado, los distritos deben ser manipulados mediante *gerrymandering*, un tema que consideraremos más adelante).

La Figura 17 muestra estos hechos. Supongamos que una nación está formada por tres estados, denominados *A*, *B* y *C*. Supongamos que hay dos partidos, llamados Izquierda y Derecha. La zona sombreada representa el número de votantes de Derecha, y la zona en blanco representa el número de votantes de Izquierda. La mitad superior de la figura muestra las lealtades partidarias de los votantes en los estados *A*, *B* y *C*. La mitad inferior de la figura divide los estados en cinco distritos y muestra las lealtades partidarias de los votantes en cada distrito.

En un sistema unicameral, la cámara baja es la única cámara. Así que nos centramos en la mitad inferior de la figura. En los distritos 1, 3 y 5, el 51% de los votantes son de Derecha, mientras que en los distritos 2 y 4, el 0% de los votantes son de Derecha. Cada distrito elige un representante para la

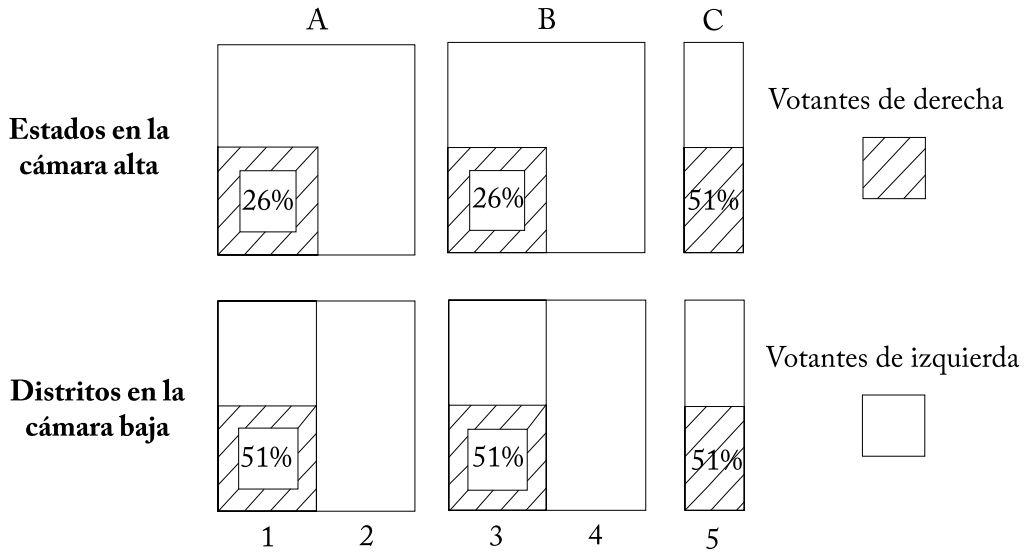
[262] La representación por estados supone que existe una representación desproporcionada de las personas. Para ilustrar, Wyoming y California tienen dos senadores cada una, aunque la población de Wyoming es menos del 2% de la población de California.

[263] Siguiendo la salida del Reino Unido de la Unión Europea, el número pasó de 751 a 705.

legislatura. En consecuencia, en la legislatura unicameral, Derecha controla tres escaños e Izquierda controla dos escaños. Así, la Derecha puede dominar a la Izquierda. Sin embargo, el porcentaje de votos populares de la Derecha en toda la nación es mucho menor al 50%, mientras que el porcentaje de votos populares de la Izquierda en toda la nación es mucho mayor al 50%.

El bicameralismo cambia este resultado. Supongamos que la segunda cámara representa a los estados, donde los distritos 1 y 2 constituyen el Estado *A*, los distritos 3 y 4 constituyen el Estado *B*, y el distrito 5 constituye el Estado *C*. La mitad superior de la Figura 5.6 representa estos hechos. Cada estado elige un representante para la cámara alta, así que Derecha controla un escaño e Izquierda controla dos escaños. La minoría en todo el cuerpo político controla la primera cámara, y la mayoría en todo el cuerpo político controla la segunda cámara. Así, la Derecha controla la cámara baja y la Izquierda controla la cámara alta.

Figura 17. Unicameralismo y Bicameralismo



En este ejemplo, el sistema bicameral impide que la minoría domine a la mayoría. Observa, sin embargo, que los mismos hechos pueden verse de otra manera: añadir una segunda cámara impide que la mayoría domine a una minoría. Para entender por qué, comencemos con una legislatura unicameral compuesta por la cámara representada en la mitad superior de la Figura 17. La Izquierda controla dos de los tres escaños, y obtiene casi el 70% del voto popular. Una legislatura unicameral compuesta por esta cámara permite que la mayoría de Izquierda gobierne. Ahora añade otra cámara como se muestra en la mitad inferior de la Figura 17. La cámara baja tiene cinco escaños y la Derecha controla tres de

ellos. Así, bajo el bicameralismo, la minoría de Derecha con aproximadamente el 30% del voto popular puede bloquear a la mayoría de Izquierda con aproximadamente el 70% del voto.

En general, el bicameralismo puede proteger a la mayoría de la minoría, y a la minoría de la mayoría. Esto puede reducir los errores de representación. Sin embargo, mejorar la representación tiene un precio. La legislación exitosa requiere negociación entre las dos cámaras de la legislatura. Así, en la figura anterior, la legislación exitosa requiere que la Derecha en la cámara baja llegue a acuerdos con la Izquierda en la cámara alta. Lograr que muchos legisladores de dos cámaras estén de acuerdo es más difícil que lograr que pocos legisladores de una sola cámara estén de acuerdo. El bicameralismo aumenta los costos de transacción para legislar.

En resumen, el bicameralismo tiende a mejorar la representación, pero aumenta los costos de transacción de las negociaciones políticas. Este es el arreglo republicano.

Preguntas

2.2.1. Explicamos que el bicameralismo puede proteger a las minorías de las mayorías. Un enfoque más convencional protege a las minorías consagrando derechos en la constitución. Si ya tienes bicameralismo, ¿por qué seguirías queriendo derechos? (Discutimos los derechos en un capítulo posterior).
2.2.2. Recuerda la *Line-Item Veto Act*, que (antes de ser invalidada por la Corte Suprema en *Clinton v. New York*) otorgaba al Presidente el poder de vetar disposiciones individuales en proyectos de ley de gastos. La ley permitía al Presidente eludir el arreglo bicameral al cambiar los términos de los acuerdos alcanzados por la Cámara de Representantes y el Senado. Analiza las implicancias que dicha ley tiene para la mayoría y minoría política de la nación.

2.3. La regla de mayoría y la Representación Proporcional

En los Estados Unidos, los partidos Demócrata y Republicano dominan la escena política. Este sistema deja a muchos votantes frustrados. Ralph Nader, un activista pro derechos del consumidor,

lo denominó "una prisión política" [264]. En el año 2000, se postuló como candidato del Partido Verde, un tercer partido, recibiendo apoyo de los progresistas y aproximadamente un 3% del voto nacional. Además de los progresistas, otros grupos como libertarios y comunistas se sienten no representados en el sistema estadounidense. Aunque algunos ciudadanos demandan más opciones, dos partidos continúan dominando la política de EE. UU. ¿Por qué? La economía nos da una respuesta.

Recordemos cómo opera la regla de mayoría en una elección: el candidato que recibe la mayoría de los votos en una elección única gana el cargo. Para ilustrar, si los votos se dividen entre tres candidatos en proporciones de 40%, 31% y 29%, el candidato con el 40% de los votos ganará. Los países como Estados Unidos, que emplean la regla de mayoría, tienden a tener dos partidos dominantes. Esta proposición se conoce como la *Ley de Duverger,* en honor al académico que la desarrolló[265].

Para ver el sentido de esta "ley", regresemos a nuestro ejemplo con cinco votantes: Kim, Larry, Mary, Ned y Olivia. Supongamos que Kim y Larry están representados por el Partido Demócrata, y Ned y Olivia por el Partido Republicano. Mary es la votante mediana y vota por el Partido Demócrata o Republicano, dependiendo de cuál apela más a sus intereses en dicha elección. Ahora, supongamos que se forma el *Tea Party**. Este tercer partido conservador atrae el apoyo de Olivia. El apoyo de Olivia no hará que el *Tea Party* gane, pero podría causar que su segunda opción (el Partido Republicano) pierda y que su última opción (el Partido Demócrata) gane. Este es un mal resultado para todos en el extremo derecho del espectro político. Para evitar esto, el Partido Republicano tiene un incentivo para negociar con el *Tea Party* e inducirlo a unirse a los republicanos. La fusión de los republicanos y el *Tea Party* reducirá el número de partidos de tres a dos. Esto es la *Ley de Duverger* en acción: la regla de mayoría tiende a eliminar los terceros partidos.

Siguiendo esta lógica, ¿qué impide que los dos partidos rivales—Republicano y Demócrata—se fusionen en una gran coalición? Si los partidos permanecen separados, el partido ganador disfruta de los beneficios del poder (cargos, contratos, subvenciones, etc.). Si los partidos se fusionan, deben compartir los beneficios del poder entre sí. Así, el deseo de concentrar los beneficios del poder usualmente evita las fusiones entre los dos partidos dominantes.

[264] Michelle Goldberg, *The Folly of Ralph Nader*, Slate, 15 de septiembre de 2016.

[265] Maurice Duverger, Political Parties 209–10 (Barbara North & Robert North trans., 1969). Esta ley no aplica siempre, sino que es más bien una generalización que admite excepciones.

* Nota del traductor: Opté por dejar en su versión original en inglés el término "tea party". Este hace referencia, presumiblemente, a un evento fundacional de lo que vendría a ser llamado como los Estados Unidos de América. Este evento consiste del vertimiento del té inglés al mar en Boston como protesta frente a una regulación tributaria impuesta por la corona.

Hemos explicado que la regla de mayoría sofoca a los terceros partidos. ¿Qué regla electoral les da aliento? La representación proporcional. En un sistema de representación proporcional, cada partido político recibe escaños en la legislatura en proporción a los votos que obtiene en la elección. Para demostrarlo, los ciudadanos en Israel no votan por candidatos individuales. En cambio, votan por partidos políticos[266]. Si el Partido Likud obtiene el 20% de los votos, entonces el partido recibe el 20% de los escaños en la legislatura nacional. En un sistema de representación proporcional, un ciudadano no "desperdicia" un voto al votar por un partido pequeño. Del mismo modo, un partido pequeño no necesita unirse a uno grande para ejercer poder político. Si generalizamos, podemos decir que la representación proporcional fragmenta a los partidos al empoderarlos a todos, mientras que la regla de mayoría consolida a los partidos al despojar de poder a los más pequeños.

La representación proporcional tiende a mejorar la representación. Para formalizar esta idea, definimos el *error en la representación de un partido* como la diferencia entre la fracción del voto popular del partido y la fracción de escaños que ocupa en la legislatura. Para ilustrar, supongamos que la fracción del voto popular para la legislatura de Israel equivale a 0,6 (60%) para el Partido Likud, 0,3 (30%) para el Partido Laborista y 0,1 (10%) para el Partido Kulanu. Ahora, comparemos la regla de mayoría y la representación proporcional. En un sistema de mayoría, el Partido Likud ganaría todos los escaños, por lo que el error en la sobre-representación del Partido Likud es $|1 - 0.6|$. (La notación matemática $|...|$ significa "valor absoluto", por lo que la diferencia siempre se expresa como un número positivo). De manera similar, el error en la sub-representación del Partido Laborista y del Partido Kulanu es $|0 - 0.3|$ y $|0 - 0.1|$, respectivamente. El error total bajo la regla de mayoría es igual a $|1 - 0.6| + |0 - 0.3| + |0 - 0.1| = 0.8$. En contraste, un sistema de representación proporcional asigna el 60% de los escaños al Partido Likud, el 30% al Partido Laborista y el 10% al Partido Kulanu. El error en la representación es igual a $|0.6 - 0.6| + |0.3 - 0.3| + |0.1 - 0.1| = 0$.

La representación proporcional reduce los errores de representación. Sin embargo, al fragmentar a los partidos, eleva los costos de transacción de la negociación política. En sistemas de representación proporcional, a menudo los partidos individuales no obtienen una mayoría de escaños. En las elecciones de Alemania de 2017, el partido más grande y popular, la Unión Demócrata Cristiana (CDU por sus siglas en alemán), obtuvo solo el 33% de los votos[267]. Para gobernar, la CDU debe formar una coalición con otros partidos. Sumando a sus integrantes, la coalición debe comandar más

[266] Este es un sistema de lista cerrada. Un sistema de lista abierta otorga a los votantes algo de influencia sobre los candidatos del partido. Los sistemas de representación proporcional vienen en muchas variantes.

[267] Sean Clarke, *German Elections 2017: Full Results*, The Guardian, 25 de septiembre de 2017, https://www.theguardian.com/world/ng-interactive/2017/sep/24/german-elections-2017-latest-results-live-merkel-bundestag-afd

de la mitad de los votos en la legislatura para ser efectiva. En general, los legisladores de diferentes partidos no comparten la misma plataforma política, por lo que tienen más dificultades para llegar a un acuerdo.

Podemos relacionar la elección entre la regla de mayoría y la representación proporcional con el arreglo republicano. La regla de mayoría consolida a los partidos, lo que eleva el costo de los errores de representación y reduce los costos de transacción de la negociación política. La representación proporcional fragmenta a los partidos, lo que reduce el costo de los errores de representación y eleva los costos de transacción de la negociación política.

Preguntas

2.3.1. Durante las elecciones del año 2000, el conservador George W. Bush derrotó al liberal Al Gore por unos 500 votos en Florida. La victoria de Bush en Florida lo convirtió en presidente. Durante esa misma elección, el muy liberal Ralph Nader obtuvo alrededor de 97,000 votos en Florida. ¿Por qué John Kerry, el liberal en las elecciones presidenciales de 2004, desalentó a Nader de postularse nuevamente? ¿Por qué Nader decidió postularse de todos modos?
2.3.2. La representación puramente proporcional asigna los escaños de un partido en la legislatura de acuerdo con los votos que recibe en la elección. En una legislatura de 100 personas, un partido que reciba solo el 1% del voto obtendrá un escaño. Muchos países adoptan una regla de representación proporcional *mínima*. Para ilustrar, los partidos políticos en Israel deben ganar al menos el 3,25% de los votos para obtener escaños en la legislatura. Supongamos que Israel incrementa este umbral del 3,25% al 32,5%. ¿Qué sucedería con el número de partidos políticos, los errores de representación y los costos de transacción de las negociaciones en la legislatura?

Partidos Minoritarios y Estabilidad

Los demócratas y republicanos dominan la política estadounidense, tal como lo predice la *Ley de Duverger.* No obstante, sí existen partidos minoritarios. En las elecciones presidenciales de EE.UU., los partidos minoritarios que presentan candidatos suelen incluir a los libertarios, los verdes, el Partido de la Constitución y el Partido de la Reforma. A menudo, estos partidos enfrentan dificultades para acceder a las papeletas electorales. Considera el caso *Munro v.*

Socialist Workers Party. Dean Peoples se postuló para un escaño en el Senado de EE.UU. en el estado de Washington, yendo como candidato del pequeño Partido Socialista de los Trabajadores. Según la ley estatal, Peoples no podía competir en las elecciones generales a menos que obtuviera al menos el 1% de los votos en la primaria. (Washington realizaba una "primaria abierta", lo que significa que todos los candidatos aparecían en la misma papeleta, y solo aquellos que ganaban un cierto número de votos avanzaban a la elección general). Peoples no logró alcanzar el 1%. Impugnó la ley de acceso a la papeleta, alegando que violaba la Primera y la Decimocuarta Enmienda. La Corte Suprema rechazó su impugnación.

Los tribunales resuelven casos como este ponderando. Los jueces sopesan, por un lado, los derechos de los partidos y los votantes, y, por otro lado, los intereses del estado en limitar el acceso a las papeletas electorales. Algunos de los intereses estatales son autoevidentes, como evitar que las papeletas se llenen con los nombres de muchos candidatos. Pero dentro de dichos intereses estatales, hay uno que merece especial atención: la estabilidad. Al respaldar la existencia de un acceso más restrictivo a la papeleta, la Corte Suprema concluyó que los estados pueden "promulgar regulaciones electorales razonables que, en la práctica, puedan favorecer al sistema bipartidista tradicional, y que atenúan los efectos desestabilizadores de la fragmentación partidista y el faccionalismo excesivo".

¿Qué es el "faccionalismo excesivo" y por qué los estados buscan evitarlo? Esto suena como una excusa para suprimir la competencia política. Los legisladores que pertenecen a los principales partidos crean leyes de acceso a la papeleta y conspiran para mantener fuera de ella a los partidos minoritarios, sus rivales. Sin duda, la autopreservación ayuda a explicar estas leyes. Pero también está en juego algo más objetivo. A pesar de su nombre, la Ley de Duverger no es una ley. La regla de mayoría no garantiza un sistema estable de dos partidos, y los partidos minoritarios pueden desestabilizar al estado.

Imaginemos a los votantes distribuidos uniformemente en un espectro político que está constituido en solo un espacio. El votante más a la izquierda está en 0, y el votante más a la derecha está en 1. El votante mediano se encuentra en 0.5. Si dos partidos compiten por votos bajo la regla de mayoría, tienen un incentivo para fijar sus plataformas en 0.5. Una vez allí, no cambiarán sus plataformas. Esta es la lógica del teorema del votante mediano. ¿Qué ocurre si un tercer partido se une a la competencia? Ese partido podría establecer su plataforma, digamos, en 0.7. Los dos primeros partidos dividen los votos de todos los votantes entre 0 y 0.6, ganando un 30% cada uno, pero el tercer partido gana los votos de todos los votantes por encima de 0.6, ganando el 40%. El tercer partido gana. Previendo esto, el primer partido no se queda en 0.5

cuando el tercer partido entra en la carrera. Puede mover su plataforma a, digamos, 0.3. Ahora, el primer y tercer partido obtienen cada uno el 40% de los votos. Previendo esto, el segundo partido podría trasladarse a, digamos, 0.71. Los otros partidos reaccionarán, y el juego continúa. Los partidos no alcanzan un equilibrio estable. En cambio, cambian constantemente de plataformas. Esto es análogo a los votantes del capítulo anterior cuyas preferencias grupales eran intransitivas. Los estados pueden reducir esta inestabilidad limitando el número de partidos en la papeleta.

2.4. Una persona, un voto

"Los legisladores representan personas, no árboles ni hectáreas"[268]. Esta mención de la Corte Suprema anticipó su histórica decisión en *Reynolds v. Sims.* Para entender el caso, es útil entender su contexto. Ciertos funcionarios públicos dividen cada estado en distritos cuyos residentes eligen a los representantes para la legislatura estatal. Por ejemplo, si un estado tiene un senado de 50 miembros, los funcionarios generalmente dividen el estado en 50 distritos. Los votantes en cada distrito eligen a una persona para el senado estatal.

En la década de 1960, muchos distritos estaban "mal distribuidos", lo que significa que sus poblaciones variaban considerablemente. En New Hampshire, un distrito legislativo estatal tenía más de 3,000 personas, mientras que otro tenía solo tres. En California, un distrito del senado estatal contaba con seis millones de personas, mientras que otro tenía solo 14,000. El caso *Reynolds* decía relación con que se impugnó el diseño distrital de Alabama. Los votantes afirmaron que la distribución desigual de los distritos les negaba el "sufragio igualitario", lo que transgredía la Decimocuarta Enmienda. La Corte Suprema estuvo de acuerdo y consagró el principio de una persona, un voto, principio que exige que los distritos sean de igual tamaño[269].

Reynolds aborda cuestiones relativas a la desigualdad en el *poder del voto,* lo que se refiere a la probabilidad estadística de que el voto de una persona afecte el resultado de la elección. Para los votantes en distritos con escasa población, el poder de cada voto era relativamente alto. Con pocos votantes, es probable que el cambio de uno de ellos altere el resultado. Para los votantes en distritos con mucha población, el poder de cada voto era relativamente bajo. Con muchos votantes, es poco probable

[268] Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533, 562 (1964).

[269] Para ser precisos, los distritos a nivel estatal deben ser "sustancialmente iguales" en tamaño. *Véase* Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533, 568 (1964). Los tribunales han desarrollado que significa esto exactamente. *Véase, por ejemplo*, Larios v. Cox, 300 F. Supp. 2d 1320 (N.D. Ga.) (*afirmado*, 542 U.S. 947 (2004)).

que un cambio de uno de ellos cambie el resultado. Así, muchos votantes "diluyen" el poder de cada voto individual. Igualar el número de votantes en cada distrito iguala aproximadamente el poder del voto de cada persona.

¿Mejoró *Reynolds* la representación? Presumiblemente, la respuesta es que sí, aunque no para todos los votantes. En respuesta a *Reynolds*, se redibujaron los límites de los distritos mal distribuidos. Sacar votantes de un distrito concentró el voto entre quienes quedaron, aumentando así el poder de sus votos. Por el contrario, agregar votantes a un distrito diluyó el poder del voto de los residentes existentes.

Para ilustrarlo matemáticamente, imagina un estado con solo dos distritos. El primer distrito tiene un votante y un representante. El segundo distrito tiene nueve votantes y un representante. Así, la fracción de votantes del primer distrito es 0.1 y la del segundo distrito es 0.9. Definamos el error en la representación de una circunscripción como la diferencia entre la fracción de escaños de la circunscripción en la legislatura y su fracción del voto popular. El error de sobre-representación en el primer distrito es $|0.5 - 0.1|$, lo que equivale a 0.4. El error de sub-representación en el segundo distrito es $|0.5 - 0.9|$, que también equivale a 0.4. Así, el error total de representación para los dos distritos es 0.8. Los distritos están mal distribuidos.

Ahora, supongamos que los dos distritos son igualados bajo el principio de una persona, un voto, de modo que cada distrito tiene cinco votantes. El error de representación en cada distrito es $|0.5 - 0.5|$, para un error total de representación de cero. Los distritos están equitativamente distribuidos. Nótese que la igualación disminuye el poder del voto en el primer distrito y lo aumenta en el segundo distrito.

Este ejemplo respalda la decisión de la Corte en *Reynolds*. No obstante, *Reynolds* fue controversial. La Corte Suprema ordenó a decenas de estados redibujar sus distritos. Además, consideremos el disenso del Juez de la Corte Suprema Stewart respecto al principio de una persona, un voto:

> [E]l factor población debe a menudo ser dejado en un segundo lugar al momento de diseñar un plan de distribución distrital que logre el importante objetivo de garantizar una representación justa, efectiva y equilibrada de los intereses regionales, sociales y económicos dentro de un Estado… [A] lo largo de nuestra historia, las distribuciones de las legislaturas estatales han reflejado la fuerte tradición americana de que el interés público está compuesto por muchas voces diversas, y que a largo plazo dicha composición es mejor expresada por una mezcla de voces antes que por el imperio monolítico de la mayoría[270].

[270] Lucas v. Forty-Fourth Gen. Assembly of State of Colo., 377 U.S. 713, 751 (1964).

Para clarificar el argumento de Stewart, vuelve al ejemplo en que tenemos dos distritos: uno con un votante y el otro con nueve votantes. El votante en el primer distrito es un granjero que vive en el campo. Los otros nueve votantes son banqueros que viven en la ciudad. El granjero y los banqueros tienen diferentes preocupaciones y opiniones. Con distritos mal distribuidos, cada grupo obtiene un escaño en la legislatura. Para legislar, necesitan cooperar entre sí. Por el contrario, con distritos igualados, los banqueros controlan ambos escaños. Los banqueros no necesitan cooperar con el granjero para legislar. En consecuencia, según el argumento del Juez Stewart, distribuir los escaños de forma desigual expresa mejor los diversos intereses del granjero y de los banqueros que igualar la distribución. Igualar el tamaño de los distritos puede reducir la necesidad de la mayoría de cooperar con la minoría.

Preguntas

2.4.1. Supón que los dos distritos en nuestro ejemplo se igualan, de modo que se eligen dos banqueros. Supón que los costos de transacción para negociar entre ciudadanos privados y legisladores son nulos. El principio de una persona, un voto, ¿impide que se llegue al excedente que resulta de la negociación política?

2.4.2. El arreglo republicano implica que, en las circunstancias adecuadas, los distritos que están mal distribuidos en términos de población podrían encontrar el mejor equilibrio entre representación y costos de transacción. ¿Puedes explicar por qué? ¿Crees que los legisladores que crean distritos "desproporcionados" buscan el mejor equilibrio entre representación y costos de transacción?

2.4.3. "Una persona, un voto" es el titular que obtenemos del caso *Reynolds*, pero dicho titular no cuenta toda la historia. La Corte Suprema declaró que los distritos legislativos estatales deben ser "sustancialmente iguales" en tamaño. En la práctica, la variación que existe en la población que tienen diversos distritos puede alcanzar el 10% o más sin por ello transgredir la Constitución. ¿Por qué permitir a los estados cierta discreción, en lugar de exigir igualdad perfecta entre los distritos, podría ser una buena idea?

2.4.4. *Reynolds* requiere que los distritos sean aproximadamente iguales, pero no establece un tamaño específico. Los distritos pueden ser pequeños (los distritos de la elección Senatorial en Dakota del Norte tienen aproximadamente 16,000 personas cada uno) o grandes (los distritos de la elección Senatorial en Texas tienen aproximadamente un millón de personas cada uno). ¿Cuál es el tamaño distrital óptimo?

¿Una persona o un votante?

Reynolds requería que los estados igualaran el poder de voto. ¿O no? Normalmente, los estados igualan la cantidad de personas que están en cada distrito, no el número de votantes. Para ver la diferencia, supongamos que el Distrito *A* tiene nueve votantes y una persona no ciudadana (los no ciudadanos no pueden votar), mientras que el Distrito *B* tiene un votante y nueve no ciudadanos. Las poblaciones de los distritos coinciden, así que se satisface *Reynolds*, pero el poder del voto es desigual. En el Distrito *A*, nueve votantes comparten el poder, mientras que en el Distrito *B* un solo votante monopoliza el poder.

Una votante en Texas presentó una demanda con ocasión de este tipo de discrepancia. Ella alegó que la Constitución requería que el estado igualara a los votantes, no a la población. En *Evenwel v. Abbott*, la Corte Suprema rechazó su reclamo. Según la Corte, la Constitución no exige a los estados igualar a los votantes.

¿Debería la Constitución *permitir* a los estados igualar a los votantes? Los comentaristas asumen que igualar a los votantes perjudicaría la representación de los no votantes. Imaginan una circunstancia como la siguiente: el Distrito *A* tiene cinco votantes, y el Distrito *B* tiene cinco votantes y diez no ciudadanos. Esto no es inevitable. Tanto el Distrito *A* como el Distrito *B* podrían tener cinco votantes y cinco no ciudadanos. En general, los estados pueden trazar distritos que igualen tanto la población total como la población de votantes. Sin embargo, lograr esto podría violar otras normas, como aquella que exige que los distritos sean compactos.

Si igualar a los votantes implica perjudicar a los no votantes, entonces los estados enfrentan la disyuntiva que imaginan los comentaristas. ¿Qué ocurriría si los no votantes fueran "concentrados" como en el ejemplo anterior? Esta es una pregunta complicada sobre la cual ofrecemos una perspectiva. El error de representación en un distrito empeora a medida que crece la brecha entre el votante mediano y el residente mediano. En abstracto, no podemos predecir si igualar a los votantes entre distritos reduciría o aumentaría la brecha entre los medianos.

2.5. *Gerrymandering*

Entre los años 2000 y 2010, unas 250.000 personas se fueron de Detroit. En contraste, alrededor de 100.000 personas se trasladaron a Las Vegas. Para hacer seguimiento de estas migraciones, el gobierno federal realiza un censo cada 10 años. Al determinar la población de cada estado, el censo decide la asignación de escaños en la Cámara de Representantes de EE. UU. La información que se obtiene

de dicho censo es importante a la hora de cumplir con el caso *Reynolds*. Distritos que eran iguales en tamaño en el momento que fueron trazados, a menudo se vuelven desiguales 10 años más tarde. Así, cada censo marca el inicio de un evento político importante: la redistribución de distritos para cumplir con el principio de "una persona, un voto".

¿Quién traza los distritos? En general, los legisladores estatales. Los legisladores en los Estados Unidos están sujetos a ciertas restricciones legales al momento de trazar los distritos. Además del principio de "una persona, un voto," los distritos deben ser compactos (deberían parecerse más a cuadrados que a pulpos), contiguos (se puede trazar el límite del distrito en un mapa sin levantar el lápiz) y deben proteger comunidades de intereses (un pueblo no debería dividirse entre varios distritos). La *Voting Rights Act* impide la configuración de determinados distritos electorales que perjudiquen a minorías raciales.

En la práctica, sin embargo, estas restricciones dejan espacio para actuar discrecionalmente. Como un equipo de fútbol eligiendo sus propias reglas, los legisladores pueden manipular sus propios distritos para beneficiarse a sí mismos y perjudicar a sus oponentes. Esta práctica se llama *gerrymandering* partidista, y tiene raíces profundas. El gobernador Elbridge Gerry de Massachusetts, cuyo nombre da origen a esta práctica estratégica, inició el *gerrymandering* en 1812. En la década de 1980, el presidente Ronald Reagan acusó al Partido Demócrata de *gerrymandering* para lograr una mayoría demócrata en el Congreso. Después de 2010, se acusó al Partido Republicano de *gerrymandering* para obtener una mayoría republicana en el Congreso.

Para entender el *gerrymandering*, considera el siguiente ejemplo. Un estado consta de 50 personas que deben dividirse en cinco distritos de igual tamaño. Treinta de las personas son republicanas y 20 son demócratas. La Figura 18a muestra esta disposición[271]. Cada cuadrado gris representa a un republicano y cada cuadrado blanco representa a un demócrata. La legislatura podría crear tres distritos con 10 republicanos cada uno y dos distritos con 10 demócratas cada uno. Este es el "Plan Proporcional" en la Figura 18b. Con este enfoque, los republicanos y demócratas controlan tres y dos distritos, respectivamente, lo cual es proporcional a su porcentaje de la población. Alternativamente, la legislatura podría crear cinco distritos, cada uno con seis republicanos y cuatro demócratas. La Figura 18c ilustra este enfoque, al que denominamos "Plan Republicano". Con este enfoque, los republicanos controlan todos los distritos. Los republicanos obtienen esta ventaja "dividiendo" a los demócratas entre varios distritos. Finalmente, la legislatura podría dividir a los votantes como se muestra en la Figura 18d. Este "Plan Demócrata" da a los demócratas el control del 60%

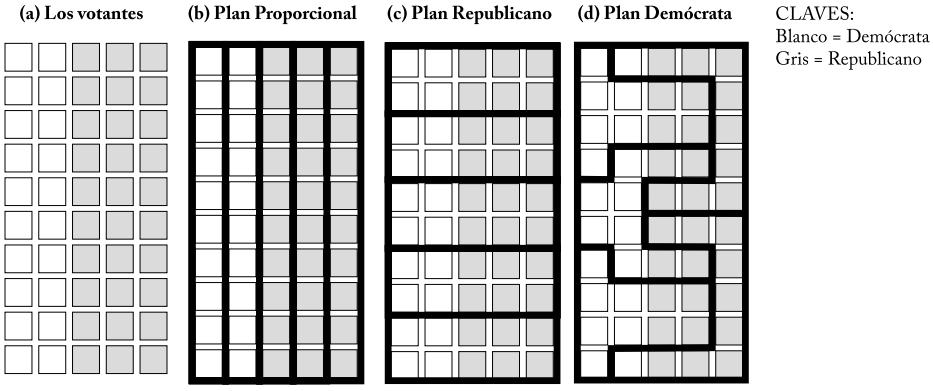
[271] Esta figura se parece a una que está en Christopher Ingraham, *This Is the Best Explanation of Gerrymandering You Will Ever See*, Wash. Post, 1 de marzo de 2015.

de los distritos, a pesar de ser minoría. Los demócratas obtienen esta ventaja "agrupando" a los republicanos en dos distritos.

¿Qué tiene de malo el *gerrymandering*? Los críticos esgrimen dos argumentos principalmente. Primero, el *gerrymandering* lleva a una representación desproporcionada. Según el Plan Republicano en la Figura 18c, los republicanos controlan todos los distritos a pesar de constituir solo el 60% de la población. Según el Plan Demócrata en la Figura 18d, los demócratas controlan el 60% de los distritos a pesar de constituir solo el 40% de la población. El Plan Demócrata parece especialmente problemático. En una democracia, se supone que la mayoría debe gobernar. Según el Plan Demócrata, gobierna la minoría. Como escribió el juez Breyer: "el *gerrymandering* que consolida el poder de un partido minoritario viola normas democráticas básicas"[272].

La segunda crítica es que el *gerrymandering* acaba con la competencia política[273]. Supón que los republicanos controlan la legislatura. Si adoptan el Plan Republicano, y si todos los votantes votan siguiendo el pronóstico recién revisado, los republicanos controlarán los cinco distritos, maximizando su poder. Sin embargo, los votantes no siempre son predecibles. A veces, los republicanos votan por candidatos demócratas y viceversa. Si solo un pequeño grupo de votantes vota contra su partido, los republicanos podrían perder distritos —posiblemente la mayoría de los distritos— bajo el Plan Republicano. Para mitigar este riesgo, los republicanos podrían adoptar el Plan Proporcional. En lugar de posiblemente controlar cinco distritos de cinco, los republicanos controlan definitivamente tres de los de cinco distritos. Ningún demócrata ganará en un distrito republicano, o viceversa. El Plan Proporcional otorga un control político estable a los partidos al reducir la competencia entre ellos.

Figura 18. *Gerrymandering*



[272] Vieth v. Jubelirer, 541 U.S. 267, 361 (2004) (Breyer, J., en disidencia).

[273] Samuel Issacharoff, *Gerrymandering and Political Cartels,* 116 Harv. L. Rev. 593 (2002).

El análisis económico permite afinar estas dos críticas. Los legisladores pueden fracasar a la hora de representar a sus electores de al menos dos maneras. Primero, pueden no seguir las políticas preferidas por sus electores, como cuando un legislador demócrata ignora a sus electores republicanos. Segundo, los legisladores pueden hacer mal su trabajo al esquivar sus responsabilidades laborales. En lugar de redactar leyes, celebrar audiencias y supervisar agencias, los legisladores podrían pasar tiempo jugando golf y bebiendo vino.

El incentivo a dejar de lado sus responsabilidades aumenta a medida que un legislador se siente más seguro de ser reelecto. En un distrito con igual cantidad de demócratas y republicanos, un legislador debe esforzarse mucho para ser reelecto; debe asegurar su base y atraer algunos votos del otro partido. En un distrito desbalanceado, el esfuerzo requerido es mucho menor. Una legisladora demócrata en un distrito con un 80% de demócratas probablemente derrotará a su oponente republicano, incluso si dedica tiempo a actividades de ocio como el golf.

Una medida sencilla del incentivo que tienen los legisladores de evadir sus responsabilidades es la diferencia en la proporción de votantes de cada partido. Por ejemplo, un distrito dividido equitativamente entre demócratas y republicanos —un distrito competitivo— tiene un incentivo de evasión de $|0.5 - 0.5| = 0$. Un distrito con un 90% de demócratas y un 10% de republicanos —un distrito no competitivo— tiene un incentivo de evasión de $|0.9 - 0.1| = 0.8$.

Volvamos a los distritos que fueron objeto de *gerrymandering* en la Figura 18. Bajo el Plan Proporcional, los demócratas constituyen el 40% de la población estatal y ganan el 40% de los escaños, mientras que los republicanos constituyen el 60% de la población estatal y ganan el 60% de los escaños[274]. Así, el error estatal en la representación de los partidos es igual a cero ($|0.4 - 0.4| + |0.6 - 0.6| = 0$). ¿Qué sucede con el incentivo para evadir responsabilidades? Lo calculamos por distrito. En cada distrito, un partido constituye el 100% de la población y el otro constituye el 0%. Así, el incentivo de evasión en cada distrito es $|1 - 0| = 1$, y el incentivo promedio en todos los distritos es 1.

Consideremos el Plan Demócrata. A nivel estatal, los demócratas constituyen el 40% de la población y ganan el 60% de los escaños, mientras que los republicanos constituyen el 60% de la población y ganan el 40% de los escaños. Así, el error estatal en la representación es $|0.4 - 0.6| + |0.6 - 0.4| = 0.4$. En cuanto al incentivo para evadir responsabilidades, en tres distritos, los demócratas

[274] Suponemos a lo largo del ejemplo que todos los votantes votan por su partido.

constituyen el 60% de la población y los republicanos el 40%. El incentivo de evasión en estos distritos es |0.6 – 0.4| = 0.2. En dos distritos, los republicanos constituyen el 90% de la población mientras que los demócratas constituyen el 10%. El incentivo de evasión en estos distritos es |0.9 – 0.1| = 0.8. El error promedio de evasión es 2.2/5, aproximadamente 0.4.

Finalmente, consideremos el Plan Republicano. A nivel estatal, los republicanos constituyen el 60% de la población y ganan el 100% de los escaños, mientras que los demócratas constituyen el 40% de la población y no ganan escaño alguno. Así, el error estatal en la representación es |0.6 – 1| + |0.4 – 0| = 0.8. En cuanto al incentivo para evadir responsabilidades, en cada distrito, los republicanos constituyen el 60% de la población y los demócratas el 40%. El incentivo de evasión en cada distrito es |0.6 – 0.4| = 0.2, y el incentivo promedio de evasión en los distritos es 0.2.

Tabla 7. Errores bajo Tres Planes de Distribución

	Error en Representación de Partidos	**Error por Incentivo a evadir responsabilidades**
Plan Proporcional	0	1
Plan Demócrata	0.4	0.4
Plan Republicano	0.8	0.2

La Tabla 7 resume los costos que existen bajo tres planes de distribución distrital. Estos son los costos producidos por errores en la representación, y por los incentivos a evadir responsabilidades. A medida que descendemos en la primera columna, desde el Plan Proporcional hasta el Plan Demócrata y luego al Plan Republicano, los errores de representación aumentan mientras que los errores de evasión disminuyen.

Recordemos las dos críticas dirigidas hacia la práctica de *gerrymandering*: lleva a una representación desproporcionada (lo que denominamos errores en la representación de partidos) y sofoca la competencia (menos competencia significa mayores incentivos para evadir responsabilidades). Si los distritos que son "*gerrymandered*" o manipulados presentan ambos problemas, los distritos que no son objeto de *gerrymandering* deberían carecer de dichos problemas, ¿cierto? Este razonamiento es incorrecto, como muestra la Tabla 7. El Plan Proporcional evita la desproporción —la representación de partidos es perfecta— pero genera distritos no competitivos y evasión de responsabilidades. El Plan Republicano crea desproporción.

Sin embargo, los republicanos bajo este plan tienen márgenes estrechos en cada distrito, por lo que deben trabajar arduamente, reduciendo así la evasión de responsabilidades[275].

Podemos arribar a una generalización a partir de esta discusión. El partido que tiene el poder de trazar los distritos cuenta con dos estrategias básicas: empaquetar o fragmentar[276]. Puede empaquetar a los votantes de sus oponentes en relativamente pocos distritos (una estrategia de bajo riesgo y bajo rendimiento). Con el empaquetamiento, los legisladores de alto rango obtienen escaños seguros. Empaquetar reduce los errores en la representación partidaria y también reduce la competencia. Alternativamente, puede dividir o fragmentar a los votantes de sus oponentes a lo largo y ancho de muchos distritos (una estrategia de mayor riesgo y mayor rendimiento). Con la fragmentación, el partido que traza las líneas obtiene más escaños, pero estos son menos seguros. Fragmentar aumenta los errores en la representación partidaria y también incrementa la competencia.

¿Cómo lidia la ley con el *gerrymandering* que es realizado con intenciones partisanas? En 2019, la Corte Suprema de los EE. UU. resolvió el caso *Rucho v. Common Cause*[277]. El caso decía relación con que se había impugnada la forma de trazar los distritos en Maryland, los que habían sido manipulados para favorecer a los demócratas. Asimismo, también se impugnaba el arreglo distrital de Carolina del Norte, el que había sido trazado para favorecer a los republicanos. La Corte señaló que, "El partidismo excesivo en el trazado de distritos conduce a resultados que razonablemente parecen injustos"[278]. Pero luego, la Corte sostuvo que la manipulación partisana del trazado de distritos es una "cuestión política"[279]. Los tribunales no tienen jurisdicción para resolver cuestiones políticas. En consecuencia, después del fallo Rucho, los reclamos en contra del *gerrymandering* en Estados Unidos no pueden presentarse ante tribunales federales.

¿Tomó la Corte la decisión correcta en *Rucho*? Las opiniones están divididas. La Constitución no especifica cómo equilibrar los errores en la representación de partidos frente a los errores derivados del descuido. Sin tal orientación, es difícil para los jueces saber qué hacer.

[275] Sobre esta compensación, ver Nathaniel Persily, *In Defense of Foxes Guarding Henhouses: The Case for Judicial Acquiescence to Incumbent-Protecting Gerrymanders,* 116 Harv. L. Rev. 649, 663 (2002); Bruce E. Cain, The Reapportionment Puzzle 154–55 (1984).

[276] John N. Friedman & Richard T. Holden, *Optimal Gerrymandering: Sometimes Pack, But Never Crack,* 98 Am. Econ. Rev. 1, 113–44 (2008).

[277] 139 S. Ct. 2484 (2019).

[278] *Id.* en 2506–07.

[279] *Id.* en 2506.

Preguntas

2.5.1. Los planes de distritaje proporcional disminuyen los errores en la representación de los partidos, pero aumentan los errores causados por el aumento de los incentivos a evadir el trabajo político (lo que es consecuencia de que hay menos competencia para resultar electo). Si las elecciones primarias fueran competitivas, los errores por negligencia disminuirían. ¿Podríamos combinar una planificación distrital proporcional con primarias competitivas para reducir ambos tipos de errores? ¿Por qué suelen ser poco competitivas las elecciones primarias?
2.5.2. Supón que los votantes desarrollan compromisos más fuertes con los partidos políticos. Los republicanos nunca votarán por los demócratas y los demócratas nunca votarán por los republicanos. Con un partidismo fuerte, una serie de distritos que son 51% republicanos y 49% demócratas generarán errores en la representación partidaria (los demócratas no obtendrán escaños) y en los incentivos a evitar responsabilidades político-funcionarias (los republicanos ganarán, incluso si son perezosos). Asumiendo un partidismo fuerte, ¿se equivocó la Corte en su decisión en el caso *Rucho*?

Límites a la reelección

Los políticos tienden a desatender sus obligaciones cuando tienen asegurada su reelección. El *gerrymandering* puede asegurar su reelección, como ocurre cuando el 70 por ciento de los votantes en un distrito pertenecen al mismo partido. La incumbencia también puede asegurar la reelección. En 2016, el 97 por ciento de los miembros de la Cámara de Representantes de Estados Unidos fueron reelectos. En 2018, durante la elección del "blue wave" en la que los demócratas tomaron el control de la Cámara, el 91 por ciento de los miembros fue reelegido. Los incumbentes tienen muchas ventajas sobre sus oponentes, contándose dentro de estas el reconocimiento que existe de su nombre, su experiencia y, generalmente, un mejor financiamiento.

Para mitigar la ventaja que otorga la incumbencia, en muchos estados los votantes consagraron reglas que ponen límite a la reelección. En Arkansas, por ejemplo, los votantes aprobaron una enmienda constitucional que hace que los miembros de la Cámara de Representantes no puedan tener más de tres mandatos. Los mismos votantes que aprobaron los límites de mandato reeligieron a sus incumbentes, lo que desconcertó a los observadores. ¿Por qué los votantes desaprobarían la incumbencia pero apoyarían a los incumbentes? Los

académicos ofrecen diferentes explicaciones. Una de ellas se relaciona con la antigüedad. Comparados con los legisladores novatos, los legisladores con mayor antigüedad pueden dirigir más recursos a sus electores, como fondos para escuelas y subsidios para agricultores. Al favorecer a los incumbentes, los votantes mantienen a los legisladores con más antigüedad en el cargo y, con el tiempo, hacen que los legisladores novatos también acumulen antigüedad. Así, los votantes intercambian desatención por recursos.

Según esta perspectiva, los votantes enfrentan un problema de acción colectiva similar al dilema del prisionero. El mejor *resultado* para los votantes es no dar ventaja a los incumbentes. Sin dicha ventaja, los incumbentes trabajarían más arduamente y desatenderían menos sus obligaciones. Pero la mejor *estrategia* para los votantes es favorecer a los incumbentes. Si otros votantes no favorecen a los incumbentes, aquellos que sí lo hacen se benefician porque sus legisladores tienen mayor antigüedad.

Los límites a la reelección son una solución hobbesiana a esta falla de cooperación. Los votantes no pueden superar el incentivo de favorecer a los incumbentes mediante la negociación, por lo que imponen una solución ellos mismos. En *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, la Corte Suprema rechazó esa solución. La Constitución establece algunas cualificaciones para los cargos federales (por ejemplo, "Ninguna persona será Representante si no ha alcanzado la edad de veinticinco años"). Según la Corte, los estados no tienen autoridad para agregar límites fuera de esas cualificaciones.

Las opiniones están divididas sobre si la Corte acertó en su interpretación. ¿Acertó la Corte en cuanto a la cuestión de *policy*? Al desincentivar la evasión de responsabilidades, los límites a la reelección reducen los errores de representación. Sin embargo, dichos límites tienen un segundo efecto. Al reemplazar a los incumbentes por recién llegados, los límites a la reelección probablemente aumenten los costos de transacción a la hora de entablar una negociación política. Los novatos deben tener más dificultades para cooperar que los colegas experimentados. El arreglo republicano vuelve a aparecer.

2.6. El Colegio Electoral

En Estados Unidos, las elecciones presidenciales se desarrollan en tres etapas. Primero, los votantes eligen a los candidatos. Segundo, los estados designan "electores" que van al Colegio Electoral, según lo que ocurra en la votación. En general, los estados con mayor población tienen más electores. Tercero,

el Colegio Electoral selecciona oficialmente al Presidente. Esta estructura es controversial. George W. Bush y Donald Trump ganaron en el Colegio Electoral y, por ende, se convirtieron en presidentes, aunque perdieron el voto popular. Ante esta experiencia, muchos comentaristas han argumentado que el Colegio Electoral es antidemocrático. Sin embargo, el Colegio Electoral está consagrado en la Constitución, lo que hace difícil reformarlo[280].

¿Por qué el Colegio Electoral conduce a veces a resultados antidemocráticos? La respuesta radica en el método de designación de los electores. Casi todos los estados asignan electores bajo un sistema de "el ganador se lleva todo". Para ilustrar, el tamaño de Florida le otorgó 25 escaños en el Colegio Electoral durante las elecciones de 2000. George W. Bush ganó en Florida por aproximadamente 500 votos, o alrededor del 0,01 % del total de votos emitidos. En lugar de darle 13 electores a Bush y 12 electores a su oponente, Al Gore, Florida entregó los 25 electores a Bush. Esto le dio una ventaja decisiva en el Colegio Electoral. Mientras tanto, Al Gore ganó en California por más de un millón de votos, obteniendo una ventaja decisiva en el voto popular.

La Constitución establece que debe haber un Colegio Electoral, pero no exige que los electores sean designados bajo el sistema de "el ganador se lleva todo". Los estados podrían nombrar electores en proporción a los votos. Si los estados designaran electores proporcionalmente al voto, el resultado en el Colegio Electoral coincidiría con el del voto popular, o casi[281].

¿Por qué los estados no vinculan la designación de electores a lo que ocurre al nivel de voto popular?[282] Realiza el siguiente experimento mental. Suponga que un estado designa electores bajo el sistema de "el ganador se lleva todo", mientras que todos los demás estados designan electores de manera proporcional. Para los candidatos presidenciales, lo que está en juego en un estado en que rige la regla "el ganador se lleva todo" sería especialmente alto. Si un candidato gana en dicho estado, incluso por un solo voto, obtendría todos los electores del estado. Con tales incentivos, los candidatos tendrían una fuerte motivación para invertir en ese estado; pasar tiempo allí, reunirse con funcionarios locales y posiblemente prometer recompensas para el estado (por ejemplo, subsidios o exenciones fiscales para industrias locales). A otros estados también les gustaría recibir esa atención de los candidatos presidenciales, por lo que tendrían un incentivo para adoptar el sistema de "el ganador se lleva todo".

[280] U.S. Const. art. II, § 1.

[281] Cada estado recibe un número de electores igual a la suma de sus representantes y senadores en el Congreso. Cada estado tiene dos senadores, sin importar su población, por lo que los estados con poblaciones pequeñas tienen una influencia desproporcionada en el Colegio Electoral. Esto podría causar que el resultado en el Colegio Electoral difiera del resultado del voto popular, incluso si todos los estados designaran a sus electores en proporción al voto.

[282] Lo siguiente se basa en Michael Weisbuch, *Winner-Take-All as a Collective Action Problem*, 35 J.L. & Pol. 67 (2019).

Pronto, todos los estados podrían adoptar el sistema de "el ganador se lleva todo", beneficiándose individualmente pero dejando al país con un sistema peculiar y, ocasionalmente, antidemocrático para elegir al presidente.

Thomas Jefferson entendió este problema de acción colectiva. Algunos estados utilizaban el sistema de "el ganador se lleva todo", mientras que otros, incluido su estado natal, Virginia, asignaban electores de acuerdo a cómo resultaba distribuido cada distrito congresional. El candidato que ganaba el voto en un distrito determinado ganaba un elector. Comparado con el sistema de "el ganador se lleva todo," la designación por distrito representa mejor al voto popular[283]. En la elección presidencial de 1796, Jefferson perdió ante John Adams por tres votos en el Colegio Electoral. Posteriormente, presionó a Virginia para que adoptara el sistema de "el ganador se lleva todo". En una carta a James Monroe, explicó el problema: "[U]na elección por distritos sería mejor, si pudiera ser general; pero mientras 10 estados elijan ya sea por sus legislaturas o según una papeleta general, es más que una tontería para los otros 6 no hacerlo" [284].

Preguntas

2.6.1. El *National Popular Vote Compact* es un pacto entre estados cuyo objeto es cambiar la asignación de electores. Los estados que ratifican el Acuerdo acuerdan entregar todos sus electores al candidato que gane el voto popular nacional. Si suficientes estados ratifican el Acuerdo, el ganador en el Colegio Electoral siempre coincidirá con el ganador del voto popular[285]. De acuerdo con una cláusula de este pacto, el Acuerdo no entra en vigor hasta que sea decisivo– es decir, hasta que los estados que colectivamente controlan la mayoría de electores en el Colegio Electoral hayan firmado.

(a) Esta cláusula es esencial para resolver el problema de acción colectiva. Explica por qué.

(b) ¿Qué estados predices que ratificarán el Acuerdo: estados que tienden a apoyar al candidato Demócrata en las elecciones presidenciales, o estados que tienden a apoyar al candidato Republicano?

(c) Un capítulo anterior argumentó que la Cláusula de Bienestar General de la

[283] Ten en cuenta que el "voto popular" no era tan significativo en 1796 porque el derecho al voto estaba severamente restringido.

[284] *Carta de Thomas Jefferson a James Monroe* (12 de enero de 1800) *en 31* The Papers of Thomas Jefferson 300–01 (Barbara Oberg ed., 2005).

[285] Esto asume que el pacto es constitucional. Podría no serlo. *Véase* Norman R. Williams, *Why the National Popular Vote Compact Is Unconstitutional*, 2012 BYU L. Rev. 1523 (2012).

Constitución autoriza al Congreso a actuar cuando los estados enfrentan problemas de acción colectiva que no pueden superar mediante negociación. Siguiendo esta lógica, ¿debería el Congreso exigir que los estados designen electores de manera proporcional? ¿Sería esto constitucional?[286] ¿En qué circunstancias apoyaría un Presidente en función una ley que exija la asignación proporcional de electores?

3. Competencia entre Gobiernos

Hemos analizado la competencia que existe entre candidatos a un cargo. En esta sección se analiza la competencia entre gobiernos. Los gobiernos compiten entre sí de diferentes maneras. Nuevo México e Indiana ofrecen incentivos financieros a la industria de Hollywood para que realice películas en sus estados. San Francisco y Oakland ofrecen diferentes bienes y servicios públicos en un esfuerzo por atraer a residentes y empresas del Área de la Bahía. Uruguay atrae a personas adineradas de Argentina con la promesa de menores impuestos. Nos centramos en dos manifestaciones de competencia gubernamental: la democracia directa y la movilidad. Con la democracia directa, la gente puede crear leyes a través de sus votos. Con la movilidad, las personas pueden elegir las leyes que prefieran por la vía de trasladarse de un lugar a otro.

3.1. Democracia Directa

El capítulo anterior introdujo el concepto de democracia directa, y aquí ofrecemos más detalles sobre éste. La democracia directa tiene dos modalidades básicas: iniciativas populares y referendos[287]. Las *iniciativas* populares consisten en leyes o enmiendas constitucionales que surgen de la ciudadanía. Ciertos individuos las proponen, recolectan suficientes firmas para que ellas califiquen para ser sometidas al voto popular, y luego, junto con otros votantes de la jurisdicción correspondiente, votan sobre ellas. Una iniciativa popular esquiva a los órganos representativos, como las legislaturas y los consejos municipales. Los *referendos* se refieren a procesos en que un cuerpo representativo remite a los

[286] *Véase* U.S. Const. art. 2 § 1 ("Cada Estado designará, de la manera que su Legislatura disponga, un número de Electores, igual al total de Senadores y Representantes a los que el Estado pueda tener derecho en el Congreso: pero ningún Senador o Representante, ni persona que ocupe un cargo de confianza o beneficio bajo los Estados Unidos, podrá ser designado Elector".).

[287] Estas distinciones, y la discusión que sigue, se basan en Robert D. Cooter & Michael D. Gilbert, *A Theory of Direct Democracy and the Single Subject Rule*, 110 Colum. L. Rev. 687, 687–730 (2010). Nuestra terminología es común, pero no universal. El *Initiative and Referendum Institute* tiene un sitio web útil con más definiciones y distinciones.

ciudadanos para su aprobación o rechazo leyes o enmiendas constitucionales. Los legisladores pueden remitir un proyecto de ley al pueblo de manera voluntaria, porque la constitución del estado lo requiere, o porque un número suficiente de ciudadanos así lo exige.

Veinticuatro estados de EE. UU. tienen el poder de iniciativa popular, y casi todos los estados tienen alguna versión de un proceso de referendo. Aproximadamente el 70% de la población nacional vive en una ciudad que cuenta con un proceso de iniciativa popular a nivel municipal, y casi todas las ciudades estadounidenses tienen una versión u otra de un proceso de referendo. A veces, los votantes hacen uso de la democracia directa para aprobar leyes importantes. Cuando los votantes de Colorado aprobaron una iniciativa que discriminaba a las personas homosexuales, la Corte Suprema la anuló en el caso *Romer v. Evans*[288]. Este caso allanó el camino para la eventual legalización del matrimonio igualitario. En otras ocasiones, los votantes usan la democracia directa para asuntos menores, como decidir si los cazadores pueden utilizar donas como cebo[289].

La democracia directa compite con la democracia representativa—la que cuenta con legislaturas, consejos municipales, etc.—al proporcionar un mecanismo alternativo de creación de leyes. Si los votantes no obtienen sus leyes preferidas a través de la legislación, pueden crearlas mediante iniciativas populares. Si los legisladores crean leyes que los votantes desaprueban, los votantes pueden anularlas mediante referendos. Al igual que comensales eligiendo entre dos restaurantes, los votantes eligen entre dos instituciones de creación de leyes para satisfacer sus preferencias.

¿Por qué los votantes no hacen uso de la democracia directa para crear todas las leyes? Recuerda el arreglo republicano: las mejoras en la representación a menudo se logran a expensas de mayores costos de transacción. La democracia directa puede mejorar la representación. Los votantes toman decisiones por sí mismos en lugar de delegar estas a representantes, quienes tienen muchas personas que representan. Sin embargo, la democracia directa aumenta los costos de transacción a niveles prohibitivos. Miles o millones de votantes no pueden negociar entre sí sobre cuestiones complejas como la caza o las donas, y mucho menos sobre cuestiones políticas complicadas (recuerda el Brexit).

El capítulo anterior presentó el Teorema del Caos. Cuando los votantes toman decisiones sobre múltiples temas a la vez, sus preferencias colectivas casi siempre son intransitivas. Así, girarán en

[288] 517 U.S. 620 (1996).

[289] Christine Dell'Amore & Virginia Morell, *After Vote, Baiting Bears with Doughnuts Poised to Stay Legal in Maine*, Nat'l Geographic, 6 de noviembre de 2014.

círculos, cambiando de propuesta una y otra vez, hasta que negocian o permiten que un agente fije la agenda. A veces, los votantes en una democracia directa toman decisiones sobre múltiples temas. Considera la *California Bill of Rights*, una iniciativa propuesta en ese estado en 1948. La iniciativa tenía alrededor de 21,000 palabras (aproximadamente la longitud de este capítulo) y tocaba temas como impuestos, pensiones, votación de nativos americanos, salud, juegos de azar, oleomargarina, distritación y minería[290].

¿Cómo pueden los votantes en una democracia directa evitar girar en círculos? No a través de la negociación, porque los altos costos de transacción lo impiden. Tampoco a través de un agente que fije la agenda, porque cualquier ciudadano puede proponer casi cualquier iniciativa. Los dos métodos disponibles para evitar la intransitividad en una asamblea representativa—negociación y fijación de agenda—no están disponibles en la democracia directa.

El derecho ofrece una solución diferente a este problema. Casi todos los estados de EE. UU., así como muchos países, tienen una regla de "asunto único"[291]. Esta regla limita las iniciativas a un solo "asunto". Con la regla de asunto único, los votantes deben emitir votos separados sobre temas separados, en lugar de emitir un solo voto sobre múltiples temas como impuestos, pensiones, protección ambiental y carreteras. Al dividir las iniciativas en temas individuales, la ley tiende hacia el centro político. Cuando la ley llega al centro, se estabiliza, tal como predice el Teorema del Votante Mediano. Así, la regla de asunto único convierte la democracia directa en democracia de mediana.

Preguntas

3.1.1. Miles de ciudadanos no pueden negociar entre sí, pero un pequeño grupo de personas que redactan iniciativas sí puede hacerlo. Supongamos que los redactores negocian y acuerdan combinar dos temas, *A* y *B*, en una sola iniciativa. Supongamos que una mayoría de votantes vota a favor de aprobar la iniciativa. ¿Refleja *AB* la "voluntad de la mayoría"? ¿Es *AB* una ley estable?
3.1.2. Muchos estados imponen límites respecto de las iniciativas que han sido rechazadas.

[290] *Véase* Daniel H. Lowenstein, *California Initiatives and the Single-Subject Rule*, 30 UCLA L. Rev. 936, 950 (1983). La iniciativa nunca llegó a los votantes porque la Corte Suprema de California la anuló. La corte sostuvo que la iniciativa constituía una "revisión", no una "enmienda", a la Constitución de California. McFadden v. Jordan, 196 P.2d 787 (Cal. 1948). En California, el poder de iniciativa está limitado a "enmiendas".

[291] *Véase, por ejemplo,* Neb. Const. art. III, § 14 ("Ningún proyecto de ley contendrá más de un asunto, y el asunto deberá expresarse claramente en el título".).

En Wyoming, no se puede presentar una iniciativa popular si ella es "sustancialmente la misma" que otra iniciativa que fue rechazada en los últimos cinco años[292]. ¿Puedes relacionar la regla de Wyoming con la estabilidad y el Teorema del Caos?

3.1.3. La regla de asunto único está presente en la constitución de casi todos los estados de EE. UU. En muchos estados, la regla se aplica tanto a las leyes creada por la legislatura como a las leyes creadas a través de iniciativas. ¿Cuándo debería aplicarse una regla de asunto único a las leyes creadas por la legislatura?[293]

3.1.4. "Los Estados Unidos garantizarán a cada estado de esta Unión una forma republicana de gobierno"[294]. Esta es la Cláusula de Garantía en la Constitución de EE. UU. La Corte Suprema no ha interpretado esta cláusula[295], pero podemos especular sobre su significado. ¿Por qué la aplicación de la regla de asunto único a las legislaturas estatales podría transgredir esta cláusula?

3.2. ¿Qué es un Asunto?

Supongamos que una iniciativa popular se refiere a la pena de muerte y a los búhos manchados. La regla de asunto único es fácil de aplicar: la iniciativa viola la regla porque la pena de muerte y los búhos manchados son claramente asuntos diferentes. Ahora considera un caso más difícil que muchos jueces enfrentaron a principios de la década de 2000. Una iniciativa prohíbe tanto el matrimonio entre personas del mismo sexo como las uniones civiles entre personas del mismo sexo. (Las uniones civiles eran acuerdos contractuales que otorgaban a las parejas algunos, pero no todos, los derechos y responsabilidades del matrimonio). Desde un punto de vista, la iniciativa contiene dos asuntos: matrimonio y uniones civiles. Desde otra perspectiva, la iniciativa aborda un solo asunto: relaciones amorosas. Si la iniciativa transgrede la regla—si se aprueba o no—depende de cuán abstractamente se categoricen sus contenidos.

[292] Wyo. Const. art. 3 § 52(d) ("Se puede presentar una solicitud de iniciativa popular en cualquier momento, excepto que no se puede presentar una medida sustancialmente igual a la que fue derrotada por una elección de iniciativa dentro de los (5) años anteriores".).

[293] *Véase* Michael D. Gilbert, *Single Subject Rules and the Legislative Process,* 67 U. Pitt. L. Rev. 803 (2006).

[294] U.S. Const. art. 4, § 4. Aquí está el texto completo de la cláusula: "Los Estados Unidos garantizarán a cada Estado de esta Unión una Forma Republicana de Gobierno, y los protegerán contra Invasión; y, a solicitud de la Legislatura, o del Ejecutivo (cuando la Legislatura no pueda reunirse), contra Violencia Doméstica".

[295] Pacific States Telephone & Telegraph Co. v. State of Oregon, 223 U.S. 118 (1912). *Véase también* Luther v. Borden, 48 U.S. 1 (1849).

Considera otro ejemplo. Una iniciativa popular en California reformó las penas aparejadas a delitos relacionados con pandillas, delitos que iban desde el vandalismo hasta el asesinato, cambió la manera en que se sancionaba la reincidencia en estos delios y revisó el sistema de justicia juvenil. Quienes impugnaron dicha iniciativa argumentaron que la iniciativa decía relación con tres asuntos: pandillas, reincidencia y delincuencia juvenil. El tribunal sostuvo que la iniciativa tenía un solo asunto, "el asunto del crimen violento cometido por jóvenes y pandillas" [296]. En general, cualquier iniciativa puede ser categorizada como un solo asunto a través de una categoría general o como múltiples asuntos mediante categorías específicas. Al redactar una iniciativa bajo la regla de asunto único, la abstracción es constitucional y la granularidad es inconstitucional.

Los jueces tienen escasa fe en su capacidad para llegar a una interpretación convincente de la regla de "asunto único". Considera esta declaración del juez Kogan de la Corte Suprema de Florida:

> [La regla de asunto único] requiere que una iniciativa contenga una lógica y natural "unidad de propósito" … Sin embargo, la naturaleza errática de nuestra propia jurisprudencia… muestra cuán vaga y maleable es esta norma de "unidad". Lo que puede ser "unidad" para una persona podría parecer un mosaico disparatado de temas diversos para otra. La "unidad", al igual que la belleza, está en el ojo del observador; y nuestra concepción de "unidad" ha cambiado cada vez que nuevos miembros se incorporan a esta Corte[297].

Los problemas interpretativos que vienen aparejados a la regla de "asunto único" son enormes. Las iniciativas funcionan mejor cuando los votantes consideran un solo tema a la vez y se aplica la regla del votante mediano. La regla de asunto único es el mecanismo principal para lograr esto, pero los jueces no saben cómo interpretarla.

El análisis económico ofrece una metodología que sirve para interpretar la regla de asunto único[298]. Empezamos, como suelen hacerlo los tribunales, identificando el propósito de la ley. Los tribunales están de acuerdo en que la regla de asunto único tiene un propósito central: prevenir el "*logrolling*"[299]. El *logrolling* es una técnica de negociación política. Bajo ésta se combinan asuntos

[296] Manduley v. Superior Court, 41 P.3d 3, 29 (Cal. 2002).

[297] Advisory Opinion to Attorney Gen.—Ltd. Political Terms in Certain Elective Offices, 592 So. 2d 225, 231 (Fla. 1991) (Kogan, J., concurring in part and dissenting in part).

[298] Esta discusión se basa en Robert D. Cooter & Michael D. Gilbert, *A Theory of Direct Democracy and the Single Subject Rule*, 110 Colum. L. Rev. 687, 687–730 (2010).

[299] Muchos jueces creen que la regla tiene un propósito secundario, que es prevenir el "riding". Sobre la distinción, véase Michael D. Gilbert, *Single Subject Rules and the Legislative Process,* 67 U. Pitt. L. Rev. 803 (2006).

dentro de un proyecto de ley para obtener un apoyo mayoritario en general, aun cuando una mayoría se opondría a algunos asuntos incluidos dentro del proyecto de ley si éstos se consideraran por separado. Los tribunales califican al *logrolling* como un "gusano dañino" y una "perversión de la voluntad mayoritaria"[300].

Si prevenir el *logrolling* es el propósito de la regla de asunto único, ¿qué interpretación cumple con este propósito? El enfoque tradicional que se tiene hacia la regla—lo que el juez Kogan llama la búsqueda de una unidad natural de propósito—desincentiva el *logrolling* entre temas completamente diferentes, como la pena de muerte y los búhos manchados, el matrimonio entre personas del mismo sexo y conducir ebrio, o sushi y drones. Sin embargo, el enfoque tradicional permite el *logrolling* en temas relacionados como vandalismo y pandillas (el asunto es "delincuencia juvenil") o impuestos y gasto gubernamental (el asunto es "impuestos y gastos")[301].

¿Qué interpretación de la regla de asunto único desincentivaría todo tipo de *logrolling*, incluyendo el *logrolling* que versa sobre temas relacionados? Para responder a esta pregunta necesitamos hacer uso de algunos conceptos adicionales. Un votante tiene preferencias separables respecto de dos propuestas cuando puede decidir cómo votar en cada una sin saber si la otra se convertirá en ley[302]. Para ilustrar, imaginemos dos propuestas: una sobre vacunas y otra sobre satélites. Para la mayoría de los votantes, su voto en la primera propuesta no se ve afectado por si la segunda se convierte en ley, y viceversa. Así, la mayoría de los votantes tiene preferencias separables respecto de estas propuestas[303].

[300] *Véase* id. en 814–15.

[301] Buchanan v. Kirkpatrick, 615 S.W.2d 6, 14 (Mo. 1981).

[302] No usamos el término "preferencias separables" de la manera en que generalmente lo hacen los economistas. Una etiqueta más precisa para nuestro concepto es "preferencias *suficientemente* separables". Traducir preferencias en votos requiere una suposición sobre el comportamiento de los votantes. Suponemos que los votantes votan simultáneamente sobre las propuestas y no consideran las elecciones futuras porque no pueden prever la agenda. En consecuencia, los votantes votan sinceramente, lo que significa que votan por cada propuesta que les proporcione al menos tanta utilidad como el statu quo. Ahora podemos expresar nuestro concepto de separabilidad usando la teoría de juegos. Un votante tiene una *estrategia débilmente* dominante para votar sobre una propuesta cuando votar siempre de la misma manera—por ella o en contra de ella—genera una recompensa al menos tan grande como la recompensa de votar de cualquier otra manera, independientemente de si otras propuestas se aprueban o no. El votante no tiene una estrategia débilmente dominante si su voto óptimo sobre una propuesta depende de si otras propuestas se aprueban o no. Si un votante vota sinceramente y tiene una estrategia débilmente dominante para votar sobre cada una de dos propuestas políticas, entonces tiene lo que llamamos preferencias separables por ellas.

[303] Este ejemplo involucra propuestas independientes. Un votante también tiene preferencias separables por dos propuestas políticas cuando esas propuestas están débilmente unidas. Las propuestas están débilmente unidas cuando se complementan débilmente o se sustituyen débilmente entre sí. Dos propuestas se complementan débilmente cuando la aprobación de la primera aumenta el apoyo del votante por la segunda, pero no tanto como para que su voto sobre la segunda dependa de si la primera se aprueba. Del mismo modo, dos propuestas se sustituyen débilmente cuando la aprobación de la primera disminuye el apoyo del votante por la segunda, pero no tanto como para que su voto sobre la segunda dependa de si la primera se aprueba.

Un votante tiene preferencias *inseparables* respecto de dos propuestas de *policy* cuando no puede decidir cómo votar en una sin saber si la otra se convertirá en ley. Esto ocurre cuando una votante solo vota por una propuesta si tiene la certeza de que también se aprobará la otra propuesta (en términos económicos, las propuestas son *complementos*). Esto también ocurre cuando un votante solo vota por una propuesta si está seguro de que *no se* aprobará la otra (las propuestas son *sustitutos*). Para ilustrar, imaginemos una propuesta para reducir a la mitad la tasa de impuesto sobre la propiedad y otra propuesta para reducir a la mitad las valuaciones de la propiedad con fines fiscales[304]. Si un votante está a favor de reducir los impuestos sobre la propiedad, pero cree que aprobar ambas medidas tendría consecuencias presupuestarias desastrosas, el votante tiene preferencias inseparables. No puede decidir cómo votar sobre la primera propuesta sin saber si la otra será aprobada.

Pasemos ahora al *logrolling*. Un *logroll* ocurre bajo cuatro condiciones: (1) dos o más propuestas tienen (2) apoyo *minoritario* individualmente, pero (3) apoyo *mayoritario* cuando se combinan, y (4) los miembros de la mayoría aceptan una propuesta que no les gusta para conseguir que se apruebe una propuesta que sí les gusta. Volvamos a nuestros viejos amigos Caleb y Dee, quienes intercambiaron votos para aprobar dos propuestas, una sobre escuelas y otra sobre la policía. Las dos propuestas tenían apoyo minoritario individualmente y apoyo mayoritario cuando se combinaban. Caleb y Dee aceptaron algo que no les gustaba para obtener algo que sí les gustaba. Caleb y Dee participaron en un *logroll*.

El *logrolling* tiene una conexión precisa con la separabilidad: los votantes no pueden participar en *logrolling* cuando tienen preferencias inseparables. Para ilustrar, supongamos que Caleb y Dee tienen preferencias inseparables respecto de las propuestas relativas a la organización de la policía y las escuelas. Solo apoyarán una de las propuestas si la otra no se aprueba (sustitutos). O solo apoyarán una de las propuestas si ambas se aprueban (complementos). Cuando se lidia con sustitutos, un proyecto de ley que combine las propuestas fracasará. Cuando se lidia con complementos, un proyecto de ley que combine las propuestas será aprobado, pero nadie acepta una propuesta que no le gusta para conseguir otra propuesta que sí le gusta. En cuanto a la policía y las escuelas, no hay *logrolling*.

Como se explicó, los votantes no pueden participar en *logrolling* cuando tienen preferencias inseparables. Por el contrario, los votantes sí pueden participar en *logrolling* cuando tienen preferencias separables. Volvamos a nuestras suposiciones originales sobre Caleb y Dee. Caleb quiere más financiamiento para las escuelas. Apoyaría una propuesta para aumentar el financiamiento escolar, con independencia de que aumente o no el financiamiento policial. Dee quiere más financiamiento para

[304] Basamos este ejemplo en las Medidas 9 y 11, votadas simultáneamente por los habitantes de Oregón en noviembre de 1986.

la policía. Ella apoyaría una propuesta para aumentar el financiamiento policial, ya sea que aumente o no el financiamiento para las escuelas. Tienen preferencias separables sobre estos temas. Pueden intercambiar votos para aprobar una combinación de propuestas que fracasarían por sí solas. Caleb y Dee sacrifican algo para obtener algo a cambio.

Generalizando, nuestro análisis produce la siguiente interpretación de la regla de un solo asunto: *Primero, separa las propuestas de policy sobre las que la mayoría de los votantes tiene preferencias separables.* Cuando los votantes tienen preferencias separables para dos propuestas, pueden votar sobre esas propuestas de manera aislada, como lo exige la regla de un solo asunto. Combinar las propuestas facilita el *logrolling*, lo que viola el propósito de la regla de un solo asunto. *Segundo, una las propuestas de policy sobre las que la mayoría de los votantes tiene preferencias inseparables.* Cuando los votantes tienen preferencias inseparables para dos propuestas, no pueden votar sobre esas propuestas de manera aislada. En lugar de votar de manera aislada, combinar las propuestas ayuda a los votantes a decidir cómo votar. Con preferencias inseparables, combinar las propuestas no genera *logrolling*, por lo que no viola el propósito de la regla de un solo asunto.

Preguntas

3.2.1. Una iniciativa consagró que hubiera financiamiento público para las elecciones y financió ese programa con un impuesto al petróleo[305]. Un tribunal determinó que la iniciativa constituía una "violación sustancial y clara de la regla de un solo asunto"[306]. Suponga que el tribunal hubiera decidido el caso utilizando el método de interpretación que acabamos de proponer. ¿Habría llegado el tribunal a una conclusión diferente?

3.2.2. La propuesta de política *x* y la propuesta de política *z* son populares. Ambas se aprobarían si se presentaran a los votantes de forma individual. En cambio, las propuestas se combinan en una iniciativa ómnibus, *xz*, que también pasaría. La mayoría de los votantes tiene preferencias separables para *x* y *z*.

(a) ¿Constituye la iniciativa ómnibus *xz* un *logroll*?

(b) ¿Requiere el método de interpretación que propusimos que un juez invalide la iniciativa xz por violar la regla de un solo asunto?

[305] *Véase* Croft v. Parnell, No. 3AN-07-9339 Cl, en *10 (Tribunal Superior de Alaska, 26 de junio de 2008).

[306] *Id.*

(c) El propósito central de la regla de un solo asunto es prevenir el *logrolling*. Sin embargo, muchos tribunales sostienen que la regla tiene un segundo propósito: mejorar la transparencia y la información para los votantes. El argumento señala que los votantes tienen más facilidad al tomar una decisión sobre un solo asunto que sobre muchos asuntos. ¿Deberían los tribunales usar la regla de un solo asunto para invalidar la iniciativa *xz*, aunque no constituya un *logroll*?

¿Prescripción o Descripción?

Los responsables de la política pública, al considerar una nueva propuesta, se preocupan por lo que la ley *debería* ser. Los jueces, por otro lado, usualmente se interesan por lo que la ley efectivamente existente es. Los jueces se benefician de descripciones de lo que la ley es, como cuando los profesores escriben artículos o los litigantes redactan escritos que aclaran el significado de un estatuto. Para los jueces, las prescripciones sobre lo que la ley debería ser suelen ser una pérdida de tiempo. Por lo tanto, las recomendaciones sobre lo que la ley debería ser rara vez a menudo también son una pérdida de tiempo para quienes quieren lograr influir en los jueces.

¿Es nuestra interpretación de la regla de un solo asunto prescriptiva o descriptiva? Creemos que es descriptiva. Como suelen hacerlo los tribunales, comenzamos identificando el propósito de la regla de un solo asunto. Una vez que identificamos el propósito—evitar el *logrolling*—interpretamos la regla de manera que este propósito sea logrado. Nuestra interpretación refleja las intuiciones de los jueces. Para cumplir con la regla de un solo asunto, los jueces dicen que las partes de una iniciativa deben estar "razonablemente relacionadas" entre sí, deben tener una "unidad racional," no deben ser "desconectadas e incongruentes," y así sucesivamente. Si los votantes tienen preferencias inseparables sobre dos propuestas y, por ende, no pueden decidir si apoyar una sin saber si la otra se convertirá en ley, entonces las propuestas están "razonablemente relacionadas" entre sí. Tienen una unidad racional, conexión y congruencia. Los jueces permiten que estas propuestas se combinen, y nosotros haríamos lo mismo. Por el contrario, si los votantes tienen preferencias separables, pueden tomar decisiones independientes sobre las dos propuestas, por lo que estas no tienen una unidad racional, conexión o congruencia. Los jueces separan estas propuestas, y nosotros haríamos lo mismo.

Nuestra teoría clarifica la ley al proporcionar un marco para entenderla. Nuestra teoría describe, en lugar de prescribir, el significado de la regla de un solo asunto. Los tribunales utilizan intuiciones para aplicar la regla, y nuestra teoría vuelve más precisas dichas intuiciones. Para demostrar esto, un estudio recopiló datos sobre casos que versaban sobre la regla de un solo asunto. Registró detalles sobre las iniciativas y si los tribunales consideraron que cumplían o violaban la regla de un solo asunto. Los estudiantes leyeron las iniciativas e indicaron si podían hacer juicios independientes sobre los elementos de cada iniciativa. Números más altos indicaban que a los estudiantes les resultaba relativamente fácil hacer juicios independientes. En otras palabras, los números más altos indicaban preferencias separables. Según nuestra teoría, las preferencias separables deberían estar asociadas con tribunales que invalidan iniciativas por violar la regla de un solo tema. La investigación muestra exactamente esta relación.

3.3. Movilidad

Después de discutir acerca de democracia directa, ahora consideramos otra forma en que compiten los gobiernos: la movilidad. Para comprender la movilidad, consideremos el desarrollo de la libertad ambulatoria en los Estados Unidos. En el siglo XIX, Nevada impuso un impuesto de un dólar a cada persona que salía del estado por "ferrocarril o carruaje"[307]. A principios del siglo XX, el Secretario de Estado se negó a otorgar pasaportes a ciudadanos estadounidenses que se unieron al Partido Comunista. En ambos casos, la Corte Suprema intervino, rechazando el impuesto y la autoridad del Secretario, respectivamente. "[E]l derecho de salida", escribió la Corte, "es un derecho personal incluido en la palabra 'libertad[.]'[308]" Estos casos ayudaron a cimentar la libertad ambulatoria. En general, los ciudadanos de EE. UU. pueden viajar dentro y fuera del país sin interferencia indebida del gobierno.

El análisis económico puede arrojar mayor luz a la libertad ambulatoria. Las personas con gustos similares tienden a agruparse voluntariamente para disfrutar de ciertos servicios públicos, como leyes locales y bienes públicos locales. Así, las personas que priorizan la cultura, la vida nocturna y un estilo de vida donde casi toda la ciudad es caminable, se mudan a los centros urbanos. Las leyes sobre zonificación comercial, ruido y transporte público ayudan a hacer estables en el tiempo los rasgos que caracterizan los centros urbanos. Del mismo modo, las personas que desean criar a sus hijos de una

[307] Crandall v. State of Nevada, 73 U.S. 35, 39 (1867).

[308] Kent v. Dulles, 357 U.S. 116, 129 (1958).

manera algo más cómoda y relajada se mudan a los suburbios. Las leyes sobre zonificación residencial, tráfico y parques públicos ayudan a sostener las características de los suburbios. La libertad ambulatoria contribuye al agrupamiento voluntario que hace posibles estos espacios.

Para refinar la manera en que pensamos sobre el agrupamiento, extendemos los conceptos de equilibrio y eficiencia. Existe un *equilibrio de localización* cuando nadie prefiere mudarse de una jurisdicción a otra. Si trasladar personas no puede aumentar la satisfacción de alguien sin disminuir la satisfacción de otra persona, entonces el equilibrio de localización es eficiente en términos de Pareto.

¿Qué condiciones hacen que un equilibrio de localización sea eficiente en términos de Pareto? Los académicos han estudiado extensamente esta cuestión[309]. Simplificamos su análisis y concluimos que esta eficiencia es lograda bajo dos condiciones poco realistas. Primero, las personas deben disfrutar de "movilidad libre," lo que significa que no hay obstáculos para mudarse. Los obstáculos legales incluyen permisos de residencia o "zonificación excluyente", esto es, regulación que limita el tipo de construcciones que pueden realizarse dentro de cierto espacio y que busca excluir a las personas más pobres. A su vez, los obstáculos económicos incluyen el costo de mudarse, entre otros. Segundo, las jurisdicciones deben ser lo suficientemente numerosas como para acomodar las diferencias de gustos entre diferentes tipos de personas. Si existen 10 tipos de personas, para maximizar la eficiencia se requieren 10 jurisdicciones. Dada la existencia de movilidad libre y múltiples jurisdicciones, las personas con gustos similares se agruparán voluntariamente para obtener el orden más alto de eficiencia en la oferta de leyes y bienes públicos. Esto se denomina el *Modelo Tiebout*, en honor al economista Charles Tiebout, quien abordó este asunto por primera vez[310].

El Modelo de Tiebout supone que existe competencia entre gobiernos. Para atraer residentes, las jurisdicciones ofrecen diferentes combinaciones de leyes y servicios. Las personas que prefieren lo que ofrece una jurisdicción se mudarán a esa jurisdicción, al igual que los consumidores que prefieren una tienda harán sus compras allí. En lugar de crear buenas leyes con sus votos, las personas se mudan hacia donde hay buenas leyes. Por lo tanto, esta segmentación voluntaria se conoce como "votar con los pies"[311]. Al votar con los pies, la movilidad diversifica la cultura. Muchas personas en los Estados Unidos son móviles, sin embargo, Salt Lake City y Nueva Orleans tienen culturas urbanas diferentes, y Texas y Wisconsin tienen culturas estatales diferentes.

[309] *Veáse, por ejemplo,* Daniel L. Rubinfeld & Robert Inman, Democratic Federalism: The Economics, Politics, and Law of Federal Governance 37–75 (2020).

[310] Charles M. Tiebout, *A Pure Theory of Local Expenditures*, 64 J. Pol. Econ. 5 (1956).

[311] *Veáse* generalmente Ilya Somin, Free to Move: Foot Voting, Migration, and Political Freedom (2020).

En el mundo real, mudarse viene de la mano con costos profesionales, financieros y personales. Las jurisdicciones son limitadas en número. Los costos de movilidad dificultan que se llegue al estado más eficiente, y la escasez de jurisdicciones hace que las jurisdicciones sean demasiado similares entre sí cuando se las compara con las diferencias entre las personas. Si la movilidad costosa y hay demasiado pocas jurisdicciones, las personas con gustos similares aún se agrupan para obtener más de sus comodidades preferidas, pero el resultado no alcanza el nivel de eficiencia más alto.

Preguntas

3.3.1.La Unión Europea garantiza el derecho de los trabajadores a competir por empleos en toda Europa. Para implementar este derecho, la Unión Europea ha intentado desmantelar los obstáculos a la movilidad, especialmente la incompatibilidad que existe respecto de la vivienda, la salud y las pensiones en diferentes naciones. ¿Los esfuerzos de la Unión Europea son mejor descritos como una solución coasiana o hobbesiana a las ineficiencias de localización?

3.3.2. "Zonificación excluyente" es el término que se usa para designar leyes que buscan excluir a personas pobres. Por ejemplo, la ley de una ciudad exigía un tamaño mínimo de lote de cuatro hectáreas en áreas residenciales[312]. ¿Fomentan o desalientan las leyes de zonificación excluyente la eficiencia de localización? Al responder, considera los efectos de la zonificación excluyente sobre la diversidad de jurisdicciones y los costos de movilidad.

3.4. Gobiernos Locales y Autonomía Municipal

California promulgó una ley estatal que prohibía a las personas aceptar "fondos públicos con el propósito de conseguir un cargo electivo"[313]. Dos años después, Los Ángeles promulgó una ley municipal que provee fondos públicos para personas que buscan un cargo electivo. ¿Puede una persona que se postula para un cargo en Los Ángeles aceptar fondos públicos?[314] La respuesta depende de si la autoridad recae en el estado o en la ciudad respecto a las elecciones de la ciudad. Bajo la constitución de California, las ciudades tienen la autoridad de promulgar leyes "en relación

[312] Nat'l Land & Inv. Co. v. Kohn, 215 A.2d 597 (Pa. 1965).

[313] Cal. Gov. Code § 85300 (West 2017).

[314] Esta cuestión fue abordada en Johnson v. Bradley, 841 P.2d 990 (Cal. 1992) (en banc).

con asuntos municipales". ¿Son las elecciones locales "asuntos municipales"[315]? Esta es una cuestión para los tribunales.

Preguntas como esta surgen frecuentemente en sistemas federales. Al igual que los conflictos entre el poder nacional y estatal, surgen conflictos entre los gobiernos estatales y locales. Más allá del financiamiento de campañas, estos conflictos incluyen el salario mínimo, beneficios para empleados gubernamentales, capacitación para oficiales de policía, negociación colectiva, confinamiento de ganado, entre otras cosas[316].

¿Cómo determinan los tribunales el límite entre el poder estatal y local? La respuesta varía, pero a menudo aplican una prueba flexible de ponderación. Según la Corte Suprema de California, su "deber ineludible" es "asignar los poderes gubernamentales… de la manera más sensata y apropiada entre los cuerpos legislativos locales y estatales"[317]. Para ese fin, los tribunales a menudo se enfocan en si la ley local tiene efectos "extramunicipales" [318] o "extraterritoriales"[319]. Las leyes sin tales efectos generalmente son mantenidas (en el lenguaje de la constitución de California, abordan "asuntos municipales"). Las leyes con efectos "extramunicipales" suelen ser anuladas.

El análisis económico ofrece una regla para asignar poderes gubernamentales de la manera "más sensata y apropiada". La regla dice relación con externalidades, negociación y movilidad.

Comencemos con las externalidades. Al igual que los corrales de engorde en Nebraska, las leyes de una ciudad pueden afectar las ciudades colindantes. Las externalidades legales causan ineficiencia. Para corregir una externalidad, ésta debe internalizarse. Así, si la ley de Los Ángeles afecta a San Diego, se debe reemplazar la ley local por una ley estatal, ya que el estado abarca ambas ciudades. Este es el principio de internalización discutido en un capítulo anterior. Los tribunales aplican el

[315] *Id.* en 994.

[316] *Veáse, por ejemplo,* Richard Briffault & Laurie Reynolds, Cases and Materials on State and Local Government Law 348–414 (7ª ed. 2008).

[317] Johnson v. Bradley, 841 P.2d 990, 996 (Cal. 1992) (citación interna omitida). *Veáse también* Farris v. Blanton, 528 S.W. 2d 549, 551 (Tenn. 1975) ("El propósito general de la Enmienda de Home Rule era otorgar el control de los asuntos locales a los gobiernos locales, o al pueblo, en la mayor medida permisible. La única prueba constitucional debe ser si la norma legislativa, independientemente de su forma, es local en su efecto y aplicación".).

[318] *Johnson*, 841 P.2d en 996.

[319] Fraternal Order of Police, Colorado Lodge No. 27 v. City & Cty. of Denver, 926 P.2d 582, 589 (Colo. 1996).

principio de internalización cuando preguntan si una ley tiene efectos "extramunicipales".
La internalización ofrece una solución al problema de las externalidades. La negociación ofrece otra. Si el ruido de una discoteca molesta al vecino y éstos últimos pueden negociar sin costos, lograrán un resultado eficiente. Del mismo modo, si Los Ángeles perjudica a San Diego, y las ciudades pueden negociar sin costos, alcanzarán la eficiencia. Esto es el Teorema de Coase en su versión de Derecho Público. Dado cero costos de transacción, las partes negocian para reducir externalidades negativas y promover externalidades positivas.

Finalmente, consideremos el Modelo Tiebout. Dado cero costos de movilidad y muchas jurisdicciones, las personas se agrupan en las ubicaciones que ofrecen las leyes y servicios que prefieren. La presencia de más jurisdicciones lleva a mayor eficiencia locacional, al igual que más opciones en una tienda implican mayor satisfacción entre los compradores. Si los municipios no pueden crear leyes locales, no pueden distinguirse. El control estatal hace que las jurisdicciones sean homogéneas, reduciendo la diversidad.

Podemos combinar estas consideraciones y a partir de ello crear una regla. *Dado cero costos de transacción entre gobiernos locales, el control debe ser local.* El control local conduce a diversidad en las jurisdicciones, lo que permite a las personas "votar con sus pies". La negociación corregirá las externalidades asociadas al control local. *Dado altos costos de transacción entre gobiernos locales, se debe establecer control local si los beneficios de la diversidad superan los costos de las externalidades, y viceversa.* Si los gobiernos no pueden negociar, entonces el control local conducirá a externalidades ineficientes. Sin embargo, el control local también promoverá diversidad en las jurisdicciones, lo que favorece la eficiencia locacional. El equilibrio óptimo entre el control local y estatal depende de cuál efecto predomina. En la práctica, los jueces no pueden saber cuál efecto predomina. Deben confiar en sus intuiciones. Aquí hay algunas intuiciones: el control local se vuelve más deseable a medida que disminuyen los costos de transacción, los costos de movilidad y las externalidades.

Preguntas

3.4.1.La Corte Suprema de California confirmó la ley de financiamiento público de campañas de Los Ángeles. ¿Apoya el análisis económico sobre el poder local la decisión que tomó la corte?
3.4.2. Los municipios cooperan en asuntos como transporte público, escuelas y otros asuntos. Según el enfoque de "mutualidad de poderes," los municipios pueden actuar conjuntamente en un asunto si *todos* tienen autoridad para actuar de manera individual.

Bajo el enfoque de "poder de una unidad," los municipios pueden actuar conjuntamente en un asunto si solo *uno* tiene autoridad para actuar de manera individual[320]. ¿Cuál de estos enfoques facilita la negociación?

3.4.3. La "Regla de Dillon" ordena a los tribunales interpretar de manera restrictiva las concesiones de poder a los gobiernos locales. Según esta regla, los gobiernos locales solo tienen los poderes que les han sido expresamente delegados. ¿Es razonable la Regla de Dillon? Relaciona tu respuesta con los costos de transacción, costos de movilidad y costos de externalidades.

3.4.4. Algunos académicos argumentan que los gobiernos locales son especialmente corruptos. Para reducir la corrupción en los gobiernos locales, ¿deberían los estados adoptar la Regla de Dillon o aumentar la movilidad?[321]

3.4.5. Un capítulo anterior explicó el federalismo de acción colectiva. Aplicado a la Constitución de los EE. UU., esta teoría faculta al Congreso para actuar ante externalidades interestatales cuando los costos de transacción para la negociación entre estados son altos. ¿Es nuestra propuesta para delinear el poder estatal y local la misma que la del federalismo de acción colectiva? ¿Por qué podría importar más la movilidad para las cuestiones de poder local-estatal que para las de poder estatal-nacional?

320 *Veáse* Richard Briffault & Laurie Reynolds, Cases and Materials on State and Local Government Law 543 (7th ed. 2008).

321 *Veáse* Clayton P. Gillette, *Local Redistribution, Living Wage Ordinances, and Judicial Intervention,* 101 Nw. U.L. Rev. 1057 (2007). *Pero veáse* Richard C. Schragger, *Mobile Capital, Local Economic Regulation, and the Democratic City,* 123 Harv. L. Rev. 482 (2009).

Conclusión

El capítulo anterior desarrolla la teoría de la regla del votante mediano, y este capítulo la aplica al derecho electoral. Primero aplicamos la teoría a los derechos de voto de los ciudadanos, específicamente al voto inclusivo y exclusivo, externalidades legales y costos de información. Estas aplicaciones proporcionan críticas a casos muy debatidos sobre identificación de votantes y divulgación. En segundo lugar, aplicamos la teoría a problemas estructurales de representación, específicamente al tamaño del poder legislativo, el número de cámaras, las reglas de decisión legislativa y la regla de una persona, un voto. Finalmente, aplicamos la teoría a la democracia directa, la regla de un solo asunto y el gobierno local. En cada sección, nuestro objetivo es ayudarte a analizar los casos, no proporcionarte una solución. Un mejor análisis lleva a abogados y jueces a una comprensión más profunda de lo que requiere la ley.

Sexta Parte
Teoría del Atrincheramiento

Teoría del Atrincheramiento

El derecho está organizado jerárquicamente, como el sistema militar. Las constituciones prevalecen sobre las leyes, las leyes prevalecen sobre los reglamentos, y los reglamentos prevalecen sobre el *common law*. Para hacer estable esta jerarquía, las leyes de mayor rango suelen ser más difíciles de modificar. En los Estados Unidos, la promulgación de una ley federal requiere el apoyo de la mayoría de ambas cámaras del Congreso, pero enmendar la Constitución requiere el apoyo de una supermayoría en ambas cámaras del Congreso y la ratificación por tres cuartas partes de los estados[322]. Cuando una ley es difícil de modificar, se encuentra *atrincherada*, como estaban las divisiones del ejército británico en la Primera Guerra Mundial. El atrincheramiento es fundamental para la ley. Constituciones, tratados y un sinnúmero de otras leyes están atrincheradas.

¿Por qué atrincheramos las leyes? Los académicos ofrecen muchas respuestas: para asegurar los derechos de las minorías, hacer más estables las leyes y protegernos de nosotros mismos. Durante la Guerra del Peloponeso, los atenienses sofocaron una revuelta y, a modo de represalia, ejecutaron a todos los hombres que habían sido vencidos. "El día siguiente," escribió Tucídides, suscitó "reflexión sobre la horrible crueldad de un decreto que condenó a toda una ciudad a un destino que solo merecían los culpables"[323]. El atrincheramiento mantiene nuestras pasiones a raya.

Estas justificaciones parecen sólidas, pero no parecen estar conectadas entre sí. ¿Qué conecta los derechos de las minorías con la estabilidad? Además, estas justificaciones no nos ayudan mucho a orientarnos a nosotros mismos. Los derechos, la estabilidad y las pasiones, todos estos factores parecen importantes. Pero ¿qué leyes deberíamos atrincherar, y hasta qué punto deberíamos hacerlo?

Este capítulo utiliza el análisis económico para analizar el atrincheramiento. Reunimos las justificaciones del atrincheramiento mediante una única teoría: la teoría de los compromisos creíbles.

* Nota del traductor: opté por dejar el término *"common law"* bajo su nomenclatura en inglés, pues en el ámbito jurídico hispanoparlante ha pasado a ser un término utilizado comúnmente.

[322] James Huffman, *How Disclosure Hurts Democracy*, Wall St. J., 11 de abril de 2011.

[323] Jon Elster, Ulysses Unbound 122 (2000). De hecho, los atenienses rescindieron la decisión inicial y perdonaron a los mitilenos.

Estudiamos el nivel óptimo de atrincheramiento utilizando modelos de voto. Usamos la teoría del atrincheramiento para estudiar asuntos de diseño legal y colapso constitucional. El capítulo contribuye a responder preguntas como estas:

> *Ejemplo 1:* "Es imposible," escribió James Madison, "que el hombre piadoso no perciba en [la Constitución] un dedo de esa Todopoderosa Mano"[324]. Muchos creen que las constituciones deberían declarar cuáles son los ideales que una sociedad considera sagrados. Sin embargo, la mayoría de las constituciones no prohíben el asesinato, y otras abordan temas bastante particulares, como las redes de pesca[325]. ¿Qué debería incluirse en una constitución?
> *Ejemplo 2:* La nación de Japón y el estado de Alabama tienen procedimientos de enmienda constitucional similares. La constitución de Japón no ha cambiado desde 1947, mientras que la de Alabama cambia aproximadamente ocho veces al año[326]. ¿Qué explica la existencia de enmiendas constitucionales?
> *Ejemplo 3:* En los Estados Unidos, la mayoría prefiere que se regule más intensamente la tenencia de armas, mientras que la minoría prefiere intensamente que haya una menor regulación de las armas. ¿Deberían las minorías intensas obtener lo que desean?
> *Ejemplo 4:* Las nuevas tecnologías permiten a la policía ver a través de paredes y monitorear a sospechosos con drones. Los tribunales actualizan la Constitución de los Estados Unidos, que prohíbe búsquedas irrazonables, para adaptarse a esta realidad cambiante. ¿Deberían los tribunales actualizar las constituciones lenta y gradualmente, o deberían realizar cambios radicales?

Comenzamos con la teoría positiva del atrincheramiento antes de examinar sus propiedades normativas. Concluimos conectando el atrincheramiento con la interpretación legal.

1. Teoría Positiva del Atrincheramiento

Para resistir a las sirenas, Ulises se ató al mástil de su barco. De manera similar, para resistir a la política cotidiana, los legisladores se atan a las leyes al atrincherarlas. El atrincheramiento amarra a los legisladores al permitir que unos pocos actores frenen la acción colectiva de muchos. Por

[324] The Federalist No. 37, en 184 (James Madison) (Ian Shapiro ed., 2009).

[325] Fl. Const. art. X, § 16.

[326] Véase Satoshi Yokodaido, *Constitutional Stability in Japan Not Due to Popular Approval,* 20 German L.J. 263 (2019); Albert P. Brewer, *Constitutional Revision in Alabama: History and Methodology*, 48 Ala. L. Rev. 583 (1997).

ejemplo, ya que enmendar la Constitución de los Estados Unidos requiere la ratificación de tres cuartas partes de los 50 estados, cualquier grupo de 13 estados puede trabar una enmienda. Los 13 estados más pequeños tienen una población combinada de aproximadamente 16 millones, mientras que la población nacional es de aproximadamente 320 millones. El atrincheramiento empodera a unos pocos para evitar cambios legales, otorgándoles a estos pocos un poder de veto. Promulgar una nueva ley necesita del acuerdo de todos los que tengan un veto.

Al igual que con la Constitución de los EE. UU., los legisladores pueden atrincherar leyes mediante una regla de votación exigente. Obtener el apoyo de tres cuartas partes de los estados es más difícil que obtener el apoyo de una mayoría simple. Sin embargo, el atrincheramiento puede lograrse de otras maneras. Comparado con el unicameralismo, el bicameralismo atrinchera las leyes al crear un segundo actor con poder de veto. Cualquiera de las cámaras puede impedir que se apruebe una nueva ley. A menudo, cambiar la ley requiere la aprobación del poder ejecutivo o incluso de los ciudadanos. Al igual que con el bicameralismo, estas condiciones atrincheran la ley al otorgar a más actores un veto. En los Estados Unidos, los presidentes de comités legislativos, el Presidente de la Cámara de Representantes, el Líder de la Mayoría del Senado y el Presidente tienen un veto sobre la legislación ordinaria. Esto ayuda a explicar por qué el Congreso promulga tan pocas leyes.

Analizaremos todas las formas de atrincheramiento, pero primero consideremos una pregunta clave: ¿por qué los legisladores se atan al mástil?

1.1. Compromisos Creíbles

Hoy en día, personas en todo el mundo reconocen los horrores de la esclavitud. Sin embargo, cuando los Fundadores de la Constitución de los Estados Unidos se reunieron en 1787, sus compromisos morales no eran tan fuertes. Los estados del norte tendían a oponerse a la esclavitud, mientras que los estados del sur la apoyaban. Los Fundadores estaban dispuestos a ceder respecto a la abolición de esta práctica cruel con tal de unificar los estados. El norte podría haber hecho una promesa al sur: únanse a los Estados Unidos ratificando la Constitución, y a cambio prometemos permitir la esclavitud en su territorio. El sur habría considerado risibles las meras palabras del norte. Si los estados del norte obtenían el control del nuevo Congreso, incumplirían su promesa. Para resolver este problema, los Fundadores añadieron el Artículo I, Sección 9, a la Constitución, que prohibía al

Congreso durante 20 años poner fin al comercio de esclavos[327]. Para los estados del Norte, incumplir ahora habría requerido que hacer algo más que romper una promesa. Habría requerido una transgresión de la ley fundamental de la nación. Confiando en que el norte respetaría el acuerdo, los estados esclavistas ratificaron la Constitución[328].

Esta es una historia trágica que nos muestra un punto importante: el atrincheramiento es poderoso. El atrincheramiento reemplaza las palabras vacías con compromisos creíbles. Los compromisos creíbles reducen los costos de transacción. Negociar se vuelve más fácil cuando las personas creen en las promesas que se hacen entre sí. Un capítulo anterior explicó que hacer compromisos creíbles en el ámbito del derecho público a menudo requiere instituciones. El atrincheramiento—en este caso, una regla exigente para enmendar la Constitución—es una de esas instituciones.

El atrincheramiento reduce los costos de transacción en más de una manera. El atrincheramiento del Artículo I, Sección 9, redujo los costos de negociación *constitucional* entre los estados. Sin el artículo, el norte y el sur no habrían podido llegar a un acuerdo. De manera similar, atrincherar la Constitución redujo los costos de negociación *legislativa* entre los políticos. Negociar se vuelve más fácil cuando sus consecuencias son más ciertas. Al estabilizar las condiciones de fondo, la Constitución aumenta la certeza sobre las consecuencias de los estatutos. Asimismo, la Constitución canaliza los desacuerdos políticos en foros predecibles como legislaturas y tribunales. Cuando los legisladores buscan cambiar leyes menores, siguen los procedimientos establecidos por la Constitución. Así como establecer reglas desde cero para cada partido de fútbol paralizaría el deporte, reestructurar el gobierno cada vez que se tramita una ley paralizaría al estado.

Hemos explicado que los políticos atrincheran las leyes para reducir sus costos de transacción a la hora de negociar. Según el Teorema de Coase en su vertiente de derecho público, los bajos costos de transacción benefician a los legisladores y, cuando representan adecuadamente a sus votantes, a la sociedad en su conjunto. Esta es la teoría económica del atrincheramiento.

La teoría económica no compite con las teorías jurídicas que se tienen sobre el atrincheramiento; las engloba. Los juristas justifican el atrincheramiento desde tres perspectivas: asegurar los derechos de las minorías, hacer la ley más estable y protegernos de nuestras pasiones. Asegurar los derechos de las

[327] U.S. Const. art. I, § 9.

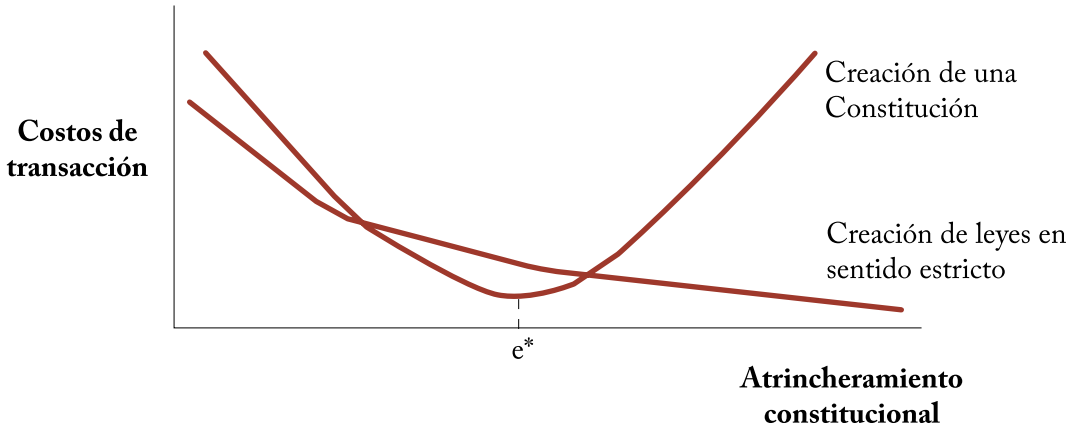
[328] Sobre la historia del Artículo I, Sección 9, véase, por ejemplo, Paul Finkelman, *Slavery and the Constitutional Convention: Making a Covenant with Death*, *en* Beyond Confederation: Origins of the Constitution and American National Identity 188–225 (Richard Beeman, Stephen Botein, & Edward C. Carter II eds., 1987).

minorías es hacer un compromiso creíble de no transgredirlos. Volver la ley más estable es hacer un compromiso creíble de no cambiarla. Protegernos de nuestras pasiones es hacer un compromiso creíble de no perseguir intereses a corto plazo. Las justificaciones jurídicas del atrincheramiento son instancias particulares de la justificación general que nos ofrece teoría económica del atrincheramiento.

Si el atrincheramiento reduce los costos de transacción, ¿deberían los legisladores atrincherar todas las leyes al máximo? La respuesta es no, porque los legisladores enfrentan un *trade off*. Si cambiar la ley es demasiado fácil, los compromisos no son creíbles. Pero si cambiar la ley es demasiado difícil, los compromisos se vuelven insostenibles porque no pueden ser deshechos. Si la Constitución hubiera protegido el comercio de esclavos para siempre, los estados libres no la habrían firmado.

La Figura 19 ilustra estas ideas. El eje horizontal representa el atrincheramiento de la constitución. El eje vertical representa los costos de transacción. La actividad de crear una Constitución (*constitutional lawmaking*) supone promulgar una constitución, mientras que la elaboración de leyes (en sentido estricto) supone promulgar estatutos. A medida que avanzamos hacia la derecha en el eje horizontal, el atrincheramiento constitucional se profundiza. Al principio, esto disminuye los costos de transacción en la elaboración de una Constitución al hacer que los compromisos sean más creíbles. Sin embargo, eventualmente, el atrincheramiento se vuelve tan profundo que los costos de transacción aumentan. Aumentan porque quienes negocian se vuelven reacios a promulgar una constitución que será muy difícil de enmendar o reemplazar. Atrincherar más allá del punto crítico e* incrementa los costos de transacción involucrados en la creación de una Constitución. Profundizar el atrincheramiento siempre disminuye los costos de transacción de la elaboración de leyes (en sentido estricto) al hacer que los procesos y acciones del estado sean fijos y predecibles.

Figura 19. Atrincheramiento y Negociación



Hemos conectado el atrincheramiento con la negociación política. Parte de la negociación política involucra legisladores en ambos lados de la transacción, como en el caso de los estados libres y los estados esclavistas. Otros acuerdos políticos incluyen actores privados. Por ejemplo, supongamos que una nación quiere que una empresa construya fábricas dentro de sus fronteras. Las fábricas traerían empleos y crecimiento. Los políticos prometen no expropiar las fábricas después de su construcción, pero la empresa tiene dudas. Por lo tanto, la nación añade una cláusula de expropiación a su constitución que impide que el gobierno confisque propiedades sin compensación[329]. Atrincherar la cláusula da a la empresa la confianza para construir las fábricas.

"La estabilidad en el gobierno," escribió Madison, "es esencial… para la tranquilidad y confianza en las mentes del pueblo" [330]. Si Madison tiene razón, entonces los legisladores que representan bien al pueblo deberían atrincherar las leyes fundamentales. Es más, incluso los legisladores que representan *mal* al pueblo atrincheran las leyes fundamentales. El análisis económico explica por qué. Todos los legisladores se benefician de compromisos creíbles porque todos se benefician de negociaciones exitosas. La estabilidad en el gobierno es para los ciudadanos una consecuencia, pero no necesariamente una causa, del atrincheramiento.

Preguntas

1.1.1.La Cláusula de Contratos en la Constitución de los Estados Unidos prohíbe a cualquier estado individual promulgar una ley que "menoscabe la obligatoriedad de los contratos"[331]. ¿Cómo reduce la Cláusula de Contratos los costos de transacción involucrados tanto en negociaciones públicas como privadas?

1.1.2. El filósofo John Locke ayudó a redactar una constitución para la colonia de Carolina en 1669. En ella, se afirmó que esta "será y permanecerá como la forma y norma sagrada e inalterable de gobierno… para siempre" [332]. ¿Bajo qué circunstancias los legisladores favorecerían leyes inalterables?

[329] Véase, por ejemplo, U.S. Const. enmienda. V.

[330] The Federalist No. 37, en 181 (James Madison) (Ian Shapiro ed., 2009).

[331] U.S. Const. art. I, § X ("Ningún Estado celebrará Tratado, Alianza o Confederación; otorgará Cartas de Corso y Represalia; acuñará Moneda; emitirá Billetes de Crédito; hará cualquier Cosa que no sea Moneda de oro y plata un Medio de Pago en el Pago de Deudas; aprobará ningún Decreto de Proscripción, Ley ex post facto o Ley que menoscabe la Obligación de Contratos; ni otorgará ningún Título de Nobleza".).

[332] David Armitage, *John Locke, Carolina, and the Two Treatises of Government,* 32 Pol. Theory 602, 603–07 (2004).

1.1.3. Un capítulo anterior distinguió entre soluciones coasianas y hobbesianas a la ineficiencia. Las soluciones hobbesianas se imponen a las partes en conflicto, mientras que las soluciones coasianas reducen los costos de transacción entre las partes en conflicto. La creación de una legislatura es una solución coasiana. Proporciona un foro en el que los representantes de las partes en conflicto pueden negociar. ¿Por qué las legislaturas suelen estar atrincheradas en las constituciones?

Barreras de cartón

Los Redactores de la Constitución de los Estados Unidos dividieron el estado federal en tres ramas —legislativa, ejecutiva y judicial— que competirían por el poder. Ellos razonaron que separar los poderes debería poner límites al estado y proteger los derechos. El argumento funcionó en teoría, pero ¿qué pasa en la práctica? ¿Permanecería cada rama en su rol asignado, o una se engrandecería a expensas de las otras? James Madison temía lo último. Estaba preocupado de que simplemente "marcar, con precisión, los límites de estos departamentos, en la constitución" fracasaría. Las meras "barreras de papel" no podrían proteger al estado del "espíritu invasor del poder".

Las constituciones no son auto aplicativas. La simple escrituración de algo, incluso en un documento legal fundamental, no garantiza el éxito. Las constituciones de Guinea Ecuatorial y Corea del Norte consagran como garantías la libertad de expresión, prensa, asamblea y consagran la dignidad como valor, pero ambos regímenes oprimen brutalmente a sus ciudadanos. Muchas constituciones en el mundo son meras imposturas.

Si los líderes de un país pueden ignorar sus constituciones, entonces el atrincheramiento no puede reducir los costos de transacción. Las personas no pueden prometer de manera creíble seguir una norma que son libres de ignorar. Recordemos el ejemplo de las fábricas. Ninguna empresa invertirá en nuevas fábricas si la Cláusula de Expropiaciones de la constitución es un engaño y el gobierno puede expropiar las fábricas a voluntad.

Para reducir los costos de transacción, el atrincheramiento debe crear una barrera fuerte, no meramente una barrera de papel. Para crear una barrera fuerte, transgredir una la ley atrincherada debe ser costoso. Por ejemplo, supongamos que una nación atrinchera una Cláusula de Expropiaciones en su constitución. Eliminar la Cláusula de Expropiaciones por medios legales requeriría que el ejecutivo proponga una enmienda y convenza a dos tercios de

la legislatura de apoyarla. Esto le tomaría al ejecutivo mucho tiempo y esfuerzo. Para hacerlo más concreto, supongamos que esto le costaría al ejecutivo una cifra de 10. Alternativamente, el poder ejecutivo podría cancelar la Cláusula de Expropiaciones por medios extralegales ignorándola y ordenando a soldados expropiar las fábricas. Esto le costaría al ejecutivo capital político y futuras inversiones, e incluso podría llevar a cargos criminales en su contra. Si este costo es mayor que 10, entonces el ejecutivo no utilizará medios extralegales. Así, el ejecutivo puede comprometerse a obedecer la constitución. Sin embargo, si este costo es menor que 10, entonces el ejecutivo no puede comprometerse a obedecer la constitución. Si el ejecutivo no puede comprometerse con la constitución, entonces atrincherar la ley en la constitución no hace que las promesas del ejecutivo sean creíbles.

Considera dos implicaciones de esta lógica. Primero, las ganancias de credibilidad del atrincheramiento están limitadas por los costos de transgredir la ley. Supongamos que el ejecutivo puede violar la Cláusula de Expropiaciones a un costo de 10, el mismo costo que enmendar la cláusula por medios legales. Profundizar el atrincheramiento —por ejemplo, pasar de una regla de votación de dos tercios a una regla de tres cuartos— incrementaría el costo del ejecutivo de enmendar la cláusula, pero no haría que el compromiso del ejecutivo con la cláusula sea más creíble. Segundo, si los legisladores valoran la credibilidad, tienen un incentivo para aumentar los costos de actuar extralegalmente. Para que las empresas confíen en la Cláusula de Expropiaciones, el ejecutivo debe encontrar una manera de castigarse a *sí mismo* por violarla.

¿Cuándo resulta costoso para los legisladores actuar extralegalmente? Abordaremos esta y preguntas relacionadas en los capítulos sobre *enforcement*. Por ahora, consideremos lo que los académicos llaman costos de audiencia. Actuar extralegalmente puede reducir el apoyo de los legisladores entre el público. ¿Quién es más probable que cumpla con la constitución, un presidente electo o un dictador?

1.2. Atrincheramiento y Equilibrios

Los compromisos se vuelven más creíbles a medida que incumplirlos se torna más difícil. El atrincheramiento dificulta el incumplimiento al multiplicar el número de actores que deben estar de acuerdo para incumplir con cierto acuerdo. En el ámbito del derecho público, incumplir un compromiso legal usualmente requiere una votación, como cuando los legisladores votan para enmendar la constitución o los funcionarios de la administración votan para eliminar una regulación.

Esta sección integra los asuntos consistentes en la votación y el atrincheramiento utilizando modelos espaciales de un capítulo anterior. Como antes, los modelos son abstractos y omiten muchas características del mundo real. Sin embargo, proporcionan una base instructiva para comprender el atrincheramiento.

Supongamos que siete votantes están a cargo de la creación de leyes. Para simplificar, sus nombres son *j, k, l, m, n, o y p*. Estos votantes emplean votación por pares y consideran cada asunto individualmente. Todos los votantes tienen preferencias de pico único, lo que significa que prefieren leyes más cercanas a sus puntos ideales. La Figura 20 muestra los puntos ideales de los votantes. Para simplificar, omitimos las curvas de utilidad.

El punto etiquetado como *SQ* representa el statu quo jurídico, es decir, la ley actualmente vigente statu quo. *SQ* está lejos del centro político, el cual está en *m*. Supongamos que los votantes eligen entre *SQ* y la propuesta etiquetada como *P1*, que está más cerca del centro. ¿Derrotará *P1* a *SQ*? La respuesta depende de la regla de votación. Para empezar, supongamos que los votantes usan una regla de mayoría simple, lo que significa que se necesitan solo cuatro votos para ganar (es decir, una regla de 4/7). *P1* está más cerca de los puntos ideales de cuatro votantes, m, n, o y p, por lo que *P1* derrota a *SQ*[333]. Siguiendo la misma lógica, la propuesta *P2* derrota a *P1* (j, k, l y m prefieren *P2*). Según el teorema del votante mediano, la ley cambiará hasta alcanzar m y estabilizarse. M es el único equilibrio, por lo que la mayoría simple produce un *punto de equilibrio.*

Si el punto ideal del votante mediano nunca cambia, la ley permanece estable en m. En la realidad, los puntos ideales cambian. El votante *m* podría volverse más conservador con el tiempo, como les ocurre a algunos estadounidenses en temas como el derecho de portar armas y la inmigración. El mediano se desplaza hacia la derecha. Si el punto ideal del votante mediano cambia, la ley se mueve para coincidir con su nuevo punto ideal.

Para hacer la ley más estable, el estado puede reemplazar la regla de mayoría simple con una regla de supermayoría. Volviendo a la Figura 20, supongamos que cambiar la ley requiere cinco votos favorables (regla de 5/7). Si la ley coincide con el punto ideal de *m*, no puede cambiar. No más de tres votantes apoyarían un cambio en cualquier dirección, y bajo la nueva regla de votación se necesitan cinco votos para ganar. Supongamos que la ley está en *P2*. Nuevamente, la ley no puede cambiar. No hay más de tres votantes que apoyarían moverse hacia la izquierda desde *P2*, y no hay

[333] Suponemos, al igual que el teorema del votante en la mediana, que los votantes no se comportan estratégicamente.

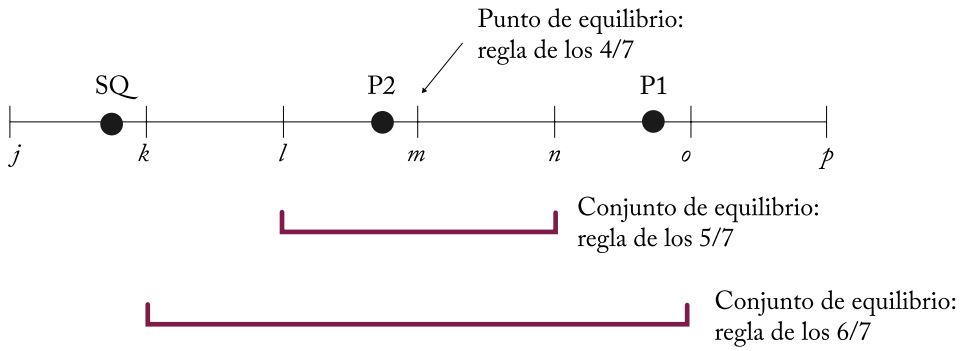
más de cuatro votantes que apoyarían moverse hacia la derecha desde *P2*. Según esta lógica, cada punto entre *l* y *n* es estable bajo una regla de votación de 5/7. La regla de supermayoría produce un *conjunto de equilibrio*.

Bajo la regla de mayoría simple, la ley se vuelve inestable cada vez que se desvía del punto ideal del votante mediano. En contraste, bajo la regla de supermayoría la ley solo se desestabiliza si sale del conjunto de equilibrio. Las preferencias de los votantes pueden evolucionar—*m* se mueve hacia la izquierda, *n* hacia la derecha, y así sucesivamente—pero la ley permanece estable siempre que se mantenga entre *l* y *n*. Esto demuestra el poder estabilizador del atrincheramiento.

La estabilidad aumenta a medida que se vuelve más profundo el atrincheramiento. Reemplazar la regla de mayoría simple con una regla de 5/7 cambia un punto de equilibrio por un conjunto de equilibrio. Reemplazar una regla de 5/7 con una regla de 6/7 amplía el conjunto, como muestra la Figura 6.2. Para comprender la lógica subyacente, consideremos una ley en *P1*. Bajo una regla de 5/7, la ley es inestable. Cinco votantes—*j, k, l, m y n*—preferirían algunos puntos que están hacia la izquierda. Sin embargo, bajo una regla de 6/7, *P1* es estable. No más de cinco votantes apoyarían moverse hacia la izquierda, y no más de dos votantes apoyarían moverse hacia la derecha. Se necesitan seis votantes para realizar un cambio.

Hemos demostrado que la estabilidad aumenta en la medida que se vuelve más profundo el atrincheramiento. La estabilidad también aumenta a medida que los votantes se alejan en sus preferencias. En la Figura 20, el conjunto de equilibrio bajo una regla de votación de 5/7 se extiende de *l* a *n*. Supongamos que los votantes *l* y *n* se vuelven más extremos, lo que significa que sus puntos ideales se mueven hacia los extremos izquierdo y derecho de la figura, respectivamente. El conjunto de equilibrio se amplía, aun cuando la regla de votación no haya cambiado. Una regla de supermayoría en una sociedad heterogénea atrinchera la ley más de lo que lo hace la misma regla en una sociedad homogénea.

Figura 20. Equilibrio con atrincheramiento



Preguntas

1.2.1. Supón que los legisladores desean leyes estables, pero atrincherar resulta costoso en términos de tiempo y esfuerzo. ¿Deberían los legisladores atrincherar leyes sobre las cuales las preferencias del votante mediano tienden a no cambiar, como las prohibiciones al robo?
1.2.2. Explica por qué un país políticamente fragmentado como Irak podría cambiar su constitución con menos frecuencia que un país políticamente unificado, incluso si ambos tienen el mismo procedimiento de enmienda.
1.2.3. ¿En qué circunstancias cambiar de una regla de votación de 5/7 a una de 6/7 *no* ampliaría el conjunto de equilibrio?
1.2.4.Los Anti-Federalistas se opusieron a la adopción de la Constitución, argumentando que ello solo beneficiaría a los miembros de la "combinación aristocrática," la que incluía personas como banqueros y abogados[334]. Supongamos que los redactores escriben la constitución para beneficiarse a sí mismos en lugar de beneficiar a la población en general. ¿Preferirían una regla de mayoría simple o una regla de supermayoría para las enmiendas?

1.3. Atrincheramiento e Incrementalismo

Hemos explicado que el atrincheramiento crea un conjunto de equilibrio. Las leyes dentro del conjunto permanecen fijas. ¿Qué sucede con las leyes que están fuera del conjunto? Consideremos la Figura 21. La ley actualmente vigente se etiqueta como *SQ*, y partió estando en la mediana. Sin embargo, las preferencias de los votantes se desplazaron hacia la derecha, por lo que, en relación con ellos, la ley ahora se encuentra en el extremo izquierdo. *SQ* está fuera del equilibrio, ya sea que la regla de votación sea 4/7, 5/7 o 6/7. (Si los votantes usan una regla de unanimidad, es decir, una regla de 7/7, entonces *SQ* está en el conjunto de equilibrio. ¿Puedes explicar por qué?)

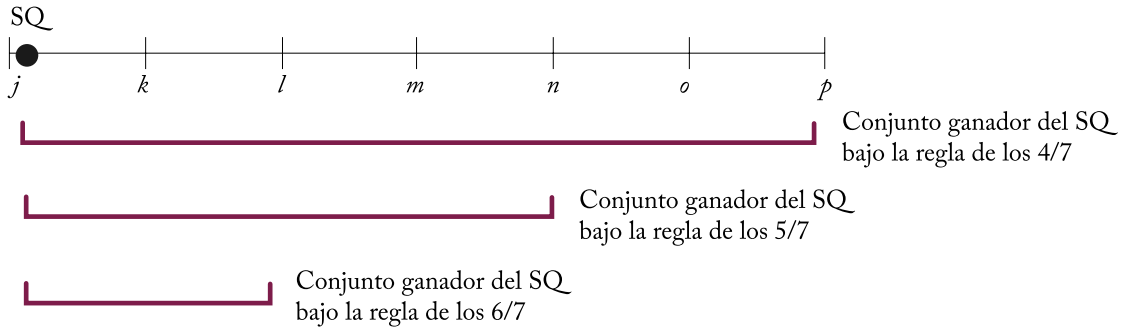
Una ley que está fuera del conjunto de equilibrio es inestable, pero ¿qué propuestas pueden derrotarla? La Figura 21 tiene la respuesta. Si los votantes usan una regla de mayoría simple, entonces cualquier propuesta en el primer y amplio conjunto de victoria derrotará a *SQ* en una votación por pares. Al menos cuatro votantes prefieren cada punto en el conjunto de victoria a *SQ*. La ley podría moverse, por ejemplo, desde *SQ* hacia un punto cercano a p y luego retroceder, oscilando hasta converger en *m*. ¿Qué ocurre si en vez de eso los votantes usan una regla de 5/7?

[334] The Antifederalist No. I, en 1 (Brutus) (Morton Borden ed., 1965).

Entonces solo las propuestas en el segundo y más estrecho conjunto de victoria derrotarían a *SQ*. Al menos cinco votantes prefieren cada punto en ese conjunto al statu quo. Bajo una regla de 6/7, solo las propuestas en el tercer y más estrecho conjunto de victoria derrotarían a *SQ*.

Desde *SQ*, la ley puede cambiar drásticamente bajo la regla de mayoría simple, moderadamente bajo una regla de 5/7 y marginalmente bajo una regla de 6/7. A medida que el atrincheramiento se profundiza, el conjunto de victoria converge hacia el statu quo. Llamamos a esto el principio de *incrementalismo*[335]. El principio enseña que profundizar el atrincheramiento tiene dos efectos, no uno. Primero, amplía el conjunto de equilibrio. Segundo, para las leyes fuera del conjunto de equilibrio, limita el cambio legal a pasos incrementales. Para ver claramente este segundo efecto, consideremos *SQ* en la Figura 21. La ley actualmente vigente (del *statu quo*) está lejos de la mediana. Bajo una regla de 6/7, no puede regresar a la mediana.

Figura 21. Principio de Incrementalismo



Hemos explicado el principio de incrementalismo con un gráfico. Para afinar la intuición, considera un ejemplo. La tasa impositiva es igual al 1%, y tres legisladores, Van, Wanda y Xavier, tienen la autoridad para cambiarla. Ellos prefieren tasas del 2%, 10% y 20%, respectivamente. Si los legisladores toman decisiones usando la regla de mayoría—la ley no está atrincherada—podrían cambiar la tasa al 10%. Wanda y Xavier prefieren el 10% al 1% y constituyen una mayoría. Si los legisladores toman decisiones bajo la regla de unanimidad—la ley está atrincherada—no pueden hacer un cambio tan drástico porque Van se opone. Van apoyaría un cambio incremental, como uno que implique pasar del 1% al 2%, pero no un cambio grande.

[335] Michael D. Gilbert, *Entrenchment, Incrementalism, and Constitutional Collapse,* 103 Va. L. Rev. 631 (2017). *Véase también* John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *Our Supermajoritarian Constitution*, 80 Tex. L. Rev. 703 (2002).

El principio de incrementalismo exacerba una desventaja del atrincheramiento. El atrincheramiento estabiliza las leyes independientemente de su contenido. Por lo tanto, los grupos de interés intentan atrincherar leyes que los favorecen siempre que sea posible. Además de asegurar libertades religiosas y derechos de propiedad, las constituciones estatales limitan las horas de trabajo de los mecánicos[336] y prohíben el encierro de cerdos preñados[337]. El principio de incrementalismo demuestra que el atrincheramiento resulta aún más atractivo para los grupos de interés que lo que podríamos pensar. Además de congelar las leyes de los grupos de interés, al menos por un tiempo, el atrincheramiento limita los cambios futuros a esas leyes. Los mecánicos y los cerdos preñados pueden perder algunas de sus protecciones, pero probablemente no muchas y no rápidamente.

1.4. Haciendo generalizaciones a partir de la regla de supermayoría

Nuestro análisis del atrincheramiento se ha centrado en las reglas de votación que tiene un solo órgano tomador de decisiones. En el mundo real, el atrincheramiento usualmente adopta formas más complejas. Se puede atrincherar una ley al requerir no solo una sino que dos cámaras legislativas para aprobar enmiendas (bicameralismo), aprobación ejecutiva (sanción presidencial) o ambas. Estados como Nevada requieren de la aprobación de los votantes para cambiar sus constituciones[338], mientras que otros como Delaware requieren múltiples aprobaciones por el mismo órgano[339]. Estos requisitos a menudo se combinan con reglas de supermayoría. Enmendar la Ley Fundamental de Alemania requiere el apoyo de una supermayoría en ambas cámaras del poder legislativo federal[340]. Nuestro modelo simple se puede utilizar para crear generalizaciones que aplican a estos contextos más complejos.

[336] *Véase* Cal. Const. art. XIV, § 2.

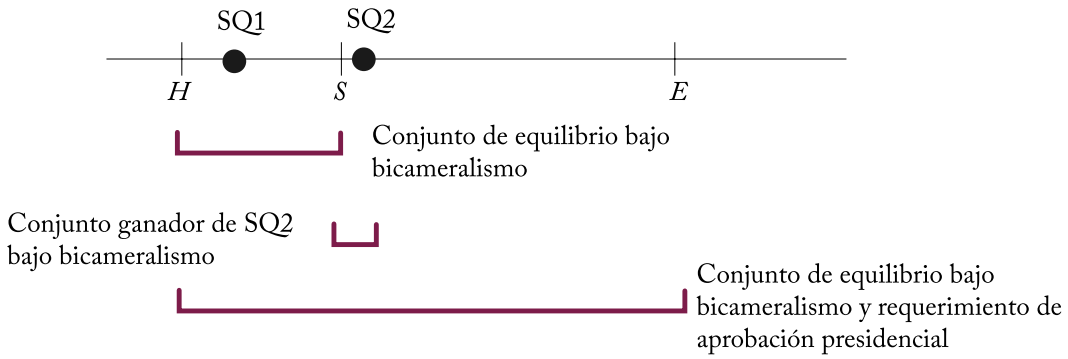
[337] *Véase* Cal. Const. art. X, § 21.

[338] *Véase* Cal. Const. art. XVI, § 1.

[339] *Véase por ejemplo*, Del. Const. art. XVI, § 1 (modificar la constitución de Delaware requiere el apoyo de una supermayoría en la Asamblea General y "en la Asamblea General siguiente").

[340] German Const. de 1949 art. 79, § 1.

Figura 22. Atrincheramiento y separación de poderes estatales



Para ilustrar, supón que la ley es atrincherada mediante un régimen bicameral. Dos cámaras, una Cámara de Representantes y un Senado, deben llegar a un acuerdo para que la ley cambie. En la Figura 22, *H* representa el punto ideal de la Cámara de representantes y *S* representa el punto ideal del Senado[341]. Una ley en *SQ1* es estable. La Cámara de representantes se opondrá a cualquier propuesta de moverla hacia la derecha. De manera similar, el Senado se opondrá a cualquier propuesta de mover la ley hacia la izquierda. *SQ1* no es la única ley estable. El régimen bicameral crea un conjunto de equilibrio entre *H* y *S*. Si las cámaras divergen—por ejemplo, si *S* se desplaza hacia la derecha—el conjunto de equilibrio se amplía.

¿Qué sucede cuando la ley sale del conjunto de equilibrio? Supongamos que *S* se movió hacia la izquierda con el tiempo. Una ley que solía estar en el conjunto de equilibrio ahora se encuentra justo fuera de él, como se ilustra con *SQ2*. Ambas cámaras apoyan reemplazar *SQ2* con una nueva ley, pero el alcance del potencial cambio potencial es estrecho, como muestra el conjunto de victoria. *SQ2* está cerca de *S*, y el Senado solo aprobará un cambio incremental que acerque la ley aún más a *S*.

Supón que el atrincheramiento se profundiza. Para cambiar la ley ya no se necesita solamente la aprobación de dos cámaras (bicameralismo) sino que además se requiere del apoyo del ejecutivo, cuyo punto ideal es *E*. Ahora el conjunto de equilibrio se extiende desde *H* hasta *E*. Profundizar el atrincheramiento hizo estables leyes que sin esa regla serían inestables, como la regla representada por *SQ2*. Si el punto ideal del ejecutivo se moviera hacia la derecha, el conjunto de equilibrio se ampliaría, y viceversa.

Estos ejemplos demuestran una cuestión más amplia. Enmendar una ley atrincherada requiere que cierto número de actores estén de acuerdo. Uno puede representar a estos actores y las reglas que los

[341] Atribuir un punto ideal a cada cámara simplifica el análisis. En realidad, la Cámara de representantes y el Senado comprenden múltiples legisladores individuales con diferentes puntos ideales.

rigen (por ejemplo, los requisitos de supermayoría) en la línea. A partir de ahí, los detalles precisos de las técnicas de enmienda desaparecen, y queda un modelo general[342]. El modelo general tiene las mismas características que el modelo de siete votantes que vimos más arriba. Las ideas desarrolladas en dicho ejemplo más simple se aplican a casos más complejos.

Preguntas

1.4.1. En 2016, el Colegio Electoral hizo a Donald Trump presidente de los Estados Unidos, a pesar de que perdió el voto popular a nivel nacional. A algunos estadounidenses les gustaría eliminar el Colegio Electoral, lo que requiere enmendar la Constitución de los EE. UU. Enmendar la Constitución de los EE. UU. es notoriamente difícil. Utiliza un modelo espacial para esbozar un conjunto de equilibrio para el Colegio Electoral.
1.4.2. Agregar el ejecutivo a la Figura 6.4 amplió el conjunto de equilibrio. ¿Agregar el poder ejecutivo a un sistema bicameral siempre ampliará el conjunto de equilibrio? ¿Podría alguna vez reducir el conjunto de equilibrio?
1.4.3. Supongamos que un "diseñador constitucional" debe elegir entre dos métodos de atrincheramiento: un legislativo bicameral, en el que cada cámara opera bajo la regla de mayoría, o un legislativo unicameral que opera bajo la regla de supermayoría. ¿Qué método parece más democrático?[343]
1.4.4. Bajo un régimen bicameral, llamamos al espacio entre H y S el conjunto de equilibrio. Un capítulo anterior llamó al mismo espacio el conjunto de Pareto. ¿Son estos conceptos iguales? ¿Depende la respuesta de si H y S representan a las instituciones o a los miembros medianos de las instituciones?

Constitucionalismo impopular

Se supone que las constituciones reflejan la voluntad del pueblo, pero muchas constituciones son impopulares entre las personas que gobiernan. La opinión pública sobre asuntos como la homosexualidad y el aborto no coincide con las protecciones constitucionales para los derechos de las personas homosexuales y la libertad reproductiva. Considera otro puzle.

[342] *Véase* George Tsebelis, Veto Players (2000).

[343] *Véase* Saul Levmore, *Bicameralism*, 12 Int'l Rev. L. Econ. 145 (1992).

Los académicos informan que las constituciones son "pegajosas": las más nuevas se parecen mucho a sus predecesoras. En un estudio exhaustivo de las constituciones del mundo, los investigadores encontraron que "la constitución enmendada promedio cubre el 97 por ciento de los mismos temas que el documento anterior, antes de la enmienda".

Muchas constituciones son impopulares, y al parecer las enmiendas no resuelven el problema. ¿Por qué? Los académicos han ofrecido respuestas basadas en la psicología, el comportamiento judicial, y otros factores. Nosotros ofrecemos una explicación más simple: las constituciones están atrincheradas, y el atrincheramiento fuerza el incrementalismo. A medida que cambian las preferencias de los ciudadanos, el punto ideal del votante mediano se aleja de la ley existente, contribuyendo a su impopularidad. Cuando la ley sale del conjunto de equilibrio, se hace posible una enmienda. Sin embargo, el principio de incrementalismo muestra que la enmienda probablemente será menor. Una enmienda puede acercar una ley constitucional impopular al centro político, pero a menudo no puede devolver la ley al centro. De repente, estos enigmas parecen menos enigmáticos. Por supuesto que las constituciones son pegajosas e impopulares. Las preferencias cambian, y el atrincheramiento impide que las enmiendas se mantengan al día.

1.5. Atrincheramiento e inestabilidad

Respecto de algunos temas, las preferencias cambian rápidamente. En 20 años, las opiniones de los estadounidenses sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la marihuana cambiaron drásticamente. En otros temas, las preferencias evolucionan gradualmente. El apoyo a los derechos de las minorías raciales en los Estados Unidos ha cambiado lentamente con el tiempo. El ritmo del cambio social afecta el tránsito del cambio legal, a veces de maneras sorprendentes.

Figura 23. Inestabilidad Constitucional

Considera estos eventos que transcurrieron en el estado de Texas. En 2007, una enmienda constitucional permitió al estado eximir a los veteranos "totalmente" discapacitados de algunos impuestos sobre la propiedad. En 2011, una enmienda amplió la exención al cónyuge sobreviviente de un veterano "totalmente" discapacitado. En 2013, otra enmienda amplió la exención a los veteranos "parcialmente" discapacitados y a sus cónyuges sobrevivientes. En 2015, una nueva enmienda permitió a la legislatura extender el beneficio fiscal al cónyuge sobreviviente de un veterano "totalmente" discapacitado que había muerto antes de que entrara en vigor la enmienda de 2011. Texas modificó la misma sección de su constitución cuatro veces en ocho años, ampliando repetidamente el beneficio fiscal[344].

Esta secuencia parece sorprendente. Enmendar la constitución de Texas requiere el apoyo de una supermayoría en ambas cámaras de la legislatura y el apoyo de una mayoría entre los ciudadanos. Ese nivel de atrincheramiento sugiere que el cambio constitucional debería ser escaso, no común. ¿Qué explica la inestabilidad? Los cambios rápidos en las preferencias podrían ser la causa. Sin embargo, los cambios rápidos no son necesarios.

Para entender por qué, consideremos la Figura 23. Supongamos que la dimensión horizontal representa el apoyo a los veteranos. *H* es el punto ideal de la Cámara de Representantes de Texas. *S* es el punto ideal del Senado de Texas[345]. El votante mediano entre los texanos tiene como punto ideal *M*. Por lo tanto, el conjunto de equilibrio para el apoyo constitucional a los veteranos se extiende desde *H* hasta *M*. Supongamos que la ley vigente que respalda a los veteranos se encuentra justo a la derecha de *H*. Está en el conjunto de equilibrio, pero apenas. Ahora supón que la Cámara gradualmente toma una postura más favorable hacia los veteranos. El punto *H* se desplaza hacia la derecha. Eventualmente se mueve más allá de la ley actualmente vigente, lo que significa que la ley queda fuera del conjunto de equilibrio, como ilustra el punto *SQ.* Cuando el statu quo queda fuera del conjunto de equilibrio, se hace posible una enmienda, pero obsérvese la estrechez del conjunto de victoria. *SQ.* está justo a la izquierda de *H*, y la enmienda más grande posible creará una nueva ley justo a la derecha de *H*.

Supón que se promulga una nueva ley justo a la derecha de *H*. La ley está en el conjunto de equilibrio. Si *H* deja de moverse hacia la derecha, o si oscila hacia la izquierda, entonces la nueva ley se mantendrá. Pero supongamos que *H* sigue desplazándose hacia la derecha. Esa evolución empujó

[344] *Véase* Tex. Legislative Council, Amendments to the Texas Constitution Since 1876, 92–93 (Feb. 2016).

[345] Para simplificar, asumimos que cada miembro de la Cámara de representantes de Texas tiene el punto ideal *H* y cada miembro del Senado de Texas tiene el punto ideal *S*.

a *SQ* fuera del conjunto de equilibrio al principio, y podría continuar. Cuando *H* se desliza fuera del equilibrio, se abre un conjunto de victoria estrecho, una nueva ley similar reemplaza a la antigua, y el proceso se repite[346].

Para hacer esto más concreto, vuelve a considerar a Van, Wanda y Xavier. La tasa impositiva actual es del 1%, y prefieren tasas del 2%, 10% y 20%, respectivamente. Debido a que operan bajo una regla de unanimidad, no pueden aumentar la tasa drásticamente. Van aceptará pasar del 1% al 2%, pero no mucho más. Supongamos que cambian la tasa al 2%. Ahora sus opiniones evolucionan y prefieren tasas del 3%, 11% y 21%. Todos prefieren aumentar la tasa impositiva nuevamente, pero el cambio tendrá que ser pequeño. Podrían cambiar la tasa del 2% al 3%, y el proceso continúa.

En este escenario, una ley atrincherada es inestable. Como un carro tirado a mando, sigue a la trasera de los votantes mientras estos avanzan: nunca se adelanta, pero tampoco se detiene. Los cambios en una ley atrincherada ocurren tan frecuentemente como bajo la regla de mayoría. Sin embargo, la ley es menos popular porque nunca llega al centro político.

Este análisis podría iluminar los eventos en Texas. Más importante aún, lleva a predicciones sobre si el atrincheramiento estabilizará o no la ley. Si las opiniones de los votantes evolucionan consistentemente en una dirección, incluso una ley atrincherada puede cambiar con frecuencia, como en el ejemplo de Van, Wanda y Xavier. Por el contrario, si los votantes oscilan, moviéndose hacia la derecha y luego hacia la izquierda y de nuevo, la ley atrincherada podría no cambiar nunca. Quizás esto explica por qué las constituciones democráticas abordan los procedimientos electorales (las "reglas del juego") y la distribución del poder entre las ramas del gobierno. Cuando un partido político gana el control del Congreso pero pierde la presidencia, quiere un poder más concentrado en el poder legislativo y menos poder para el ejecutivo, y viceversa. Las opiniones de los legisladores sobre las instituciones fundamentales oscilan a medida que un partido u otro gana elecciones. El atrincheramiento previene que la rotación de legisladores desestabilice al estado.

Preguntas

1.5.1. En la Figura 23, supongamos que *S* y *M* se desplazan hacia la izquierda mientras que *H* se desplaza hacia la derecha. ¿Cuándo se estabilizará la ley?

[346] Este fenómeno se explora en Michael D. Gilbert, *Entrenchment, Incrementalism, and Constitutional Collapse*, 103 Va. L. Rev. 631 (2017).

1.5.2. La Constitución de los Estados Unidos ha funcionado durante dos siglos, mientras que la constitución de la Cuarta República de Francia duró solo 12 años. Algunas constituciones perduran mientras que otras colapsan. ¿Qué representa un mayor riesgo para la durabilidad constitucional: cambios ocasionales y dramáticos en las preferencias o cambios persistentes y pequeños en las preferencias?

¿Enmiendas o convenciones constitucionales?

¿Cómo deberían cambiar las constituciones? La Constitución de los Estados Unidos, así como muchas otras, regulan dos métodos para cambiar el texto constitucional: enmiendas y convenciones constitucionales. En general, las enmiendas se centran en temas concretos, como la Decimonovena Enmienda, que aborda el derecho al voto de las mujeres. Las convenciones pueden abarcar conjuntos de temas. En la década de 1960, una convención para reescribir la constitución del estado de Míchigan se reunió durante casi un año, y los votantes emitieron un solo voto para aprobar todo el paquete, que incluía 12 artículos y decenas de secciones.

Es más probables que las enmiendas se ajusten a los proyectado por nuestro análisis, el que asume que las decisiones ocurren sobre un tema a la vez. Por lo tanto, cambiar la ley mediante enmiendas probablemente producirá el incrementalismo descrito anteriormente. Las convenciones, por otro lado, podrían implicar negociaciones sobre múltiples temas, y estas negociaciones pueden generar mayores cambios. Reconsideremos la Figura 23. En ausencia de negociaciones, la Cámara no aprobará reemplazar *SQ* con una ley en *S*. Con negociaciones, la Cámara podría aceptar este cambio si obtiene, por ejemplo, más fondos para escuelas como parte del acuerdo. Las negociaciones pueden producir cambios significativos incluso cuando la ley está atrincherada.

Las enmiendas y las convenciones se diferencian en otro aspecto: las primeras solo pueden mover la ley *más cerca* del centro político. En cada ejemplo anterior, una nueva ley más cercana a la mediana reemplaza al statu quo. Las convenciones no tienen dichas restricciones. Un actor político podría aprobar mover la ley sobre minorías religiosas más lejos del centro político si, a cambio, obtiene el derecho a la salud. En resumen, las convenciones funcionan mejor cuando el objetivo es un cambio impopular o drástico, incluyendo cambios que busquen reemplazar un statu quo inestable con una ley que está bastante resguardada por el conjunto de equilibrio. Las enmiendas funcionan mejor cuando el objetivo es un cambio incremental popular.

Muchos abogados temen las convenciones constitucionales, y nunca ha habido una para la Constitución de los EE. UU. Podemos usar un concepto de un capítulo anterior para explicar por qué. Las enmiendas se asemejan a la democracia de mediana y las convenciones se asemejan a la democracia de negociación. La democracia de negociación es mejor que la democracia mediana cuando los costos de transacción son bajos y la representación es buena. La democracia de negociación es peor cuando los costos de transacción son altos o la representación es mediocre. Los costos de transacción aumentan junto con el número de temas discutidos. Una convención para rehacer toda la Constitución podría estancarse o volverse impredecible (una "convención descontrolada"). Limitar el alcance de una convención podría reducir los costos de transacción, pero el Artículo V no prevé ninguna limitación de este tipo.

Tampoco lo hace California. La Corte Suprema de California describió una vez el proceso de convención del estado de la siguiente manera: "[T]oda la soberanía del pueblo está representada en la convención. El carácter y alcance de una constitución que pueda ser redactada por ese cuerpo está libre de cualquier limitación". La economía proporciona una perspectiva sobre el razonamiento de la corte. Una convención sin restricciones eleva los costos de transacción, lo que podría dañar a los ciudadanos en lugar de beneficiarlos.

2. Teoría normativa del atrincheramiento

Redactada en 1901, la constitución de Alabama ordena que existan "escuelas separadas… para niños blancos y de color"[347*]. Los esfuerzos para eliminar ese lenguaje racista han fracasado[348]. El atrincheramiento puede contener las pasiones y ofrecer otros beneficios, pero tiene un costo: la ley puede alejarse de los valores que son más populares. Cuando la diferencia es demasiado grande, la sociedad sufre y el estado puede fallar. "Es tan absurdo exigir a un hombre que siga usando el abrigo que le quedaba cuando era niño," escribió Thomas Jefferson, "como que una sociedad civilizada permanezca siempre bajo el régimen de sus bárbaros antepasados"[349].

[347] Ala. Const. § 256.

* Nota del traductor: al día de hoy, la Constitución de Alabama que contenía dicha norma fue derogada y reemplazada. Ver: https://www.wvtm13.com/article/alabama-constitution-slavery-racist-language/41848458

[348] Dicha norma no tiene efectos debido a la decisión de la Corte Suprema en *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). Los esfuerzos para revisar la constitución de Alabama finalmente están en marcha. *Veáse* Tariro Mzezewa, *Alabama Begins Removing Racist Language from Its Constitution*, N.Y. Times, 19 de septiembre de 2021.

[349] Thomas Jefferson, *Letter to Samuel Kercheval*, 12 de julio de 1816, en The Works of Thomas Jefferson (Paul Leicester Ford ed., 1904–5).

La última sección mostró cómo diferentes grados de atrincheramiento afectan el desarrollo de la ley. Aquí preguntamos qué grado de atrincheramiento es mejor para la sociedad. Para responder, consideramos las tres justificaciones que generalmente se ofrecen para el atrincheramiento: derechos de las minorías, estabilidad y controlar las pasiones.

2.1. Bienestar y democracia

Un capítulo anterior explicó que, si los votantes tienen preferencias igualmente intensas, la regla de la mayoría puede maximizar el bienestar social. Para reiterar esta lógica, volvamos a los votantes *j* a *p*. Si la ley se desplaza un poco hacia la izquierda desde el punto ideal de *m*, tres votantes (*j, k* y *l*) ganan, mientras que los otros cuatro pierden. Debido a la igual intensidad de sus preferencias, las ganancias de *j, k* y *l* compensan exactamente las pérdidas de *n, o* y *p*. Sin embargo, nada compensa la pérdida de *m*, por lo que el efecto neto del cambio hacia la izquierda es una disminución del bienestar total. Lo mismo ocurriría si la ley se desplazara hacia la derecha de la mediana.

Fijar la ley en la mediana maximiza el bienestar social, por lo que mover la ley más cerca de la mediana debe incrementar el bienestar social[350]. Sin embargo, desplazamientos de la ley de igual magnitud no aumentan el bienestar social en la misma medida. La curva en la Figura 24 lo demuestra. Supón que cada votante gana uno cuando la ley se mueve un punto ideal más cerca de su posición y viceversa. Por lo tanto, las preferencias son igualmente intensas. Desde un statu quo en *j*, mover la ley a *k* ayudará a seis votantes y perjudicará a uno, lo que lleva a una ganancia neta de cinco. Mover de *k* a *l* ayudará a cinco votantes y perjudicará a dos, lo que lleva a una ganancia neta de tres. Estos cambios son aditivos. Mover de *j* a *m* aumenta el bienestar total en nueve[351], mientras que mover de *k* a *n* lo incrementa en tres[352].

Podemos relacionar el análisis positivo del atrincheramiento con la democracia. Bajo la regla de mayoría simple, la ley converge hacia el votante mediano, maximizando el bienestar. En la Figura 24, la curva alcanza su punto máximo en *m*. Bajo la regla de supermayoría, la ley no necesariamente se

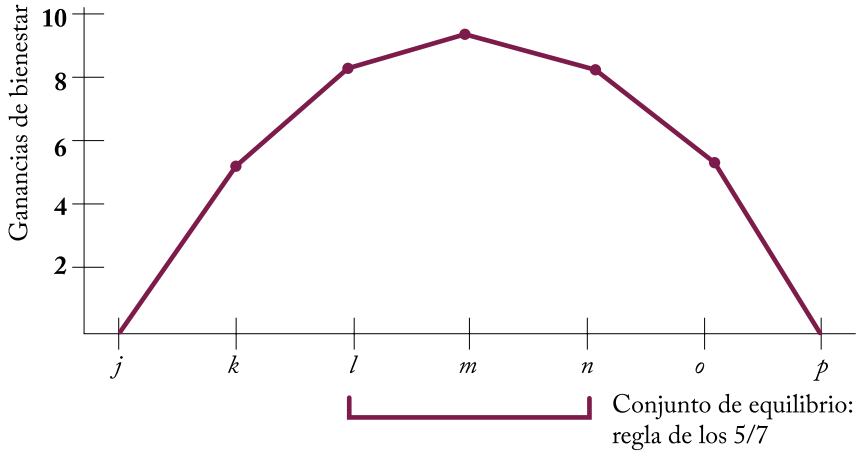
[350] Asumimos que el bienestar social es igual a la suma de las utilidades individuales.

[351] Este cambio disminuye la utilidad de *j* en tres y la de *k* en uno. Incrementa la utilidad de *l* en uno y la de *m, n, o* y *p* en tres. La ganancia neta es igual a nueve.

[352] Este cambio disminuye la utilidad de *j* y *k* en tres y la de *l* en uno. Incrementa la utilidad de *m* en uno y la de *n, o* y *p* en tres. La ganancia neta es igual a tres.

mueve hacia la mediana, lo que genera una pérdida de bienestar. Para ilustrar, supongamos que la ley actualmente vigente en la Figura 24 es igual a *l*. Bajo una regla de votación de 5/7, esa ley está en el conjunto de equilibrio, por lo que no puede cambiar. La falta de capacidad de respuesta democrática tiene costos para la sociedad. Cambiar a la regla de mayoría haría que la ley sea receptiva a las preferencias de la mayoría. La ley se movería de *l* a *m*, aumentando el bienestar social.

Figura 24. Bienestar social y la Mediana



Hemos demostrado que el atrincheramiento, al evitar que la ley alcance la mediana, puede perjudicar a la sociedad cuando los votantes tienen preferencias igualmente intensas. Además, el atrincheramiento también puede perjudicar a la sociedad cuando los votantes tienen preferencias *des*igualmente intensas. Considera el derecho a abortar. Algunas personas se oponen al aborto en todos los casos, incluso si el embarazo resultó de una violación, no es viable o pone en peligro la vida de la madre. Otras apoyan el derecho a abortar en todos o casi todos los casos. Estas minorías apasionadas adoptan posiciones extremas. La mayoría de las personas tiene preferencias menos intensas y adopta posiciones moderadas. ¿Cómo afectan estas preferencias al análisis del atrincheramiento?

Volvamos a la Figura 24. Supón que los votantes *j* y *p* tienen preferencias opuestas pero igualmente intensas. El votante *j* se opone firmemente a los derechos al aborto, y *p* los apoya firmemente. Para hacerlo más concreto, asignemos algunos números. Cuando la ley se mueve un punto ideal lejos de *j*, el votante *j* sufre una pérdida de tres, y viceversa. Lo mismo ocurre con el votante *p*. Los otros votantes ganan o pierden solo una unidad cuando la ley se mueve un punto ideal más cerca o más lejos de sus preferencias. Desde una ley vigente en *j*, mover un punto ideal hacia la derecha costaría a *j* tres, beneficiaría a *k, l, m, n* y *o* uno cada uno, y beneficiaría a *p* tres. La ganancia neta sería de cinco, tal como muestra la curva en la Figura 24. Desde *j*, mover la ley dos

puntos ideales hacia la derecha costaría a *j* seis, el votante *k* sería indiferente, los votantes *l, m, n* y *o* ganarían dos cada uno, y el votante *p* ganaría seis. La ganancia neta sería de ocho— nuevamente como muestra la curva. Las ganancias de *p* compensan exactamente las pérdidas de *j*, por lo que su intensidad no afecta el análisis.

Para generalizar, fijar la ley en la mediana maximiza el bienestar social cuando las preferencias son igualmente intensas y cuando son simétricamente intensas. Las preferencias son simétricamente intensas cuando la curva de utilidad de cada persona cuyo ideal está a la izquierda del mediano coincide con la curva de una persona cuyo ideal está a la derecha del mediano. La presencia de intensidad simétrica significa que si uno "dobla" la dimensión política del gráfico en la mitad todos los puntos de ambos lados se van a alinear, como un copo de nieve[353].

Las preferencias igualmente intensas son solo un caso especial de preferencias simétricamente intensas. Las preferencias simétricamente intensas en la práctica deben ser escasas, pero preferencias a grandes rasgos simétricas podrían ser frecuentes. Respecto de muchos temas, los votantes liberales que sostienen posiciones de manera apasionada podrían, más o menos, contrarrestar las opiniones apasionadas de ciertos conservadores. Cuando las preferencias son a grandes rasgos simétricas, la regla de la mediana aproximadamente maximiza el bienestar social.

Si las preferencias tienden a ser simétricas, entonces la regla de la mayoría tiende a ser óptima porque empuja la ley hacia la mediana. En la realidad, la regla de mayoría simple opera respecto de pocos temas. En los Estados Unidos, la mayoría de los estatutos se promulgan después de ser aprobada en ambas cámaras legislativas y contando con la aprobación presidencial. Por lo tanto, atrincheramos leyes incluso cuando las preferencias son aproximadamente simétricas. Las siguientes secciones explican por qué.

Preguntas

2.1.1. En la Figura 24, supón que la ley vigente coincide con *p* y la regla de votación es de 6/7. ¿Cuál es el conjunto de victoria del statu quo? Si la ley se mueve tan cerca de *m* como lo permite la regla de 6/7, ¿cuánto aumentará el bienestar social?

2.1.2. Imagina dos leyes, una lejos del centro político y otra cerca del centro político. Los

[353] La simetría requiere la alineación de los puntos ideales y las curvas de utilidad de los votantes, cosas que no se ilustran en las figuras.

legisladores acercan la primera ley al centro y hacen que la segunda ley coincida con el centro. ¿Qué cambio refleja la voluntad de la mayoría? ¿Qué cambio aporta más a la sociedad?

2.2. Bienestar y minorías

Las Enmiendas de la Reconstrucción* prohibieron la esclavitud, prometieron al menos algo de igualdad ante la ley y prohibieron la discriminación racial en el voto[354]. Esas leyes perjudicaron a algunos blancos del sur un poco y ayudaron enormemente a los afroamericanos y a otros. El derecho constitucional a menudo aborda esta situación: una mayoría apoya un tema (en ese caso, el poder de poseer y tratar brutalmente esclavos), mientras que una minoría se opone intensamente. Al proteger a las minorías intensas, el atrincheramiento puede aumentar el bienestar social.

Para ilustrar esta idea, imagina tres personas votando sobre el uso del peyote, una sustancia que altera el estado de ánimo. Los nativos americanos han utilizado el peyote en rituales durante siglos. El primer votante prefiere una prohibición total del peyote, el segundo prefiere permitir un uso limitado de éste durante ceremonias religiosas, y el tercero prefiere fuertemente un uso ilimitado durante ceremonias religiosas[355]. La regla de mayoría hace que la ley gravite hacia la posición del segundo votante, pero esto no es óptimo[356]. Permitir un uso ilimitado para fines religiosos ayudaría al tercer votante más de lo que perjudicaría a los otros dos. Legalizar el uso ilimitado del peyote y atrincherar esa ley mediante una regla de unanimidad maximizaría el bienestar.

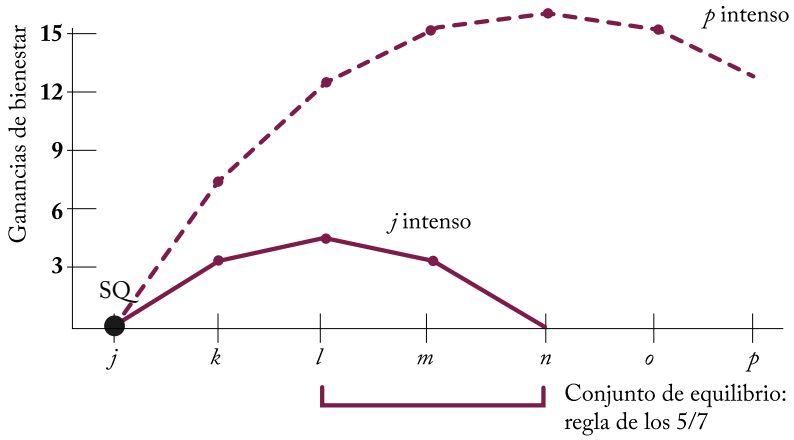
* Nota del traductor: el término "Enmiendas de la Reconstrucción" se refiere a las décimo tercera, décimo cuarta y décimo quinta enmiendas a la Constitución de Estados Unidos. Ellas fueron adoptadas entre 1865 y 1870, y surgieron como parte de la "Era de la Reconstrucción", un periodo de cambios que transcurrió tras el fin de la Guerra Civil en Estados Unidos. Estas enmiendas buscaban garantizar la libertad de personas que antes habían sido esclavas, y entregarles ciertos derechos civiles.

[354] U.S. Const. enmienda. XIII ("Ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria, excepto como castigo por un delito del cual la parte haya sido debidamente condenada, existirá dentro de los Estados Unidos, ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción".); U.S. Const. enmienda. XIV ("Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado donde residen. Ningún Estado promulgará ni hará cumplir ley alguna que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni privará a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad, sin debido proceso; ni negará a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes".); U.S. Const. enmienda. XV ("El derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos a votar no será negado ni limitado por los Estados Unidos ni por ningún Estado debido a su raza, color o condición previa de servidumbre".).

[355] Para un caso importante sobre el peyote y la religión, véase Employment Div., Dept. of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

[356] Hemos discutido la regla de mayoría y la intensidad de las preferencias en un capítulo anterior sobre votación.

Figura 25. Preferencias Asimétricas



Para aclarar, la Figura 25 muestra los puntos ideales de nuestros siete votantes, de *j* a *p*. A diferencia de lo mostrado anteriormente, el votante *j* tiene preferencias intensas en comparación con los demás. Cuando la ley se mueve un punto ideal más cerca del suyo (por ejemplo, de *k* a *j*), su utilidad aumenta en tres. Cuando la ley se mueve un punto ideal más lejos del suyo, pierde tres. Los otros votantes ganan solo uno cuando la ley se mueve un punto ideal más cerca del suyo y pierden solo uno cuando la ley se mueve un punto ideal más lejos.

La ley vigente se alinea con el punto ideal de *j*, por lo que satisface sus intensas preferencias. Sin embargo, la ley no maximiza el bienestar social[357]. La curva sólida muestra las ganancias totales en utilidad que resultan de mover la ley desde el statu quo hacia el centro. Reemplazar el statu quo con una ley un punto ideal a la derecha costaría a *j* tres, pero beneficiaría a *k, l, m, n, o* y *p* uno cada uno. La ganancia neta sería de tres, como muestra la curva sólida. Desde *j*, mover la ley dos puntos ideales hacia la derecha costaría a *j* seis. El votante *k* sería indiferente, y los votantes *l, m, n, o* y *p* ganarían dos cada uno, por lo que la ganancia neta sería de cuatro. La curva sólida alcanza su punto máximo en *l*, lo que significa que mover la ley de *j* a *l* maximizaría el bienestar social.

Para generalizar, dadas preferencias asimétricamente intensas, establecer la ley en la mediana no maximiza el bienestar social. En su lugar, la ley que maximiza el bienestar social se inclina hacia la minoría intensa. En la Figura 25, la ley óptima es igual a *l*, no a *m*. Si el votante *j* tuviera preferencias más intensas, la ley óptima estaría entre *j* y *l*, y si tuviera preferencias menos intensas, estaría a la derecha de *l*.

[357] Nuevamente, asumimos que el bienestar social es simplemente la suma de las utilidades individuales.

Supón que la ley óptima está en *l*, como muestra la curva sólida. Los legisladores podrían establecer la ley en *l*, pero la regla de mayoría hará que la ley gravite hacia *m*. Atrincherar la ley con una regla de votación de 5/7 la estabilizará en *l* al crear un conjunto de equilibrio. En general, el atrincheramiento beneficia a la sociedad cuando estabiliza una ley que favorece a minorías intensas.

Esta proposición tiene una contracara. El atrincheramiento perjudica a la sociedad cuando estabiliza una ley que desfavorece a minorías intensas. Volvamos a la Figura 25 y supongamos que el votante *p* tiene preferencias intensas en lugar de *j*. Él gana y pierde tres a medida que la ley se mueve un punto ideal más cerca o más lejos del suyo. Los otros ganan o pierden solo uno. Si la ley vigente es igual a *j*, grandes ganancias podrían obtenerse al mover la ley hacia p, como muestra la curva discontinua. Idealmente, la ley se movería de *j* a *n*. Si esto es posible depende del nivel de atrincheramiento. Bajo una regla de votación de 5/7, la ley podría moverse a *n*, pero bajo una regla de 6/7 no podría. El principio de incrementalismo aparece de nuevo.

Preguntas

2.2.1. En *United States v. Carolene Products Co.*, la Corte Suprema se refirió a leyes que perjudican a "minorías discretas y aisladas"[358]. La Corte se reservó el poder de realizar una "indagación judicial exhaustiva" de tales leyes cuando "los procesos políticos de los que normalmente se depende para proteger a las minorías" puedan fallar[359]. En la Figura 25, donde el votante *j* tiene preferencias intensas, ¿debería un tribunal realizar una indagación exhaustiva si el proceso político mueve la ley de *SQ* a *p*? ¿Y si mueve la ley de *SQ* a *m*?
2.2.2. En la Figura 25, supongamos que la ley vigente es igual a *j*. El votante *o* gana tres cuando la ley se mueve un punto ideal más cerca del suyo y pierde tres cuando se mueve un punto ideal más lejos del suyo. Los otros seis votantes ganan o pierden uno. Dada una regla de votación de 5/7, ¿puede la ley moverse del statu quo al punto que maximiza el bienestar social?

Externalidades de la votación

Tres votantes, bajo una regla de mayoría, consideran una propuesta para reparaciones de carreteras. Según la propuesta, cada votante pagaría un impuesto de $30 para cubrir el costo

[358] 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938).

[359] *Id.*

de la reparación. La carretera reparada proporcionaría un beneficio de $40 al primer votante y $40 al segundo, ambos residentes cercanos. La carretera reparada no proporcionaría ningún beneficio al tercer votante. Para estos tres votantes, construir la carretera es ineficiente. El costo de $90 excede el beneficio de $80. Sin embargo, la carretera podría construirse. Para dos de los tres votantes, la propuesta genera un beneficio neto de $10 cada uno.

Este ejemplo involucra expropiación: una mayoría de votantes toma dinero de una minoría para usarlo en cuestiones propias. La expropiación de dinero puede parecer diferente de la opresión religiosa que vimos en el ejemplo del peyote. Sin embargo, para un economista, los escenarios son idénticos. En ambos casos, hay algo que a la mayoría le importa poco (dos tienen un interés débil en el peyote, dos obtendrían una ganancia de solo $10), y a la minoría le importa mucho (uno tiene un interés fuerte en el peyote, uno perdería $30). Esta asimetría conduce a resultados ineficientes cuando rige la regla de mayoría.

El problema asociado a la regla de mayoría es conocido desde capítulos anteriores: la externalización. Votar usualmente cambia la ley para todos, incluyendo a las personas que se oponen a la nueva ley. Esos opositores pagan un costo, pero los partidarios no internalizan ese costo. Los votantes racionales consideran sus propios costos y beneficios, no los costos y beneficios de todos.

Reparticiones gubernamentales de funciones "peculiarmente limitadas"

Los Estados Unidos tienen un gobierno federal, 50 gobiernos estatales y decenas de miles de gobiernos locales. Muchos de estos gobiernos, incluyendo condados y ciudades, realizan múltiples funciones, coordinando cuestiones como: la policía, los bomberos, y creación y mantención de carreteras, parques, hospitales, y más. Estas son "unidades generales" de gobierno. Miles de otras entidades gubernamentales realizan solo una función. Los distritos escolares gestionan las escuelas. Los distritos de gas gestionan el gas natural. El Distrito de Tránsito Rápido del Área de la Bahía gestiona los trenes trecho corto alrededor de San Francisco. Estos son distritos "sede propósito especial".

Los ciudadanos que viven dentro de las fronteras de una unidad de gobierno con alcance general tiene derecho a votar en sus elecciones. ¿Qué sucede con los ciudadanos que viven en las fronteras de un gobierno de propósito especial? La respuesta proviene de un caso llamado *Salyer Land Co. v. Tulare Water District*. En California, una unidad gubernamental tenía una

sola función: gestionar el agua para las granjas del distrito. Los propietarios de tierras en el distrito podían votar en las elecciones del distrito bajo un sistema de "un voto por cada hectárea". Cuantas más hectáreas poseía una persona (o empresa), más votos tenía. Los no propietarios—inquilinos que vivían en el distrito, arrendatarios que cultivaban la tierra, pero no eran sus propietarios—no podían votar. La Corte Suprema ratificó este arreglo. Según la Corte, las protecciones constitucionales para el voto no se aplican a los gobiernos de propósito especial "cuyos deberes están tan alejados de las actividades gubernamentales normales" y que "afectan desproporcionadamente a diferentes grupos". En *Ball v. James*, la Corte Suprema ratificó otro arreglo de "un hectárea, un voto" en otra unidad gubernamental específicamente dedicada al manejo del agua, destacando la "función peculiarmente limitada" del distrito.

Estos casos son controvertidos. ¿Cómo puede una democracia moderna volver el derecho al voto algo que es condicional a la propiedad sobre la tierra? La teoría normativa del atrincheramiento tiene una respuesta. Las unidades generales de gobierno toman decisiones sobre múltiples temas, mientras que las unidades especiales de gobierno toman decisiones sobre un solo tema. Por lo tanto, podemos situar a los votantes en una unidad especial de gobierno en una dimensión única, como en las figuras anteriores. Si una unidad especial de gobierno afecta desproporcionadamente a diferentes grupos, eso podría significar que los votantes de un lado de la mediana se preocupan más que los votantes del otro lado. Esta asimetría hace que la regla de mayoría lleve a resultados subóptimos. La mejor medida está "fuera de la mediana". Para volver sostenible una medida que está fuera de la mediana, el gobierno puede atrincherarla. Alternativamente, el gobierno puede mantener la regla de la mayoría pero ajustar el electorado. Limitando el derecho al voto a los actores que más se preocupan, el gobierno puede alinear la mediana con la política óptima.

Para aclarar la lógica detrás de esto, volvamos al ejemplo del uso del peyote en prácticas religiosas. La primera persona prohibiría todo uso de peyote, la segunda persona permitiría algún uso, y la tercera permitiría un uso ilimitado. Dado que a la tercera persona le importa este asunto de una manera mucho más intensa que a las otras, una ley que maximiza el bienestar permitiría un uso ilimitado de peyote. Para sostener esa ley, el estado puede promulgarla y atrincherarla con una regla de unanimidad. Alternativamente, el estado puede permitir que solo la tercera persona vote. Si nadie más puede votar, entonces la tercera persona es el votante que está en la mediana, por definición. La ley gravita hacia el ideal de la (nueva) mediana, que es el óptimo social. En distritos especiales, limitar el derecho al voto a los grupos desproporcionadamente afectados es similar a limitar el derecho al voto al partidario más intenso del peyote.

Este análisis demuestra cómo, en teoría, limitar el derecho al voto en unidades especiales de gobierno puede promover el bienestar social. Este tipo de organización, ¿promueve el bienestar social en la práctica? En Salyer, la respuesta depende de si los propietarios de tierras que podían votar se preocupaban más que los no propietarios que no podían. ¿Quién crees que tenía preferencias más intensas: las compañías agrícolas cuyos beneficios dependían de las decisiones del distrito? ¿O los inquilinos cuyas casas se inundaban debido a las decisiones del distrito?

2.3. Estabilidad y costos de transición

Hemos demostrado que el atrincheramiento beneficia a la sociedad cuando protege de la mayoría a una minoría intensa . Esto ayuda a explicar por qué los derechos de las minorías suelen estar enraizados, ya sea a través de constituciones (derechos constitucionales) o mediante bicameralismo y atrincheramiento (derechos legales). Abordamos los derechos en el próximo capítulo. Aquí consideramos un enigma. Muchas leyes que no parecen involucrar a minorías intensas, incluidas leyes sobre temas mundanos como límites de velocidad y consumo de carne de caballo, están atrincheradas. ¿Por qué atrincherar la ley cuando las preferencias parecen ser más o menos simétricas? Las siguientes secciones ofrecen una respuesta.

Los redactores de la Constitución de los Estados Unidos enfrentaron un dilema. Querían un gobierno nacional ágil. "La energía en el gobierno," escribió Madison, es necesaria para la "seguridad" y la "ejecución pronta y saludable de las leyes"[360]. Pero también querían un gobierno nacional estable. Las personas habían sufrido bajo las "vicisitudes e incertidumbres" de los estados. "La estabilidad en el gobierno," declaró Madison, "es esencial"[361].

¿Por qué es esencial la estabilidad? ¿Qué valor produce? Consideremos algunos ejemplos. Un emprendedor construye una destilería de whisky. Luego se aprueba la Decimoctava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, prohibiendo la manufactura y venta de alcohol. La destilería se vuelve inútil. Un agricultor invierte en nuevas jaulas para gallinas. Luego, los votantes aprueban una iniciativa sobre crueldad animal. Las jaulas son demasiado pequeñas para usarse. Una agencia administrativa pasa años diseñando una regulación para prevenir lesiones en el lugar de trabajo. Luego, la legislatura aprueba una ley que elimina la autoridad de la agencia. En cada caso, cambiar la ley lleva a que una inversión sea desperdiciada. Una ley estable preservaría la inversión.

[360] The Federalist No. 37, en 181 (James Madison) (Ian Shapiro ed., 2009).

[361] *Id.*

Para los abogados, estos ejemplos implican *intereses confianza-dependientes*, es decir, el interés que se tiene en poder confiar en la estabilidad de cierto marco normativo. El emprendedor, el agricultor y la agencia confiaron en las leyes existentes cuando invirtieron su tiempo y recursos. Cambiar la ley socavó sus intereses confianza-dependientes.

Como se describió, los intereses confianza-dependientes miran hacia atrás, son retrospectivos. Cambiar la ley amenaza una inversión ya realizada. Pero los intereses confianza-dependientes también pueden mirar hacia adelante, esto es, ser prospectivos. A las personas les interesa que haya predictibilidad y planificación. El emprendedor y el agricultor hacen predicciones antes de construir destilerías y comprar jaulas. Si predicen una ley estable, invertirán. Si predicen una ley inestable—que podría cambiar en cualquier momento, posiblemente de maneras desfavorables—tendrán mayores dudas, serán más escépticos. La imprevisibilidad en el derecho genera costos. En 2017, los ciudadanos británicos sorprendieron al mundo al votar a favor de salir de la Unión Europea. Empleadores, inversionistas y muchas otras personas en el Reino Unido y en toda Europa tuvieron que gastar tiempo y dinero planificando ante la incertidumbre. La predictibilidad es tan importante que los académicos la consideran parte fundamental del estado de derecho[362].

Si leyes estables benefician a la sociedad, cambiar la ley debe tener un costo para la sociedad. Nos hemos centrado en un costo fundamental del cambio legal: la pérdida de confianza. Ahora considera otro costo: las minucias de cambiar una ley. Las nuevas leyes deben ser investigadas, redactadas, revisadas, enmendadas y aprobadas. Deben ser implementadas, lo que requiere capacitación, adaptación, cumplimiento y adjudicación. Para demostrarlo, la *Affordable Care Act* reformó el mercado de seguros médicos en los Estados Unidos, causando que los estados, las aseguradoras y millones de consumidores cambiaran su comportamiento. Provocó la elaboración de normas por parte de los reguladores, disputas en los tribunales y al menos una iniciativa estatal de votación[363].

Un capítulo anterior etiquetó todos los impedimentos a la negociación como "costos de transacción". Aquí etiquetamos todo daño asociado con el cambio legal como "costos de transición". Los costos de transición capturan las pérdidas para la sociedad derivadas del cambio legal.

[362] *Véase, por ejemplo,* Lon L. Fuller, The Morality of Law 39 (1964).

[363] *Véase,* Michael D. Gilbert, *Interpreting Initiatives*, 97 Minn. L. Rev. 1621, 1621–22 (2013) (describiendo la Iniciativa 3, una propuesta de voto que intentó sin éxito socavar el "mandato individual" (provisión que exige a la mayor parte de los estadounidenses tener un seguro de salud o enfrentar consecuencias tributarias adversas) en la *Affordable Care Act* y que tuvo otras implicaciones sorprendentes).

La paradoja de la compensación

Cuando el derecho cambia, las personas incurren en costos de transición, como el emprendedor que perdió su destilería. El estado podría pagarle al emprendedor por su pérdida. Más generalmente, el estado podría compensar a las personas o facilitar de otra manera las transiciones legales. Por ejemplo, si el estado promulga leyes más estrictas sobre contaminación, podría pagar a las plantas de energía por sus pérdidas, subsidiar la compra de nuevas tecnologías de mitigación o eximir a las plantas de las nuevas leyes (esto se llama "grandfathering" o "cláusula de derechos adquiridos"). ¿Debería el estado compensar por los costos de transición? Muchas personas piensan que la respuesta es sí. Los economistas no están seguros.

La compensación puede llevar a que se tomen decisiones distorsionadas. Para ilustrar, supongamos que una enmienda constitucional que prohíbe la producción de alcohol está siendo actualmente tramitada. Hay un 60 % de probabilidad de que la enmienda sea aprobada y un 40 % de probabilidad de que fracase. Un emprendedor considera construir una destilería de whisky. El costo esperado de construir y operar la destilería es de 75. Si la enmienda fracasa, la destilería operará y generará ingresos de 100. Si la enmienda es aprobada, la destilería no operará y no generará ingresos.

El emprendedor no debería construir la destilería. El costo esperado de 75 excede el beneficio esperado de 40 (0.6*0 + 0.4*100). Si el emprendedor no recibirá compensación por este cambio, razona como antes y no construye la destilería. ¿Qué pasa si el emprendedor recibe compensación? Entonces, el emprendedor razona así: hay un 40 % de probabilidad de que la enmienda fracase y la destilería opere, generando 100. Hay un 60 % de probabilidad de que la enmienda sea aprobada y el estado le pague 100. Independientemente de si la enmienda pasa o no, el emprendedor recibirá 100. Así, construye la destilería porque su beneficio esperado de 100 excede su costo esperado de 75. Construir la destilería es racional en términos individuales, pero lleva a un resultado ineficiente.

El problema a la raíz de esto es la externalización. Como una póliza de seguro, la compensación permite que el emprendedor externalice los costos de una transición legal. Cuando las personas externalizan los costos de una actividad, generalmente hacen demasiado de dicha actividad— en este caso, construyen demasiadas destilerías. Esto sugiere que el estado no debería compensar por transiciones legales.

Pero hay otro lado de esta historia. Supongamos que el estado promulga nuevas regulaciones sobre la contaminación que producen las plantas de energía. Cumplir con ellas requiere que las plantas instalen depuradores en sus chimeneas. Las plantas más nuevas pueden ser diseñadas para acomodar los depuradores. Para éstas últimas, el costo de cumplir con la regulación es de 5, y el beneficio social de un aire más limpio es de 10. Por otro lado, las plantas más antiguas deben ser adaptadas para acomodar los depuradores. Para las plantas antiguas, el costo de cumplir con la regulación es de 12, y el beneficio social de un aire más limpio es de 10. Si el estado no compensa a las plantas por esta transición legal, no internaliza los costos de su regulación. En ese caso, la nueva ley podría exigir que las plantas antiguas cumplan con la regulación, incluso cuando esto genera más costos que beneficios. Si el estado debe compensar a las plantas, entonces internaliza los costos de su regulación. El estado probablemente no pagará 12 a una planta antigua para asegurar aire más limpio valorado en 10. El estado aplicará la regulación a las plantas nuevas, pero no a las plantas antiguas.

En términos generales, la compensación genera una paradoja. Pagar dinero a causa de transiciones legales crea malos incentivos para las partes reguladas, como los destiladores. Por el contrario, no pagar por transiciones legales crea malos incentivos para el regulador, el Estado. Una de las partes o la otra externaliza costos, lo que genera malos incentivos para alguna de las partes.

El buen derecho público mitiga la paradoja. El estado puede comparar incentivos. Si compensar a las plantas de energía genera peores incentivos que no compensarlas, entonces el estado no debería compensarlas. Alternativamente, el estado puede intentar una solución creativa. Para promover un comportamiento eficiente, las partes reguladas y el estado deberían internalizar los costos de sus decisiones. Si el estado paga compensación, pero las partes reguladas no la reciben, entonces ambas partes internalizan costos. Para ilustrar, supongamos que el estado prohíbe la fabricación de alcohol, volviendo inútil la destilería. En lugar de pagarle al destilador 100, el estado puede quemar 100. ¿Puedes explicar por qué quemar el dinero mejoraría los incentivos de ambas partes?

2.4. Estabilidad y Racionalidad

Hemos explicado que cambiar leyes genera costos de transición. Si esos costos de transición son lo suficientemente altos, entonces la ley —incluso una ley impopular— no debería cambiar. Sin embargo, muchas personas creen que las leyes cambiarán en una democracia. Argumentan que mayorías volubles

cambiarán las leyes de manera caprichosa, beneficiándose a sí mismos pero desestabilizando a la sociedad. Para prevenir la inestabilidad, se argumenta, hay que atrincherar las leyes.

¿Es correcto este argumento? Empecemos con una pregunta simple: ¿quién asume los costos de transición? La respuesta es que las personas que componen la sociedad los asumen. Si las personas incurren en costos de transición, deberían dudar en cambiar las leyes cuando esos costos sean altos. El politólogo Adam Przeworski capturó el punto: "Si las personas valoran la estabilidad jurídica, entonces las mayorías simples deberían dudar antes de cambiar las leyes… [Una] regla de mayoría simple es suficiente para evitar cambios legales caprichosos"[364].

Alguien podría responder de la siguiente manera. Dados los altos costos de transición, las personas racionales no cambiarán las leyes, pero las personas *apasionadas* sí lo harán. En la creación de leyes, las personas sucumben a las pasiones. En el calor del momento, toman malas decisiones, como los atenienses en la Guerra del Peloponeso. El atrincheramiento es un resguardo frente a estas conductas miopes.

El peligroso rol que juegan las pasiones en la elaboración de leyes es bien conocido. Se puede imaginar a legisladores apasionados por temas como la seguridad, la inmigración, la religión y el aborto. Pero la pasión solo resuelve parte del problema. Los gobiernos atrincheran leyes que no provocan pasiones. Junto a las libertades de expresión y religión, la Constitución de los Estados Unidos aborda asuntos como el servicio postal[365]. En Alabama, la constitución estatal aborda el tráfico, el bingo y la venta de camarones[366]. Las leyes que han sido atrincheradas mediante un arreglo bicameral y la necesidad de sanción presidencial abordan temas mundanos como los arrendamientos gubernamentales[367]. Las pasiones no pueden justificar la generalizada práctica de atrincherar leyes que observamos en la práctica.

Desarrollamos una justificación económica para el atrincheramiento[368]. Más que pasiones, nuestra teoría involucra costos de transición y externalidades. Podemos demostrar el rendimiento de la

[364] Adam Przeworski, Democracy and the Limits of Self-Government 139 (2010).

[365] *Véase* U.S. Const. art. I, § 8(7).

[366] Ala. Const. enmiendas 756, 743, 744, 766.

[367] *Véase* 38 U.S.C. § 8103(d)(3)(A) ("El Secretario [de Asuntos de Veteranos] podrá celebrar un contrato de arrendamiento para el uso de cualquier instalación descrita en el párrafo (2)(B) de esta subsección por un plazo no mayor a 35 años[.]").

[368] Esta discusión se basa en Michael D. Gilbert, The Law and Economics of Entrenchment, 54 Ga. L. Rev. 61 (2019).

teoría con un ejemplo. Supongamos que la mayoría aprueba impuestos más altos. La mayoría se beneficia con dicho cambio legal, y la minoría sufre. Separados de esas ganancias y pérdidas, que resultan del cambio en la ley misma, los cambios en los impuestos generan costos de transición. Cuando el impuesto sobre las ventas aumenta, las personas ajustan su comportamiento, y esto genera costos de transición. Por ejemplo, pueden dedicar tiempo y esfuerzo a buscar tiendas más baratas. Supón que la mayoría puede obligar a la minoría a asumir todos los costos de transición. Así, la minoría enfrenta una doble pérdida: sufren por el cambio en la ley y sufren por los costos de transición. Esa doble pérdida podría ser mayor que el beneficio que recibe la mayoría. Sin embargo, los miembros de la mayoría apoyarán el cambio porque solo ven beneficios, no costos. La mayoría externaliza las pérdidas de la minoría.

En ese ejemplo, la mayoría obligó a la minoría a asumir todos los costos de transición. En el mundo real, los costos de transición pueden ser difíciles de externalizar (¿alguien puede pagar tu costo de adaptarte a un nuevo impuesto sobre las ventas?). Considera un ejemplo sin ese tipo de externalización. Cuatro de siete votantes, una mayoría, apoyan un cambio en la ley. Para cada uno de ellos, el cambio proporcionaría un beneficio de uno. Los otros tres votantes se oponen al cambio en la ley, ya que vendría con un costo de uno cada uno. Separados de esas ganancias y pérdidas, que derivan del contenido de la nueva ley, el cambio vendría con un costo de transición. El costo de transición es de 0.25 para cada uno. Para la mayoría, el cambio en la ley genera un beneficio neto de 0.75 para cada uno, por lo que lo apoyan. Para los miembros de la minoría, el cambio en la ley genera una pérdida neta de 1.25 para cada uno, por lo que se oponen. Si la ley no está atrincherada, la mayoría implementará el cambio, perjudicando a la sociedad. Las ganancias de la mayoría suman 3 (0.75 * 4), pero las pérdidas de la minoría suman 3.75 (1.25 * 3).

En general, los costos de transición crean una asimetría entre los ganadores y perdedores derivados de un cambio en la ley. La mayoría que apoya la nueva ley gana la *diferencia* entre su beneficio por la nueva ley y el costo de transición que paga. La minoría que se opone al cambio tiene como pasivo la *suma* de su pérdida por la nueva ley y el costo de transición que paga. Cada perdedor pierde más de lo que gana cada ganador. Dada esta asimetría, la regla de la mayoría puede dañar a la sociedad.

Ya hemos visto cómo la asimetría en los beneficios puede hacer que la regla de mayoría sea ineficiente (recuerda el ejemplo del peyote). La diferencia aquí está en el mecanismo: los costos de transición. Los costos de transición no involucran minorías con preferencias intensas sobre cierto *policy*. En el ejemplo de los siete votantes que acabamos de presentar, cada votante ganó o perdió uno por el cambio en el contenido de la ley, lo que significa que nadie tenía sentimientos más intensos que nadie. Los costos

de transición no involucran extracciones, como cuando la mayoría grava a la minoría para construir su carretera. El ejemplo de los siete votantes no dijo relación con redistribución.

Los costos de transición son ubicuos. Algunos cambios legales llevan a redistribuciones que benefician a la mayoría, y otros cambios involucran minorías intensas. Casi *todos* los cambios legales involucran costos de transición. Esto implica que muchos cambios legales tienen beneficios y costos asimétricos.

En resumen, los votantes pueden aprobar cambios legales que reducen el bienestar —incluso cuando tienen en cuenta racionalmente sus propios costos de transición, e incluso cuando no hay una minoría intensa presente. Esto ayuda a justificar el uso generalizado del atrincheramiento, ya sea a través de reglas de supermayoría u otros medios. La justificación basada en la estabilidad se mantiene incluso cuando las pasiones se enfrían.

Preguntas

2.4.1. Colorado aprueba muchas leyes a través de iniciativas populares. En 2016, Colorado elevó el umbral de votación para aprobar iniciativas populares de una mayoría simple al 55%. Defiende este cambio.
2.4.2. Aplica el Teorema de Coase en su variante de Derecho Público al ejemplo de siete votantes donde los costos de transición equivalen a 0.25 por persona. ¿Cómo puede la negociación evitar que la mayoría promulgue la ley que reduce el bienestar?
2.4.3. El atrincheramiento protege a las minorías intensas y estabiliza las leyes. ¿Estas justificaciones para el atrincheramiento son distintas o iguales?

2.5. Sobre el Atrincheramiento Óptimo

Hemos explicado cómo los costos de transición pueden hacer que la regla de mayoría sea ineficiente. El atrincheramiento puede evitar dicha ineficiencia al dificultar el cambio de leyes. Pero, ¿qué nivel de atrincheramiento es óptimo? ¿Deben los legisladores operar, por ejemplo, bajo una regla de votación de dos tercios o tres cuartos? Aquí esbozamos una respuesta[369].

[369] *Id.* en 61.

Los costos de transición se dividen en dos categorías: fijos y variables. Los costos fijos se manifiestan en la misma magnitud cada vez que la ley cambia, ya sea que el cambio sea pequeño o grande. Por ejemplo, supongamos que un estado cambia su impuesto sobre las ventas. Cada caja registradora en el estado debe ser reprogramada, pero el costo de la reprogramación es el mismo sin importar si la tasa cambia un punto porcentual o diez. Del mismo modo, los funcionarios electorales deben cambiar sus formularios y procedimientos si la edad para votar aumenta de 18 a 19 o a 29. Cualquier cambio en un programa como las Pensiones de Vejez (pagos del gobierno a las personas mayores) introduce un nivel base de inseguridad para los beneficiarios.

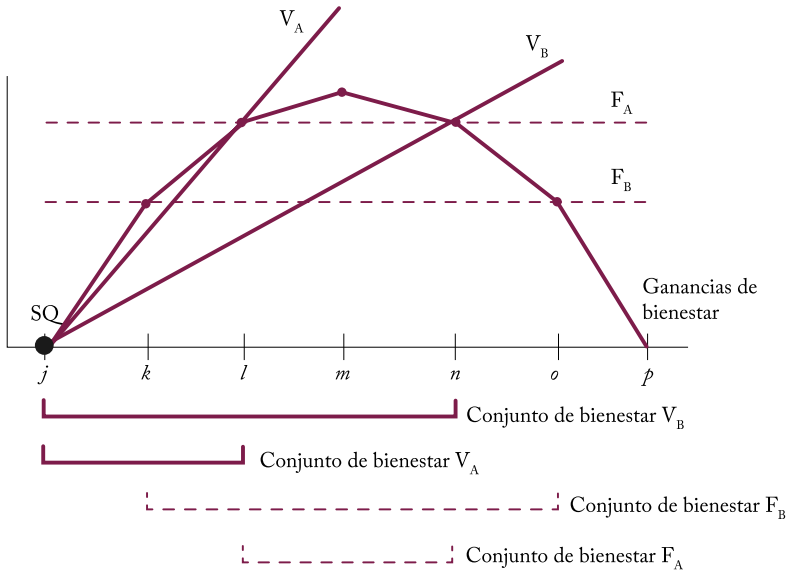
Los costos variables cambian de acuerdo con la magnitud del cambio legal. A medida que aumenta el impuesto sobre las ventas, los consumidores realizan cambios cada vez más drásticos en sus patrones de consumo. A medida que aumenta la edad para votar, los políticos realizan mayores cambios en sus plataformas políticas, y los ciudadanos hacen ajustes más significativos en sus vidas en anticipación a estos cambios en la representación política. Reducir drásticamente la Seguridad Social causa más disrupción que ajustarla ligeramente.

La Figura 26 añade los costos de transición a nuestro análisis de los siete votantes[370]. La ley actualmente vigente corresponde a *j*. La curva muestra los beneficios de mover la ley hacia el centro político. Los votantes tienen preferencias simétricamente intensas, por lo que la curva alcanza su pico en *m*. Las cuatro líneas reflejan los costos de transición. Las líneas ascendentes V_B y V_A muestran los costos de transición variables[371]. Partiendo de *j*, los costos de transición aumentan a medida que la ley se mueve más hacia la derecha. Las líneas horizontales F_B y F_A muestran los costos de transición fijos. Con costos fijos, la magnitud del cambio legal no importa. Moverse de j a cualquier otro punto siempre genera el mismo costo.

[370] Esta figura se asemeja a una en *id.* en 94.

[371] Para simplificar, asumimos que los costos de transición variables son lineales. La no linealidad no afectaría el análisis básico siempre que la función sea monotónica.

Figura 26. Costos de Transición y Bienestar Social



Para empezar, enfoquémonos en la línea V_B (el subíndice significa "bajo"). Mover la ley desde el estado actual en j hacia la derecha genera beneficios indicados por la curva y costos de transición indicados por V_B. La curva de beneficios se encuentra por encima de V_B entre *j* y *n*. Por lo tanto, mover la ley de *j* a cualquier punto entre *j* y *n* genera un beneficio neto. Los puntos entre *j* y *n* constituyen el conjunto de bienestar. Cada punto en el *conjunto de bienestar* representa una mejora respecto al estado actual. Sin embargo, solo un punto representa la mayor mejora: l. Partiendo de *j*, mover la ley hacia *l* crea el mayor beneficio neto. El mayor beneficio neto se logra cuando la brecha entre la curva de beneficios y la línea de costos se maximiza.

Supón que la estabilidad legal se vuelve más valiosa. Esto equivale a decir que los costos de transición aumentan. En la Figura 26, V_A (el subíndice significa "alto") reemplaza a V_B. Partiendo de *j*, cualquier movimiento hacia la derecha viene acompañado de un costo mayor que antes. El aumento en los costos de transición reduce el conjunto de bienestar. Dado V_B, el conjunto de bienestar se extendía desde *j* hasta *n*, pero dado V_A, se extiende desde *j* hasta l. Cada punto en el nuevo conjunto de bienestar representa una mejora respecto al estado actual en *j*. El punto que representa la mayor mejora respecto al estado actual es *k*.

Para generalizar, *cuando los costos de transición variables aumentan, el conjunto de bienestar retrocede en dirección al estado actualmente vigente o statu quo*. Dado que los costos de transición son variables, la ley debería modernizarse de forma incremental. A medida que los costos variables aumentan, los cambios óptimos en la ley se vuelven más pequeños.

Ahora consideremos los costos de transición fijos, comenzando con la línea F_B. La curva de beneficios se encuentra por encima de F_L entre *k* y *o*. Por lo tanto, mover la ley desde el estado actual en *j* hacia cualquier punto entre *k* y *o* incrementaría el bienestar. El punto con la mayor ganancia neta es *m*. Esto es intuitivo: el costo fijo es el mismo, ya sea que la ley se mueva poco o mucho. Mientras tanto, el beneficio es mayor cuando la ley se mueve completamente hacia el punto medio. Por lo tanto, se debería mover la ley completamente hacia el punto medio.

Supongamos que la estabilidad en la ley se vuelve más valiosa. Esto equivale a decir que los costos de transición aumentan. La Figura 26 captura esto reemplazando F_B con FA. Desde el estado actual en j, cualquier cambio en la ley conlleva un costo mayor que antes. El aumento en los costos de transición reduce el conjunto de bienestar; ahora se extiende desde l hasta n. El conjunto de bienestar se ha reducido, pero la ley óptima sigue siendo m.

En general, *cuando los costos fijos aumentan*, el *conjunto de bienestar colapsa hacia la mediana*. Dado que los costos son fijos, la ley debería modernizarse por completo. El óptimo legal consiste en moverse desde el estado actual hasta la mediana.

Para resumir, el cambio legal óptimo respecto de una ley impopular depende de los costos de transición. Si los costos de transición son variables, la ley más antigua debería de manera gradual o incremental acercarse hacia el ideal moderno. Si los costos de transición son fijos, la ley antigua debería reemplazarse de una vez por una ley que calce con el ideal moderno. Por supuesto, si los costos de transición son lo suficientemente altos, entonces la ley no debería cambiar en absoluto.

Hemos analizado qué cambios *deberían* hacerse a la ley. Pero, ¿qué cambios *pueden* hacerse? La respuesta depende de la regla de enmienda. La Figura 27 combina las Figuras 21 y 26[372]. La ley comienza en *j*. Los conjuntos de victoria en la parte superior indican los cambios a esa ley que se pueden lograr bajo diferentes reglas de votación[373]. Los conjuntos de victoria reflejan el principio del incrementalismo o gradualismo. A medida que el grado de atrincheramiento se profundiza, el conjunto de cambios posibles a la ley se contrae hacia el statu quo. Mover la ley hacia la derecha desde *j* crearía beneficios y costos. Los conjuntos de bienestar en la parte inferior indican en

[372] La Figura 27 se asemeja a una en Michael D. Gilbert, *The Law and Economics of Entrenchment*, 54 Ga. L. Rev. 61, 98 (2019).

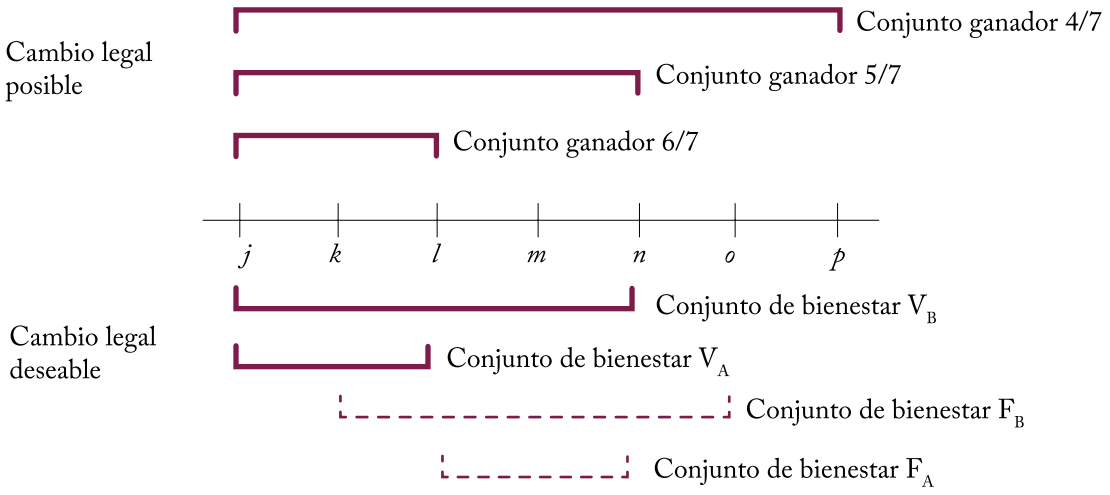
[373] En la Figura 6.9, los tres conjuntos de victoria implican que el grupo votaría para mover la ley desde j a puntos justo a la derecha de *j*. De hecho, los votantes podrían no apoyar tal cambio. El costo de transición que cada votante paga podría superar su beneficio de una mejora tan menor. Ignoramos esta posibilidad. Dibujamos los conjuntos de victorias como si los votantes ignoraran sus costos de transición al votar. Esto simplifica la figura sin afectar nuestras conclusiones básicas. *Ver id.* en 107–09 (2019).

términos netos los cambios legales que son beneficiosos, esto es, los cambios que generan más beneficios que costos. Como antes, los conjuntos de bienestar etiquetados con *"V"* asumen costos de transición variables, y los conjuntos etiquetados con *"F"* asumen costos de transición fijos. Comparar los conjuntos de bienestar y los conjuntos de victoria muestra algunas cuestiones importantes acerca del atrincheramiento. Comencemos con los costos de transición variables. A medida que los costos variables aumentan, los conjuntos de bienestar, que se representan como conjuntos sólidos en la parte inferior del gráfico, se contraen hacia la ley del statu quo en *j*. A medida que la consolidación se profundiza, los conjuntos de victoria en la parte superior también se contraen hacia el statu quo en *j*. Por lo tanto, los cambios a la ley que *deberíamos* hacer corresponden a los cambios que *podemos* hacer.

Con costos de transición variables, el atrincheramiento tiene dos beneficios, no uno. Evita que la ley cambie cuando, debido a los costos de transición, la ley no debería cambiar. Además, fomenta reformas óptimas cuando la ley debería cambiar. Los conjuntos de victoria y los conjuntos de bienestar se alinean.

Ahora consideremos los costos de transición fijos. A medida que los costos fijos aumentan, los conjuntos de bienestar, representados como conjuntos discontinuos en la parte inferior de la figura 27, se contraen hacia el punto medio en *m*. A medida que el atrincheramiento se profundiza, los conjuntos de victoria en la parte superior se contraen hacia el statu quo en *j*. Se abre una brecha entre los cambios a la ley que *deberíamos* hacer y los cambios a la ley que *podemos* hacer. Para ver esto de manera clara, supongamos que los costos de transición fijos son altos (F_A) y que los votantes utilizan una regla de votación de 6/7. El "conjunto de bienestar F_A" muestra los cambios beneficiosos a la ley, y el "conjunto de victoria 6/7" muestra los posibles cambios a la ley. No se superponen. Cada posible cambio a la ley crearía más costos que beneficios.

Figura 27. Cambio Legal Óptimo



Esto revela un problema del atrincheramiento. Dados costos de transición fijos, el atrincheramiento puede promover cambios que *reducen* el bienestar. Para apreciar la profundidad de este problema, considera un experimento hipotético. Una ley está obsoleta. Un "diseñador legal" con poder para elegir una regla de enmienda para esa ley es informado de que la estabilidad legal es muy valiosa. En otras palabras, los costos de transición son altos. La intuición del diseñador legal es profundizar el atrincheramiento para mantener la ley estable. Pero si los costos de transición son fijos, esta intuición podría llevar a una decisión equivocada. Para superar los costos de transición fijos, la ley debe cambiar mucho, no poco. Para garantizar que la ley cambie sustancialmente, la mejor decisión es atrincherar *menos*, no más.

En resumen, el atrincheramiento óptimo depende de los costos de transición. Los costos de transición variables apoyan cambios legales más pequeños y un atrincheramiento más profundo, mientras que los costos de transición fijos respaldan cambios legales más amplios y un atrincheramiento menos profundo.

Preguntas

2.5.1. "A medida que aumenta el valor de la estabilidad legal, el atrincheramiento siempre debería profundizarse". ¿Qué tiene de incorrecto esta afirmación?

2.5.2. En *Furman v. Georgia*, la Corte Suprema sostuvo que los estados estaban aplicando la pena de muerte de manera inconstitucional[374]. Posteriormente, muchos estados promulgaron nuevas leyes referidas a la pena de muerte. ¿La decisión de la Corte generó costos de transición fijos, variables o ambos?

2.5.3. La *Real ID Act* estableció nuevos estándares federales para las cédulas de identificación estatales, como las licencias de conducir. Para abordar un avión comercial o ingresar a un edificio federal, las identificaciones estatales de las personas deben cumplir con el estándar federal. ¿El cambio al estándar federal creó costos de transición fijos o variables?

2.5.4. Los derechos humanos en la constitución de Ghana son más difíciles de enmendar que otras disposiciones en la constitución de Ghana. ¿Son una buena idea las reglas de enmienda "escalonadas"? ¿Qué partes de la constitución deberían ser más difíciles de enmendar?[375]

3. Teoría interpretativa del atrincheramiento

Hemos analizado cuándo y por qué la ley debería ser atrincherada. Sin embargo, la mayoría de los abogados no se fijan en tales cuestiones. Se enfocan en lo que implica una ley ya atrincherada. Para ilustrarlo, los abogados se preguntan si la Segunda Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que protege el derecho a portar armas, impide que el gobierno haga exigibles seguros de bloque del gatillo en los rifles[376]. Frente a esto, los abogados no se preguntan si el quorum de votación para enmendar la Segunda Enmienda debería ser más alto o más bajo. ¿Ayuda la teoría del atrincheramiento en estas tareas interpretativas? Creemos que la respuesta es que sí. Nuestra discusión sobre el atrincheramiento ilumina una cuestión interpretativa que abogados y jueces enfrentan todos los días: ¿Deberíamos seguir los precedentes?

3.1. Sobre los precedentes

Para interpretar el derecho, los abogados consideran su texto, estructura e historia. También consideran precedentes, esto es, decisiones previas sobre el significado del derecho. El principio de *stare decisis*

[374] 408 U.S. 238 (1972).

[375] *Véase* David Landau & Rosalind Dixon, *Tiered Constitutional Design*, 86 Geo. Wash. L. Rev. 438 (2018).

[376] District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008).

dirige a los jueces a seguir los precedentes. Si un tribunal anterior concluyó que una ley prohíbe el uso del peyote, el tribunal que actualmente se enfrenta al caso debería llegar a la misma conclusión.

El *stare decisis* promueve el valor de la estabilidad en el derecho[377]. Esto le otorga una fuerza autónoma en lo que concierne a la argumentación legal. Incluso si el tribunal anterior se equivocó (o posiblemente se equivocó) al analizar el texto, estructura o historia de la ley, la estabilidad nos provee de una razón para seguir el precedente del tribunal. Como señaló el juez Louis Brandeis: "El *stare decisis* es generalmente la medida sabia, porque en la mayoría de los asuntos es más importante que la regla aplicable esté fijada que que sea fijada correctamente"[378].

El *stare decisis* funciona mejor en teoría que en la práctica. Identificar precedentes es difícil. ¿Un caso sobre accidentes de barcos establece un precedente para casos sobre accidentes de automóviles, bicicletas o esquís? ¿Un caso en Nueva York establece un precedente para casos en Connecticut? Dejamos de lado preguntas como estas y nos enfocamos en otro punto. El *stare decisis* es una regla general, una regla de experiencia, no un mandato o una orden que se debe seguir siempre. Los jueces deberían seguir un precedente a menos que el precedente sea erróneo y corregirlo no cause demasiados problemas.

Consideremos algunos ejemplos del tratamiento de precedentes por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En 1922, la Corte consideró si la ley federal de anticarteles se aplicaba a las ligas profesionales de béisbol. El Congreso puede regular el comercio entre estados, pero no el comercio dentro de un estado. Por lo tanto, la cuestión era si el béisbol profesional constituía comercio in*ter*estatal o in*tra*statal. La Corte concluyó esto último. Aunque jugadores y entrenadores cruzaban fronteras estatales, "lo esencial" era la exhibición, un asunto "puramente estatal" [379]. Por lo tanto, la ley federal de anticarteles no se aplicaba al béisbol. En 1953, la Corte consideró el mismo tema y dio la misma respuesta[380].

Luego, la Corte cambió de rumbo. Sostuvo que el boxeo profesional, el fútbol americano y el baloncesto involucraban comercio interestatal, por lo que la ley federal de anticarteles sí aplicaba.

[377] Según la Corte Suprema de EE. UU., el stare decisis "promueve el desarrollo equitativo, predecible y consistente de los principios jurídicos" y "fomenta la confianza en las decisiones judiciales". Payne v. Tennessee, 501 U.S. 808, 827 (1991).

[378] Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U.S. 393, 406 (1932) (Brandeis, J., dissenting).

[379] Fed. Baseball Club v. Nat'l League, 259 U.S. 200 (1922).

[380] Toolson v. New York Yankees, Inc., 346 U.S. 356 (1953).

Mientras tanto, la tecnología evolucionó. La radio y la televisión hicieron que los eventos deportivos en un estado fueran accesibles para audiencias en muchos estados. En 1972, en un caso llamado *Flood v. Kuhn*, la Corte consideró nuevamente si el béisbol profesional constituía comercio interestatal y, por ende, estaba sujeto a la ley federal antimonopolio[381]. Los desarrollos en otros deportes y la tecnología indicaban que la respuesta era que sí, pero los precedentes de la Corte indicaban lo contrario. La Corte siguió los precedentes y determinó que el béisbol permanecía exento de las leyes de anticarteles. La exención del béisbol, escribió la Corte, es una "aberración que ha existido con nosotros durante medio siglo" y "merece plenamente el beneficio del *stare decisis*"[382].

En *Flood*, la Corte le dio mucho peso al *stare decisis*. Ahora consideremos un caso donde la Corte hizo lo contrario. Durante décadas, las leyes regularon cómo las corporaciones gastaban dinero en actividades políticas. En general, las corporaciones no podían usar su dinero para realizar los así llamados "gastos independientes" (por ejemplo, anuncios de televisión promoviendo a un candidato). En *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, un litigante argumentó que estas leyes violaban la Primera Enmienda[383]. La Corte no estuvo de acuerdo, concluyendo que el gasto corporativo tiene un efecto "corrosivo y distorsionador" en la política que supera las preocupaciones que se podrían levantar a partir de lo señalado en la Primera Enmienda[384]. Como resultado, los estados podían limitar el gasto político corporativo.

Veinte años después, la Corte reconsideró el asunto. En *Citizens United v. Federal Election Commission,* la Corte concluyó que la Primera Enmienda otorga a las corporaciones el derecho a participar de la discusión política[385]. Por lo tanto, el estado no puede impedir que las corporaciones financien cosas como anuncios de televisión que apoyan candidatos. Al revocar *Austin*, el presidente del Tribunal Supremo, Roberts, señaló que:

> La fidelidad al precedente— la política del *stare decisis*— es vital para el adecuado ejercicio de la función judicial… Al mismo tiempo, el *stare decisis* no es un mandato inexorable… ni una fórmula mecánica de adherencia a la última decisión… El *stare decisis* es, en cambio, un principio

[381] 407 U.S. 258 (1972).

[382] *Id.* en 282.

[383] 494 U.S. 652 (1990).

[384] *Id.* en 660.

[385] 558 U.S. 310 (2010).

> de *policy*. Cuando se considera si reexaminar un fallo anterior erróneo, debemos equilibrar la importancia de tener cuestiones constitucionales *decididas* contra la importancia de tenerlas *decididas correctamente*[386].

La fórmula parece correcta, pero ¿qué hay de su aplicación? ¿Estuvo la Corte en lo correcto al rechazar el precedente en *Citizens United* y seguir el precedente en *Flood*? ¿O hizo la Corte lo opuesto?

3.2. La Teoría Interpretativa de las Transiciones

Un propósito central del *stare decisis* es promover la estabilidad en el derecho. Así, el *stare decisis* es un sustituto al atrincheramiento. El derecho no requiere que la Corte Suprema utilice una regla de votación de supermayoría, una posibilidad intrigante que discutimos más adelante. En cambio, el derecho requiere que la Corte considere los peligros asociados a la inestabilidad cuando contemple romper con el precedente. Como escribió el Juez Presidente, Roberts, los jueces "deben equilibrar la importancia de resolver cuestiones constitucionales frente a la importancia de resolverlas correctamente". Podemos traducir esta idea al lenguaje económico. *Los tribunales deben seguir los precedentes cuando los costos de transición de rechazar el precedente exceden los beneficios de la corrección del error, y viceversa*. Así es como el *stare decisis* orienta a los jueces para tomar decisiones. En otras palabras, esto es lo que la ley requiere que los jueces hagan. Por lo tanto, esta afirmación es interpretativa, no normativa.

Hemos refinado el lenguaje, pero no la indagación que este ejercicio involucra. Para avanzar, utilizamos el análisis mencionado anteriormente. En la Figura 28, *P* representa el precedente, lo que significa la interpretación del statu quo. Por ejemplo, *P* podría reflejar el fallo en *Austin* de que la Primera Enmienda permite al estado regular la incidencia en la discusión política que tienen las corporaciones. Supongamos que esa interpretación es incorrecta. El tribunal debería haber sostenido que el estado no puede regular la incidencia en la discusión política que tienen las corporaciones[387]. El resultado correcto se indica con *A*. Rechazar *P* y reemplazarlo con *A* generaría un *beneficio de corrección* indicado por la curva sólida. El "beneficio de corrección" es el valor que obtiene la sociedad de interpretar correctamente la ley. El beneficio de corrección alcanza su punto máximo cuando la interpretación real coincide con la interpretación correcta.

[386] *Id.* en 377–78 (2010) (Roberts, J., concurring) (comillas internas y citas omitidas).

[387] Suponemos esto solo con fines analíticos. La solidez jurídica de las decisiones en Austin y Citizens United es controversial, y no tomamos ninguna posición sobre esos casos.

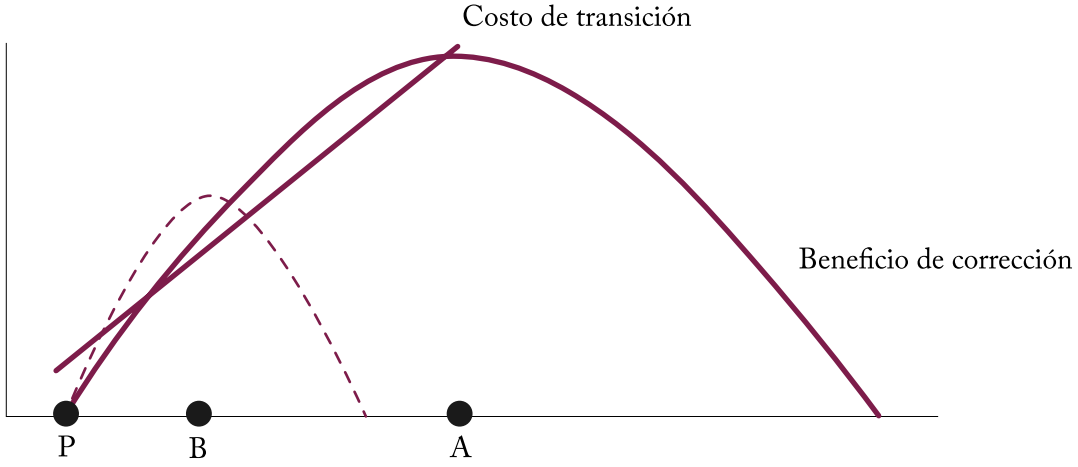
Reemplazar el precedente con una nueva interpretación generaría un costo de transición indicado por la línea ascendente. Cambiar de *P* a *A* generaría más costos que beneficios, como indica la figura. Entre *P* y *A*, el *stare decisis* orienta a los tribunales a seguir el precedente *P*, incluso si el precedente es incorrecto.

Supongamos que *A* no es la única interpretación plausible. La interpretación en *B* también encuentra apoyo en materiales legales como el texto, la estructura y la historia. Si B es la interpretación correcta, entonces mover la ley a *B* generaría un beneficio de corrección indicado por la curva discontinua. Si *B* es la interpretación correcta, entonces el precedente *P* comete un error pequeño en lugar de uno grande. El beneficio de corregir un error pequeño es limitado, por lo que la curva discontinua tiene un pico más bajo que la curva sólida. El beneficio de corrección de mover la ley a *B* excede el costo de transición, por lo que el *stare decisis* orienta a los jueces a rechazar *P* y seleccionar *B*.

En el mundo real, los jueces no conocen los beneficios de corrección del error o los costos de las transiciones legales. Gráficos como la Figura 28 no aparecen en los escritos de los abogados ni en los informes de peritos. En su lugar, los jueces confían en sus intuiciones. Nuestro análisis afina dichas intuiciones.

¿Deberíamos mantener un precedente erróneo o corregirlo? Al enfrentarse a esta pregunta, los jueces deberían preguntarse no solo si corregir la ley generaría costos de transición (la respuesta es que casi con certeza sí será el caso). También deberían preguntarse sobre la naturaleza de esos costos de transición. ¿Parecen en mayor medida fijos o variables? Si parecen en mayor medida fijos, entonces los jueces deberían mantener el precedente o realizar una corrección de envergadura. Por el contrario, si los costos de transición parecen en mayor medida variables, entonces los jueces deberían mantener el precedente o realizar una corrección menor. Estas no son afirmaciones normativas sobre cómo preferimos que se comporten los jueces. Estas son afirmaciones interpretativas sobre cómo el *stare decisis* exige que se comporten los jueces. Esta es una *teoría interpretativa de las transiciones*.

Figura 28. *Stare Decisis*



La teoría de las transiciones no identifica resultados correctos para cada caso. Debido a que los costos de transición no son observables, los jueces cometerán errores. Sin embargo, la teoría de las transiciones debería reducir errores al barrer con opciones erradas.

Apliquemos la teoría de las transiciones en la interpretación al caso *Flood*. Según el precedente, la ley federal de anticarteles no aplicaba al béisbol. Supongamos que la Corte Suprema tenía múltiples opciones: seguir el precedente, determinar que la ley imponía restricciones menores al béisbol, o sostener que la ley aplicaba plenamente al béisbol. Creemos que las segunda y tercera opciones habrían creado un alto costo fijo. Cambiar el rumbo sosteniendo que la ley existente aplicaba al béisbol podría haber desestabilizado la industria. Durante décadas, el béisbol se desarrolló libre de esa ley, tal como dijo la Corte en *Flood*. Dado un alto costo fijo, la teoría de las transiciones orienta a los jueces a evitar correcciones pequeñas. De hecho, la Corte no consideró una corrección pequeña. Eligió entre seguir el precedente y realizar una corrección significativa (sostener que la ley de anticarteles existente aplicaba completamente al béisbol). Debido a que no podemos observar los costos de transición, no podemos afirmar si la Corte en *Flood* tomó la decisión correcta al seguir el precedente. Pero la teoría de las transiciones sugiere que la Corte eligió entre las mejores opciones.

Ahora considera *Citizens United*. El precedente permitía que existiera una importante regulación de la incidencia que tenían las corporaciones en la discusión pública (el gobierno podía prohibirla). La Corte eligió entre seguir el precedente y una interpretación que no permitía casi ninguna

regulación a la incidencia que tenían las corporaciones en la discusión pública[388]. Esto constituyó una corrección significativa. Creemos que una corrección significativa en esta área del derecho creó costos de transición variables. Cuanto más libres sean las corporaciones para gastar, mayores serán los ajustes por parte de las corporaciones y otros actores en el sistema político, incluidos los candidatos, los partidos políticos, los grupos de interés y los cabilderos (*lobbyists*). Dados los costos variables en juego, la teoría de las transiciones orienta a los jueces a evitar correcciones significativas. La Corte rechazó el precedente y realizó una corrección significativa.

Dado que no podemos observar los costos de transición, no podemos afirmar si la Corte en *Citizens United* tomó una decisión equivocada. Pero la teoría de las transiciones sugiere que la Corte no eligió entre las mejores opciones. Quizás la Corte debería haber hecho una corrección menor, como la sugerida por cuatro jueces disidentes. Ellos argumentaron que la Primera Enmienda no prohíbe la regulación de cualquier inciden de las corporaciones en la discusión pública. Prohíbe regular la incidencia en la discusión pública de corporaciones sin fines de lucro que reciben poco o ningún financiamiento de negocios[389].

Preguntas

3.2.1. El *common law* se desarrolló de manera incremental con el tiempo, con jueces realizando pequeños ajustes a las normas de contratos, propiedad y daños. Algunos académicos afirman que el derecho constitucional se desarrolla de la misma manera[390]. Los observadores elogian a las cortes por ser cautas, minimalistas e incrementales. Según la teoría interpretativa de las transiciones, ¿deberían las cortes ser siempre cautas, minimalistas e incrementales?

3.2.2. En *Roe v. Wade*[*], la Corte Suprema sostuvo que la Constitución protege el derecho de

[388] Esta es una simplificación. Citizens United permite un tipo específico de regulación de la incidencia de las corporaciones en la discusión política, que es aquella que va de la mano divulgación o transparencia obligatoria. Véase Daniel R. Ortiz, *The Informational Interest*, 27 J.L. & Pol. 663 (2012).

[389] Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010) (Stevens, J., concurriendo parcialmente a la decisión, disintiendo parcialmente a la decisión).

[390] *Véase* David A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 U. Chi. L. Rev. 877 (1996).

[*] Nota del traductor: *Roe V. Wade* fue derogado mediante el caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S.* ___ (2022).

las mujeres a abortar[391]. Por lo tanto, la Corte limitó severamente la autoridad del gobierno para regular el aborto. Veinte años después, la Corte reconsideró este fallo en un caso llamado *Planned Parenthood v. Casey* [392]. La Corte en *Casey* podría haber seguido Roe o podría haberlo rechazado por completo al sostener que la Constitución no protege el derecho de una mujer a tener un aborto. En cambio, los jueces optaron por un camino intermedio. Permitieron regulaciones que no representen una "carga indebida" sobre la capacidad de una mujer para tener un aborto. Utiliza la teoría interpretativa de las transiciones para analizar *Casey*.

La aplicación del Stare Decisis en la interpretación de las leyes

Citizens United decía relación con un precedente constitucional. Un caso anterior había establecido un precedente sobre el significado de la Constitución, y la Corte en *Citizens United* decidió no seguirlo. *Flood*, por otro lado, implicó un precedente sobre una interpretación de la ley. Un caso anterior había establecido que una ley, la *Sherman Act,* no se aplica al béisbol profesional. La pregunta en *Flood* era si se debía mantener esa interpretación de la ley o adoptar una nueva.

En Estados Unidos, el principio de *stare decisis* opera con más fuerza en la interpretación de las leyes. En otras palabras, los "precedentes legales" tienen más influencia en casos subsiguientes que los precedentes constitucionales. ¿Por qué? Una justificación tiene que ver con la aquiescencia. A diferencia de los precedentes constitucionales, los legisladores pueden anular precedentes legales. Cuando la Corte determinó que la *Sherman Act* no aplicaba al béisbol, el Congreso podría haber respondido enmendando la *Sherman Act* para que sí se aplicara al béisbol. Cuando los legisladores no responden de esta manera —cuando dejan que las interpretaciones legales permanezcan en el tiempo—, los jueces dicen que "asienten". Dicho asentimiento sugiere que un precedente es correcto y debería seguirse, o al menos eso señala el argumento.

Considera una justificación del de *stare decisis* legal: la información. Los cambios en la ley involucran costos y beneficios. Esto es así independientemente de la fuente del cambio legal. Por lo tanto, los tribunales crean costos y beneficios cuando reemplazan interpretaciones

[391] 410 U.S. 113 (1973).

[392] 505 U.S. 833 (1992).

antiguas con nuevas, y los legisladores generan costos y beneficios cuando reemplazan estatutos antiguos con nuevos. La *Affordable Care Act*, por ejemplo, alteró los planes de salud de millones de consumidores. Nadie puede medir estos costos y beneficios con precisión, por lo que todos descansan en intuiciones. ¿Quién tiene mejores intuiciones, un puñado de jueces aislados o cientos de legisladores elegidos que hablan con cabilderos y votantes? Probablemente estos últimos.

Además de la información, los legisladores tienen otra ventaja sobre los jueces: pueden legislar desde una mirada prospectiva. La *Affordable Care Act* cambió el seguro de salud hacia el futuro. La ley anterior se aplicó antes, y la nueva ley se aplicó después. Las leyes suelen ser prospectivas, no retroactivas. En contraste, la interpretación judicial suele ser ambas cosas. En *Citizens United*, la Corte determinó que las corporaciones tienen derecho a la libertad de expresión política. Esto no solo significó que las corporaciones tienen ese derecho hacia el futuro. También significó que las corporaciones siempre tuvieron ese derecho en el pasado.

Los cambios legales retroactivos suelen generar más costos de transición que los cambios puramente prospectivos. Para ilustrar, supón que la Corte en *Flood* hubiera llegado a la conclusión opuesta. Entonces, las transacciones de béisbol pasadas y futuras estarían sujetas a las leyes de anticarteles. Si el Congreso hubiera cambiado la ley mediante un estatuto, entonces solo las transacciones futuras de béisbol estarían sujetas a las leyes de anticarteles. Esto ayuda a explicar por qué la Corte en *Flood* escribió que "el remedio" para la exención del béisbol "es una acción legislativa, no judicial".

Los legisladores suelen tener mejor información y actuar prospectivamente. Esto sugiere que los legisladores son mejores que los jueces para minimizar los costos de transición del cambio legal. ¿Significa esto que los tribunales siempre deben seguir los precedentes legales? ¿O deberían actualizar las leyes como actualizan la Constitución? Estas preguntas se conectan con el concepto de asentimiento o acquiesencia. Las abordamos más adelante.

Conclusión

El derecho debería alinearse con el centro político cuando los votantes tienen preferencias simétricas. La contracara de esto es que el derecho debería desviarse del centro político cuando los votantes tienen preferencias asimétricas. El atrincheramiento estabiliza la ley que se desvía del centro político al crear un conjunto de equilibrio. El tamaño del conjunto de equilibrio crece con la profundidad del atrincheramiento y la heterogeneidad de los votantes. Los conjuntos de equilibrio promueven el bienestar social al proteger a las minorías intensas de la mayoría y evitar cambios legales cuyos costos de transición exceden los beneficios.

Los conjuntos de equilibrio tienen un costo. La ley que está dentro de ese conjunto de equilibrio no puede cambiar, incluso si las preferencias de los votantes evolucionan y el cambio se vuelve óptimo. Cuando la ley sale del equilibrio, el atrincheramiento la obliga a cambiar de manera incremental, incluso si un cambio drástico es lo mejor. El atrincheramiento óptimo equilibra estas consideraciones y otras, en particular el carácter variable o fijo de los costos de transición. Estas ideas iluminan el diseño de nuevas leyes. También iluminan la interpretación de leyes existentes. Al interpretar constituciones, leyes, reglamentos y el *common law,* los jueces sopesan el beneficio de corregir un error legal frente al costo de una transición legal. La teoría del atrincheramiento ilumina estas decisiones.

El próximo capítulo aplica estos principios a problemas legales concretos relacionados con derechos, organismos de función gubernamental única y otros asuntos.

Séptima Parte
Aplicaciones de la teoría del Atrincheramiento

Aplicaciones de la teoría del Atrincheramiento

En el capítulo anterior estudiamos el atrincheramiento de manera desapasionada, como científicos en un laboratorio. En el mundo real, los legisladores a menudo practican el atrincheramiento como si fueran cirujanos de guerra. Hamilton esperó la aprobación de la Constitución de los Estados Unidos con una "ansiedad temblorosa"[393]. Décadas más tarde, Lincoln impulsó la Decimotercera Enmienda en el Congreso durante la Guerra Civil. A veces, los jueces que interpretan leyes atrincheradas enfrentan presiones similares. Durante la Segunda Guerra Mundial, la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo que decidir si la Constitución permitía al gobierno forzar a los japoneses americanos a entrar en campos de concentración[394].

Este capítulo aplica la teoría del atrincheramiento a problemas apremiantes tanto dentro como fuera de los tribunales. Nos concentramos en problemas relacionados con derechos, los que son arquetipos de las leyes atrincheradas. Abordamos preguntas como las que siguen:

> *Ejemplo 1:* Las parejas del mismo sexo tienen derecho a casarse en los Estados Unidos. Por lo tanto, el Estado no puede negarles certificados de matrimonio. ¿Puede un pastelero negarse a venderles pasteles de boda?[395] ¿Debería la respuesta depender de si el pastelero tiene un monopolio en pasteles de boda?
> *Ejemplo 2:* Muchos estados han promulgado leyes que prohíben material obsceno, como libros pornográficos. Estas leyes podrían violar derechos como la libertad de expresión. En *Roth v. United States*, el juez Harlan sugirió que la posibilidad de que un estado pudiera prohibir dicha obscenidad depende de si ella está permitida en otros estados[396]. ¿Deben los derechos ser contingentes, como sugirió el juez Harlan, o deben ser universales?

[393] The Federalist No. 85, en 445 (Alexander Hamilton) (Ian Shapiro ed., 2009).

[394] Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

[395] *Véase* Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm'n, 138 S. Ct. 1719 (2018).

[396] 354 U.S. 476, 506 (1957) (Harlan, J., concurrente en parte y disidente en parte) ("El hecho de que la gente de un Estado no pueda leer algunas de las obras de D. H. Lawrence aun cuando pueda ser poco deseable o sabio, es aceptable. Pero que ninguna persona en los Estados Unidos pueda hacerlo me parece intolerable y violatorio tanto de la letra como del espíritu de la Primera Enmienda".).

Ejemplo 3: En *New York Times v. Sullivan*, la Corte Suprema dificultó demandar a periodistas por difamación[397]. La decisión de la Corte tenía el propósito de hacer el debate sobre temas públicos "desinhibido, robusto y amplio" [398]. ¿La decisión de la Corte aumenta o disminuye la provisión de noticias falsas?

Ejemplo 4: La Enmienda de Igualdad de Derechos a la Constitución de los Estados Unidos buscó dar a las mujeres igualdad de trato en asuntos como el empleo y la propiedad. La enmienda no logró ser aprobada[399]. Alrededor de esa misma época, la Corte Suprema comenzó a someter a revisión estricta las leyes que discriminaban por razón de sexo, lo que significó que más leyes fueran derogadas. Algunas personas creen que ambas cosas están relacionadas. Dicen que las decisiones de la Corte Suprema redujeron la demanda por la enmienda. ¿Debería celebrarse o condenarse a la Corte por proteger los derechos de las mujeres?

Para responder estas preguntas, este capítulo combina análisis positivo, normativo e interpretativo. Comienza definiendo y justificando un tipo importante de ley atrincherada: los derechos. Luego aborda el alcance geográfico de los derechos: ¿deberían ser locales, nacionales o universales? Después analizamos dos derechos en detalle, igualdad y libertad de expresión. Finalmente, analizamos si los tribunales deberían "actualizar" los derechos y otras leyes atrincheradas a través de la interpretación.

1. Derechos

Algunos rastrean el origen de los derechos hasta la Carta Magna, que el rey Juan de Inglaterra firmó en 1215. Otros lo rastrean hasta Ciro el Grande, quien gobernó Mesopotamia en el siglo VI A.C. Sea cual sea su origen, durante mucho tiempo los derechos han sido parte central del estado de derecho. ¿Por qué? Para responder a esta pregunta, definimos los derechos y luego los relacionamos con conceptos familiares: atrincheramiento, negociación y representación.

[397] 376 U.S. 254 (1964).

[398] *Id.* en 270.

[399] Para ser precisos, no se aprobó en el tiempo asignado. Finalmente se aprobó con la ratificación de Virginia. *Véase en general* Saikrishna Bangalore Prakash, *Of Synchronicity and Supreme Law,* 132 Harv. L. Rev. 1220 (2019).

1.1. Definiciones de Derechos

Los derechos son un instrumento multiuso en la caja de herramientas de los conceptos legales[400]. Algunos derechos son atribuciones creadas por un deber. Para ilustrarlo, el deber del promitente de cumplir un contrato crea el derecho del beneficiario a la ejecución del mismo. En este caso, alguien tiene derecho a un beneficio porque alguien más tiene el deber de proveerlo. En vez de un contrato, una ley puede imponer el deber que crea el derecho. Para ilustrarlo, una ley que prohíbe a los empleadores interferir con la sindicalización otorga a los trabajadores el derecho a organizarse en sindicatos.

Estos derechos tienen un efecto práctico evidente cuando la persona que posee el derecho tiene acceso a remedios judiciales o legales a consecuencia del incumplimiento del deber. Para ilustrarlo, quien padece un incumplimiento contractual puede demandar por los daños que sufre, y los trabajadores pueden solicitar una orden judicial en contra de la interferencia de su empleador con sus esfuerzos por organizar un sindicato. En general, la ley fortalece un derecho siempre que proporciona un remedio para enfrentar el incumplimiento del deber asociado.

Estos derechos "cotidianos" son ubicuos e importantes. Sin embargo, cuando las personas hablan de "derechos", a menudo se refieren a algo más grandioso e importante. Se refieren a derechos especiales consagrados en constituciones, como la libertad de expresión, prensa, reunión y religión. Estos derechos protegen la autonomía individual. Le otorgan al individuo un espacio de discreción para tomar las decisiones vitales fundamentales sin interferencia del Estado. Los derechos individuales son los cimientos legales de una sociedad de personas autónomas.

Nos referimos a los derechos que proveen de autonomía como *libertades*. Dos aspectos de la ley ayudan a asegurar la libertad. Primero, el individuo que posee una libertad no le está ni obligado ni prohibido realizar el acto en cuestión. Segundo, generalmente se prohíbe a otras personas interferir en el ejercicio de dicha libertad. Para ilustrarlo, una persona que goza de libertad de expresión no está legalmente obligada a guardar silencio ni a hablar y, si elige hablar, no está legalmente obligada a decir algo en particular. Tiene *permiso* para hablar. Además, se prohíbe a otras personas interferir con el acto de habla que esta realice, por ejemplo, silenciándolo con amenazas. Su autonomía para expresarse está *protegida*. Dados estos principios, una libertad puede definirse como un permiso protegido.

[400] Esta discusión se basa en Robert Cooter, The Strategic Constitution 244–46 (2000).

¿Son las libertades absolutas? Algunos defensores de la libertad dicen que sí. Muchos libertarios, por ejemplo, creen que las libertades prevalecen sobre otros valores. Un economista podría no estar de acuerdo. Para muchos economistas, las libertades se contraponen a, y pueden tener *trade offs* con, otros valores. Para ilustrarlo, la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos prohíbe "registros e incautaciones arbitrarios". Un libertario podría argumentar que la Cuarta Enmienda siempre prohíbe que la policía use un radar que "vea" a través de las paredes de un hogar. Para un economista, si la Cuarta Enmienda prohíbe el uso de dicho radar podría depender de factores como la peligrosidad de la persona investigada. Los economistas podrían ver las libertades como permisos protegidos *prima facie*, no como permisos absolutamente protegidos.

Hemos esbozado algunos conceptos simples sobre lo que son los derechos. Los filósofos han ofrecido muchas precisiones y distinciones, incluidos los derechos naturales, los derechos grupales, los derechos humanos y los derechos civiles[401]. Aunque importantes e interesantes, no nos enfocamos en estos temas. En cambio, nos concentramos en las conexiones entre derechos y análisis económico.

1.2. Derechos y atrincheramiento

El capítulo anterior discutió tres justificaciones para el atrincheramiento: estabilizar la ley, calmar las pasiones y proteger a las minorías. Unimos estas justificaciones con el concepto de compromisos creíbles. En algunas áreas del derecho, los compromisos creíbles del Estado de no hacer ciertas cosas son especialmente importantes, quizás porque la tentación de hacer esas cosas es especialmente fuerte. Podemos entender muchos derechos constitucionales en estos términos. Los derechos representan compromisos importantes por parte del Estado, y atrincherarlos en constituciones los hace creíbles.

Para ilustrar, muchas constituciones protegen el derecho a la propiedad privada. La constitución de Irlanda prohíbe al Estado "abolir el derecho de propiedad privada o el derecho general de transferir, legar y heredar propiedades"[402]. La Constitución de los Estados Unidos prohíbe al Estado tomar propiedad privada sin pagar compensación[403]. Los derechos de propiedad protegen

[401] *Véase, por ejemplo*, Wesley Newcomb Hohfeld, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning (1919); Max Radin, *A Restatement of Hohfeld,* 51 Harv. L. Rev. 1141 (1938); Georg Henrik von Wright, *Norm and Action* (1963); Carl Wellman, *A Theory of Rights: Persons under Laws, Institutions and Morals* (1985); William A. Edmundson, *An Introduction to Rights* (2.ª ed. 2012).

[402] Const. of Ireland art. 43.

[403] *Véase* U.S. Const. enmienda. V.

a las minorías, como cuando el Estado busca confiscar tierras de una comunidad pobre para construir una carretera. Además, los derechos de propiedad hacen la ley más estable. El partido que esté en el poder (sea que este se caracterice por ser frío y calculador, sea que se caracterice por ser pasional), podría querer cambiar la ley y expropiar la propiedad de sus rivales. El atrincheramiento dificulta esto.

El atrincheramiento protege los derechos, pero usualmente la protección tiene límites. Un grupo suficientemente grande puede eliminar un derecho por la vía de enmendar la constitución. ¿Por qué no hacer los derechos inmodificables? Un capítulo anterior explicó que hacer que la ley sea demasiado difícil de enmendar eleva los costos de transacción. Así como lo hacen otras personas, quienes redactan una Constitución realizar crear acuerdos que no puedan deshacer. Un capítulo posterior explica que las leyes inmodificables dan poder a los jueces— quizás demasiado. Aquí nos enfocamos en otra razón para evitar tener derechos inmodificables.

Al igual que muchas leyes, los derechos parten de generalizaciones. Consideremos la libertad de religión. Este derecho protege a personas de todas las religiones, pero en la práctica suele importar más a las minorías religiosas. Proteger a las minorías religiosas suele ser una buena idea, pero no es siempre el caso. Pensemos en el movimiento religioso "I Am", iniciado por Guy Ballard en los años 30. Los seguidores de "I Am" deberían tener permitido adorar a Ballard como un mensajero divino, pero no deberían poder vender los poderes "sobrenaturales" de sanación de Ballard a consumidores ingenuos[404]. I Am debería gozar de cierta, pero no total, libertad religiosa. Un derecho amplio a la libertad religiosa podría permitir al movimiento I Am para defraudar consumidores, y si el derecho fuera inmodificable, los legisladores no podrían resolver el problema. Dado que los derechos son modificables, sí pueden hacerlo.

¿Qué debería requerirse para pasar por encima o derrotar este tipo de generalizaciones? Consideremos un ejemplo. Una legislatura está compuesta por 29 personas. Quince miembros, una mayoría, quieren promulgar una nueva ley que limita la libertad religiosa de la minoría. Los otros 14 miembros, que son parte de la minoría religiosa, se oponen a la ley. Las minorías a menudo obtienen más beneficios del ejercicio de su religión que lo que las mayorías obtienen al restringirla. En consecuencia, permitir que 15 miembros cambien la ley podría reducir el bienestar social. Si los 15 partidarios obtienen una unidad cada uno y los 14 opositores pierden 1,1 unidades cada uno, entonces la ley genera beneficios de 15 y pérdidas de 15,4. El apoyo de 15 legisladores no debería derrotar la generalización de que restringir los derechos de una minoría

[404] *Véase* United States v. Ballard, 322 U.S. 78 (1944) (sosteniendo que, si bien la verdad o falsedad de las creencias religiosas de una persona está protegida por la Primera Enmienda, las conductas fraudulentas derivadas de dichas creencias no están protegidas).

religiosa causa más daño que beneficio. Para asegurar que 15 legisladores no puedan restringir a la minoría, la ley podría atrincherar la libertad de religión en la constitución. En lugar de un quorum de mayoría simple, para restringir la religión se podría requerir, por ejemplo, un apoyo de tres cuartas partes de la legislatura. Dado un quorum que exige el apoyo de tres cuartas partes de la legislatura, restringir la libertad religiosa requeriría el apoyo de 22 de los 29 legisladores. Si 22 legisladores quieren restringir la libertad de una minoría religiosa, entonces tal vez la generalización antes vista debería ser derrotada o dejada de lado. Los beneficios para una mayoría tan grande podrían superar las pérdidas de una minoría tan pequeña.

Este ejemplo se basa en la teoría del capítulo anterior. A veces, incluso las leyes atrincheradas deben cambiar. Para un economista, la pregunta natural es si cambiar la ley genera un beneficio neto en términos de utilidad. A medida que aumenta la proporción de personas a favor del cambio, aumenta la probabilidad de un beneficio neto en la utilidad.

En resumen, los ciudadanos de todo el mundo exigen compromisos de sus gobiernos. Exigen especialmente compromisos respecto a cuestiones como la propiedad, religión, igualdad, libertad de expresión, etc. Los gobiernos formalizan sus compromisos como derechos y los hacen creíbles afianzándolos en constituciones. El atrincheramiento a menudo brinda protección sustancial, pero no absoluta. Con suficiente apoyo político, los gobiernos pueden debilitar o eliminar derechos constitucionales. Esto no es necesariamente problemático. Como muchas leyes, los derechos descansan en generalizaciones, y las generalizaciones pueden llevar a malos resultados.

Preguntas

1.2.1. Las personas deberían tener derecho a defenderse de los intrusos que irrumpen en su hogar. En los Estados Unidos, las personas sí tienen este derecho, pero éste no aparece en su Constitución. En la mayoría de los estados, el derecho surge de leyes o del *common law*. ¿Por qué? Si un derecho es universalmente respetado, ¿es necesario constitucionalizarlo?
1.2.2. En los Estados Unidos, la *Americans with Disabilities Act* (ADA) protege a las personas con discapacidades contra la discriminación. La ADA crea derechos vía legal en lugar de consagrar un derecho constitucional. ¿Está la ADA atrincherada?
1.2.3. Si el derecho de libertad religiosa permite al movimiento I Am defraudar a los consumidores, los legisladores pueden responder enmendando el derecho. O los jueces pueden responder reinterpretando el derecho para no proteger esta actividad. Si los jueces pueden reinterpretar el derecho, ¿está el derecho atrincherado?

1.3. Costos de Transacción y Derechos

Relacionamos los derechos con la teoría del atrincheramiento. Ahora, relacionamos los derechos con la teoría de la negociación.

"Una Carta de Derechos", argumentó Jefferson, "es lo que las personas tienen derecho a exigir de cualquier gobierno en la Tierra"[405]. La Carta de Derechos en la Constitución de los EE. UU. protege la libertad de expresión, de reunión y religiosa. Hoy en día, pocas personas cuestionan el valor de la Carta de Derechos. Sin embargo, en el momento de la fundación, ésta fue controversial. James Wilson, miembro de la Convención Constitucional, pensaba que era "superflua y absurda"[406]. Según Wilson, los poderes enumerados en la Constitución limitaban de tal manera la autoridad del gobierno federal que protecciones adicionales eran innecesarias. ¿Qué tiene de malo el argumento de Wilson? ¿Por qué los derechos son importantes incluso cuando el gobierno está limitado?

Proporcionamos una justificación económica de los derechos basada en la teoría de la negociación. Recordemos esta declaración del Teorema de Coase en su vertiente de Derecho Público: a medida que los costos de transacción de la negociación política entre legisladores representativos se aproximan a cero, las leyes se vuelven socialmente eficientes. Esta proposición se sostiene independientemente de la presencia de derechos. Si todos tienen representación en la legislatura y si los legisladores pueden negociar sin costos, entonces la ley logra eficiencia incluso sin derechos. El gobierno no transgredirá la libertad de expresión a menos que la suma de los beneficios exceda la suma de los costos. De manera similar, el gobierno protegerá a las minorías religiosas cuando los beneficios excedan los costos, como usualmente asumimos que ocurre. Con una buena representación y una negociación sin costos, no necesitamos derechos como la libertad de expresión y libertad de religión— al menos no cuando el objetivo es maximizar el bienestar social.

Ahora supón que los legisladores *no* son representativos. Una minoría religiosa carece de representación en la legislatura. Alternativamente, supón que la minoría tiene representación, pero los costos de transacción son altos. Los legisladores que representan a la minoría tienen dificultades para negociar con otros legisladores. En este caso, la ley no logrará eficiencia social mediante la negociación. Una mayoría podría promulgar una ley que los beneficie a ellos pero que perjudique más a una minoría religiosa.

[405] *Carta de Thomas Jefferson a James Madison* (20 de diciembre de 1787), *en* 2 Thomas Jefferson, en 330 (H.A. Washington ed., 2012).

[406] James Wilson, The Collected Works of James Wilson 172 (Kermit L. Hall & Mark D. Hall eds., 2007).

Un capítulo anterior distinguió dos métodos para resolver un fracaso en la negociación: reducir los costos de transacción o imponer una solución. Recordemos el ejemplo de los préstamos de consumo, que a veces son ineficientes debido a la asimetría de información entre los prestamistas y consumidores del préstamo. Para abordar la ineficiencia, el Estado puede permitir los préstamos y exigir a los bancos que transparenten sus términos (reducir los costos de transacción) o el Estado puede prohibir los préstamos con intereses altos (imponer una solución). Al igual que las regulaciones pueden abordar fracasos en la negociación de préstamos, los derechos pueden abordar fracasos en la negociación política.

El derecho al voto y el derecho de petición mejoran la representación. La libertad de expresión y de prensa producen información que tiende a mejorar el proceso legislativo. Estos derechos facilitan la negociación socialmente eficiente, por lo que los llamamos derechos Coaseanos. Los *derechos Coaseanos*[407] se relacionan con lo que los juristas llaman "derechos procedimentales" o "teoría del proceso político"[408]. Mientras tanto, derechos como la igualdad y la libertad de religión atan al Estado. Restringen los resultados de la negociación. Los prestamistas no pueden cobrar intereses por encima de cierta tasa, y los políticos no pueden legislar más allá de ciertos límites. Estos derechos imponen límites cuando la negociación legislativa amenaza el bienestar social. Los llamamos *derechos Hobbesianos* para coincidir con el lenguaje de capítulos anteriores. (Recordemos que un orden impuesto a personas que no pueden negociar con éxito entre sí es una "solución Hobbesiana".) Los derechos Hobbesianos se relacionan con lo que los juristas llaman derechos "sustantivos".

En resumen, los derechos Coaseanos ayudan a realizar el Teorema de Coase en su vertiene de Derecho Público, y los derechos Hobbesianos proveen de un seguro cuando el teorema falla.

Preguntas

1.3.1. Caracterizamos la libertad de expresión como un derecho Coaseano. ¿Es también un derecho Hobbesiano?
1.3.2. ¿Puedes relacionar la libertad de religión con la eficiencia? Al responder, utiliza el modelo de Tiebout.

[407] Por supuesto, estos derechos también otorgan a las personas espacio de autonomía para disfrutar. Recitar poesía en un parque público puede no afectar la creación de leyes, pero genera placer al orador y su audiencia.

[408] *Véase* John Hart Ely, Democracy and Distrust: Theory of Judicial Review (1981).

1.3.3. A veces las personas toman demasiado poco en serio el futuro, como los estudiantes que festejan antes de un examen. Podemos conceptualizar esto en términos de representatividad. Los legisladores prudentes consideran los intereses de hoy y de mañana, pero los legisladores apasionados consideran solo los intereses de hoy. Nadie que represente los intereses de mañana tiene un asiento en la mesa. Explica cómo este error de representatividad impide que la ley logre eficiencia social y explica cómo los derechos pueden ayudar.

Democracia y Desconfianza

Las personas discrepan sobre el significado y la interpretación adecuada de las constituciones. Un enfoque llamado *originalismo* enfatiza la importancia que tiene el texto de la Constitución y la comprensión original que de ella se tuvo. La constitución significa lo que sus redactores tenían en mente o lo que los intérpretes de ella habrían entendido que significaba en el momento de su promulgación. Según algunos originalistas, la Cláusula de Igual Protección en la Constitución de los EE. UU. prohíbe la discriminación racial respecto de la tenencia de propiedad y la composición de los jurados. Sin embargo, no otorga a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse. La cláusula no menciona el matrimonio entre personas del mismo sexo, y nadie apoyó (o contempló) este tema cuando se redactó la cláusula en la década de 1860.

Consideremos una alternativa: el *pragmatismo*. El significado constitucional evoluciona con el tiempo. Los defensores del pragmatismo argumentan que los redactores constitucionales pretendían que el significado evolucionara, que los lectores en el momento de la promulgación esperaban esa evolución, que la evolución es necesaria o una combinación de las visiones anteriores. Según los pragmatistas, la proscripción de penas crueles e inusuales en la Constitución de los EE. UU. prohíbe los azotes y la inmolación, castigos que los redactores conocían y rechazaban. Sin embargo, también prohíbe castigos que ofenden las normas morales actuales, como la cadena perpetua para personas que cometieron crímenes siendo menores.

Ambos métodos de interpretación tienen deficiencias. El originalismo puede generar resultados errados o absurdos. La Primera Enmienda prohíbe al "Congreso" restringir la libertad de expresión. ¿Puede el Presidente restringir la libertad de expresión? Los redactores de la Cláusula de Igual Protección se oponían a la esclavitud pero, quizás, no a la segregación escolar. ¿Significa eso que la Corte Suprema se equivocó en *Brown v. Board of Education*? El pragmatismo puede transformar al derecho en política. Hoy, una mayoría apoya la autonomía reproductiva y sexual. ¿Significa eso que la Constitución protege el aborto y el matrimonio

entre personas del mismo sexo? A medida que los volubles votantes cambian de opinión, ¿qué más protegerá la Constitución?

En *Democracy and Distrust*, John Hart Ely buscó un punto medio. Defendió el *reforzamiento de la representación.* Según esta teoría, los tribunales deberían evitar preguntas sobre valores sustantivos, como si la Constitución contiene un derecho no escrito a la privacidad. En cambio, los tribunales deberían concentrarse en mejorar los procesos democráticos. Deberían "abrir los canales del cambio político" defendiendo el derecho a votar, prohibiendo distritos mal distribuidos y protegiendo la prensa y la discusión política. Además, los tribunales deberían proteger a las minorías cuando el sistema político "funciona mal" y las oprime. Según la explicación de Ely, las mujeres no merecen una protección constitucional especial porque pueden votar y constituyen la mitad de la población. Sin embargo, quienes no son ciudadanos merecen protección porque no pueden votar y constituyen una pequeña fracción de la población.

Podemos enmarcar la teoría de Ely en términos económicos. Según el Teorema de Coase en su vertiente de Derecho Público, la negociación entablada entre legisladores que son representativos produce eficiencia social cuando los costos de transacción son cero. Bajo ese ideal, los legisladores resuelven cuestiones valorativas —aborto, privacidad, radares que ven a través de las paredes— de la manera que maximiza el bienestar. Al alentar a los tribunales a hacer que los legisladores sean representativos, Ely impulsó al sistema político hacia ese ideal. Reconociendo que el ideal nunca podría lograrse completamente, Ely alentó a los tribunales a proteger a las minorías cuando el sistema falla.

Ely pasó por alto algo crucial. La legislatura más representativa consiste en cada miembro de la sociedad. Aunque ella sería perfectamente representativa, esta legislatura jamás lograría algo. Los costos de transacción serían demasiado altos. Para lograr un resultado eficiente, los representantes deben ser capaces de negociar. ¿Mejorar la representación tiende a ayudar o dificultar la negociación (recuerda el compromiso republicano)?

1.4. Coase versus Hobbes Revisitado

"Danos el voto, y ya no tendremos que preocupar al gobierno federal por nuestros derechos básicos"[409]. Martin Luther King Jr. hizo esta declaración mientras buscaba la igualdad para los afroamericanos durante el Movimiento por los Derechos Civiles. El análisis económico ilumina su lógica.

Dos bienes son sustitutos cuando tener uno reduce la demanda del otro, como ocurre con un reloj de pulsera y uno de pared. En el derecho público, la representación y los derechos a menudo son sustitutos[410]. Para proteger a una minoría, la ley puede mejorar su representación en la legislatura o puede otorgarle derechos que la legislatura no pueda infringir. King presionó al Estado para mejorar la representación. Asegurar el derecho al voto a los afroamericanos les permitiría influir en el proceso legislativo. La influencia ex ante reduce la necesidad de derechos ex post.

Esta idea aplica a muchos contextos. Por ejemplo, en *Strauder v. West Virginia*, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que una ley que prohibía a los afroamericanos servir en jurados violaba la Constitución[411]. Desde entonces, la Corte ha sostenido que los jurados deben reflejar una "muestra representativa" de la comunidad[412]. Decisiones como estas hacen que los jurados sean más representativos. Jurados más representativos significan menores (aunque no nulas) condenas discriminatorias y menor (aunque no nula) necesidad de los derechos de defensa de los acusados.

¿Son la representación y los derechos buenos sustitutos? Podemos replantear la pregunta en términos familiares. ¿Debe la sociedad intentar satisfacer el Teorema de Coase en su vertiente de Derecho Público diseñando una constitución que logre una representación perfecta y costos de transacción cero? ¿O debe diseñar una constitución que proteja contra fallas en la negociación con derechos? En otras palabras, ¿debemos buscar una solución Coaseana o Hobbesiana? Al responder esta pregunta, analizaremos la eficiencia y la distribución por separado.

Comencemos con la eficiencia. Según el Teorema de Coase de Derecho Público, la negociación sin costos entre legisladores representativos conduce a leyes socialmente eficientes. Si mejorar la

[409] The Papers of Martin Luther King, Jr. Volume IV: Symbol of the Movement, January 1957– December 1958 (Clayborne Carson, Susan Carson, Adrienne Clay, Virginia Shadron, & Kieran Taylor eds., 2000).

[410] *Véase* Daryl J. Levinson, *Rights and Votes*, 121 Yale L.J. 1286 (2012).

[411] 100 U.S. 303 (1880).

[412] Taylor v. Louisiana, 419 U.S. 522 (1975).

representación —por ejemplo, otorgando derechos de voto a una minoría— permite que se active el Teorema de Coase de Derecho Público, entonces mejorar la representación logra eficiencia social. El proceso político producirá leyes eficientes, por lo que los derechos que evitan el surgimiento de leyes ineficientes son innecesarios, al menos cuando el objetivo es la eficiencia.

Si el Teorema de Coase de Derecho Público se cumple, los derechos Hobbesianos no son perjudiciales en términos de eficiencia. No causan ineficiencia; son irrelevantes para la eficiencia. Recuerda el ejemplo de Coase que involucra al granjero y al ganadero. El granjero puede construir una cerca para mantener a las vacas fuera por un costo de $10, o el ganadero puede cercar sus vacas por un costo de $20. Si los costos de transacción son cero, el granjero construirá la cerca por $10. Este resultado eficiente ocurre independientemente de si la ley establece una regla de "campo abierto" o "campo cerrado". La ley es irrelevante para la eficiencia.

La misma lógica aplica a los derechos. Supongamos que una propuesta legislativa prohibiría los sacrificios animales religiosos. A modo de ejemplo, asumamos que la ley crearía un beneficio para la mayoría y un costo menor para una minoría religiosa. Por lo tanto, promulgar la ley aumentaría el bienestar social. Si los costos de transacción entre legisladores representativos son cero, la ley será aprobada. Si la minoría no tiene un derecho, los legisladores simplemente aprobarán la ley. Si la minoría tiene un derecho, los legisladores realizarán un pago a la minoría para que renuncie a él, tal como el ganadero paga al granjero para construir la cerca. Si el Teorema de Coase de Derecho Público se cumple, la presencia de derechos es irrelevante para la eficiencia.

Hemos explicado que activar el Teorema de Coase de Derecho Público promueve la eficiencia social. ¿Pueden los derechos Hobbesianos promover la eficiencia? Sí. Volviendo al ejemplo de Coase, la eficiencia requiere que el granjero construya la cerca. La ley puede lograr esto con una regla de "campo abierto". La regulación relativa al derecho de propiedad hace exigible la solución eficiente. De manera similar, los derechos pueden hacer exigible la solución eficiente al impedir que el Estado adopte una solución ineficiente. Por ejemplo, supongamos que el bienestar requiere permitir la experimentación médica con animales y prohibir los sacrificios animales religiosos. Una combinación perfecta de derechos —derechos de los animales, derechos religiosos y un derecho humano a la salud— podría lograr este ideal.

Encontrar la receta de derechos perfecta es difícil. Los legisladores deben especificar y priorizar cuidadosamente los derechos. Además, la combinación perfecta de derechos puede cambiar con el tiempo. Hoy en día, maximizar el bienestar requiere permitir experimentos con animales. Si los científicos inventan un método alternativo para probar medicinas, la maximización del bienestar

podría requerir prohibir los experimentos con animales. Si el Teorema de Coase Público de Derecho Público se cumple, entonces los derechos no necesitan evolucionar con el tiempo para lograr la eficiencia (la negociación llegará a un resultado eficiente con independencia de los derechos que tenga cada parte). Sin embargo, si el Teorema de Coase de Derecho Público no se cumple, entonces los derechos deben recalibrarse para lograr la eficiencia. Debido a que los derechos están atrincherados, podría no ser posible recalibrarlos.

En resumen, la sociedad puede lograr un estado de cosas eficiente activando el Teorema de Coase de Derecho Público u optimizando los derechos Hobbesianos. En la práctica, ambos enfoques tienen límites. La representación rara vez es perfecta, los costos de transacción nunca son cero y los derechos rara vez son óptimos. Si debemos facilitar la negociación o imponer soluciones depende de los costos y beneficios. Los economistas toman en consideración todos los costos. Si el beneficio neto de facilitar la negociación supera el beneficio neto de imponer una solución por la vía de establecer derechos, entonces deberíamos facilitar la negociación y viceversa.

Hemos analizado la elección entre soluciones Coaseanas y Hobbesianas teniendo la eficiencia en mente. Ahora considera la distribución. Supón que la mayoría quiere promulgar una ley que perjudicaría a una minoría. Para hacer esto algo más concreto, supón que para la mayoría el beneficio asociado a la ley es igual a 10 y la pérdida para la minoría es igual a 20. Por lo tanto, la ley es ineficiente. Si la representación es buena y los costos de transacción son bajos, la ley no será aprobada. La minoría negociará con la mayoría y ofrecerá una propuesta como esta: pagaremos 15 si no aprueban la ley. La minoría prefiere −15 a −20, por lo que el trato hace que la minoría esté mejor. La mayoría prefiere 15 a 10, por lo que el trato hace que la mayoría esté mejor. La negociación logra la eficiencia, y los pagos a la mayoría y la minoría, respectivamente, son 15 y −15.

Ahora imagina que en este ejemplo la minoría tiene un derecho que la protege. Debido al derecho, la mayoría no puede promulgar la ley. Así, el derecho logra la eficiencia, y los pagos a la mayoría y la minoría, respectivamente, son 0 y 0.

En general, los derechos otorgan a las personas que protegen una posición más fuerte en la negociación. Esto aumenta sus beneficios, como muestra el ejemplo. Esto lleva a una reformulación del Teorema de Coase de Derecho Público: *Si los costos de transacción son cero, el excedente cooperativo se maximiza, y los derechos otorgan a sus beneficiarios una mayor participación.*

“Representación Proporcional de Intereses”

Tras la aprobación de la *Voting Rights Act*, los ciudadanos afroamericanos comenzaron a votar en grandes cantidades, y los candidatos afroamericanos empezaron a ganar elecciones. Sin embargo, los representantes afroamericanos tenían poco poder político. Los representantes blancos los superaban en número en las legislaturas y votaban como un bloque. Así, los representantes afroamericanos y sus electores eran en gran medida ignorados. Las legislaturas promulgaban las mismas leyes que habrían promulgado si no se hubiera elegido a ningún representante afroamericano.

Para mejorar la política, Lani Guinier abogó por la “representación proporcional de intereses”. Según su teoría, si los representantes blancos se negaban a negociar con los representantes negros, entonces la regla de la mayoría simple sería reemplazada por alguna forma de regla de supermayoría. Su objetivo era otorgar a los representantes afroamericanos el poder de bloquear leyes que afectarían negativamente a los ciudadanos afroamericanos. Ella llamó a esto un “veto de la minoría”.

El análisis económico puede arrojar luz sobre la propuesta de Guinier. Un veto de la minoría afectaría la distribución. Al darle influencia a los representantes negros, se garantizaría que obtuvieran una mayor porción del excedente de las negociaciones políticas. Para ilustrarlo, supongamos que una ley crearía un beneficio de 10 para la mayoría y un costo de 4 para la minoría. Sin el veto, la ley sería aprobada, y los pagos para la mayoría y la minoría serían 10 y −4, respectivamente. Con el veto, la ley podría ser aprobada, pero solo si la mayoría asegurara el apoyo de la minoría. La mayoría podría pagarle a la minoría, digamos, 7, para aprobar la ley, lo que significaría que el pago final para cada grupo sería 3. El pago que recibe la minoría es mayor con el veto que sin él.

Dotar a la minoría de un poder de veto también podría afectar la eficiencia. Podría aumentar la eficiencia al bloquear leyes cuyo impacto neto es negativo. Para ilustrarlo, supongamos que una ley crearía un beneficio de 10 para la mayoría y un costo de 40 para la minoría. Si los costos de transacción son altos, a falta de poder de veto, esta ley perjudicial sería aprobada. Con el veto, no lo sería. Por supuesto, un poder de veto de la minoría también podría disminuir la eficiencia al bloquear leyes de impacto neto positivo. Si una ley crearía un beneficio de 10 para la mayoría y un costo de 4 para la minoría, entonces la eficiencia exige que la ley sea aprobada. Sin embargo, el desacuerdo sobre cómo dividir el excedente

podría precluir este resultado. Si la mayoría ofrece un pago de 6 a la minoría, y la minoría se mantiene firme exigiendo un pago de 8, la ley podría no ser aprobada.

Ahora podemos resumir gran parte del argumento de Guinier: los beneficios de distribuir parte del excedente a las minorías y vetar leyes de efecto neto negativo superan los costos que se siguen de no ceder. Si Guinier acertó con el equilibrio entre beneficios y costos es, por supuesto, debatible.

Quizás otorgar un poder de veto a la minoría podría mejorar la eficiencia por otra vía. Recuerda que cualquier impedimento a la negociación cuenta como un costo de transacción. Por lo tanto, el racismo cuenta como un costo de transacción cuando impide que las personas —por ejemplo, representantes blancos y negros— negocien. Si se les obligara a negociar, los representantes podrían descubrir que el odio es irracional y que la cooperación es provechosa. ¿Podría un veto de la minoría reducir los costos de transacción?

1.5. Derechos en Venta

Una persona dedicada a la ganadería puede vender carne, un editor puede vender ebooks y un abogado puede vender sus servicios legales. La mayoría de los bienes y servicios pueden venderse. Sin embargo, algunos bienes y servicios no pueden venderse. La ley prohíbe a las personas vender servicios sexuales, bebés o riñones. Cosas como la heroína y las bombas no pueden ser transferidas. Estas cosas son "inalienables", lo que significa que no pueden ser vendidas ni transferidas.

¿Son los derechos inalienables? Respecto de los derechos más cotidianos o que usamos en transacciones del día a día, la respuesta suele ser no. Si un comprador debe dinero a un vendedor, el vendedor tiene derecho a ser pagado. El vendedor puede renunciar a este derecho condonando la deuda, o puede vender el derecho a un cobrador de deudas. Respecto de los derechos que son de singular importancia y que están asociados a las constituciones, la respuesta es más complicada[413]. Según la Declaración de Independencia, los derechos a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad son inalienables.

[413] Muchos académicos han abordado la enajenabilidad de las libertades. *Véase, por ejemplo*, Margaret Jane Radin, *Market-Inalienability*, 100 Harv. L. Rev. 1849 (1987); Kathleen M. Sullivan, *Unconstitutional Conditions*, 102 Harv. L. Rev. 1413 (1989); Richard A. Epstein, *Why Restrain Alienation?*, 85 Colum. L. Rev. 970 (1985).

La inalienabilidad hace imposible la negociación. Para entender por qué, recuerda el ejemplo de la ley que prohibiría los sacrificios animales realizados con fines religiosos. La ley crearía un beneficio para la mayoría e impondría un costo menor para una minoría religiosa, por lo que promulgar la ley sería eficiente. Supón que la libertad religiosa protege la realización de sacrificios animales. Si la libertad religiosa es alienable, entonces la mayoría puede pagarle a la minoría para que renuncie a ella y promulgar la ley. Si la libertad religiosa es inalienable, entonces la mayoría no puede lograr que se apruebe la ley. La libertad de la minoría está protegida, sin importar si prefieren la oferta de la mayoría. Los derechos inalienables elevan los costos de transacción, lo que puede llevar a la ineficiencia.

Este ejemplo sugiere que los derechos deberían ser alienables. En la práctica, muchos derechos son alienables, a pesar de lo que dice la Declaración de Independencia. En los Estados Unidos, una persona puede renunciar a su derecho a demandar a la policía a cambio de una reducción en los cargos criminales que se le imputan[414]. Del mismo modo, los acusados pueden renunciar a su derecho a un juicio por jurado a cambio de una sentencia de prisión más corta (discutiremos estos acuerdos en un capítulo posterior)[415]. Sin embargo, algunos derechos no son alienables, como el derecho al voto. En una elección para un cargo público, una persona no puede vender su voto a otra.

¿Por qué no puedes vender tu voto? Según la Corte Suprema, "ningún cuerpo político digno de ser denominado democrático confía la selección de líderes a un proceso de subasta o trueque"[416]. Esto suena como una condena moral. Las personas suelen usar argumentos morales para justificar la inalienabilidad de ciertos derechos. Sin embargo, en lo que respecta al voto, el análisis económico puede justificar su inalienabilidad.

Como explicó el capítulo anterior, votar crea externalidades[417]. El voto decisivo determina el resultado para todos, no solo para el votante decisivo. Así, el voto de una persona a favor de construir una carretera aumenta los impuestos que se le cobran a otra persona. Las externalidades conducen a la ineficiencia. Recuerda a nuestros cinco votantes ordenados de izquierda a derecha: Kim, Larry, Mary, Ned y Olivia. Los votantes tienen preferencias igualmente intensas, y la ley comienza en el ideal de Larry. Mover la ley del ideal de Larry al de Mary costaría 1 a Kim y Larry cada uno y beneficiaría a

[414] *Véase* Town of Newton v. Rumery, 480 U.S. 386 (1987).

[415] *Véase* Brady v. United States, 397 U.S. 742, 748 (1970).

[416] Brown v. Hartlage, 456 U.S. 45, 54 (1982).

[417] Sobre las externalidades del voto y la inalienabilidad, véase Pamela S. Karlan, *Politics by Other Means*, 85 Va. L. Rev. 1697 (1999); Richard Epstein, *Why Restrain Alienation?*, 85 Colum. L. Rev. 970 (1985).

Mary, Ned y Olivia con 1 a cada uno. Para maximizar el bienestar social, deberíamos establecer la ley en el ideal de Mary, y la votación bajo la regla de la mayoría ordinariamente produciría este resultado. Sin embargo, supón que Kim y Larry conspiran para comprar el voto de Mary. Cada uno le pagará 0,6 si vota por el ideal de Larry en lugar del suyo. En lugar de perder 1 cada uno, Kim y Larry pierden 0,6 cada uno. En lugar de ganar 1, Mary gana 1,2. Kim, Larry y Mary prefieren este acuerdo a no llegar a ningún acuerdo, por lo que el ideal de Larry triunfa por una votación de 3 a 2. Este resultado es subóptimo. Mover la ley del ideal de Larry al de Mary crearía un beneficio neto de 1 para el grupo. La fuente de esta ineficiencia es una externalidad: el acuerdo por el voto de Mary impone un costo a Ned y Olivia.

Para corregir externalidades, el derecho puede reducir los costos de transacción o imponer una solución. Hacer que los votos sean alienables reduce los costos de transacción. Si la compra de votos fuera fácil y lícito, todos podrían negociar. En el ejemplo, los otros cuatro votantes podrían negociar con Mary. Si no hubiera costos de transacción, el Teorema de Coase de Derecho Público predice que la negociación logrará un resultado eficiente, lo que en este ejemplo significa que la ley se moverá hacia el ideal de Mary. Sin embargo, negociar nunca es gratis, especialmente en elecciones grandes. Los altos costos de transacción implican que la negociación no puede resolver las externalidades del voto.

Cuando se trata de votar, la solución Coaseana fracasa, por lo que la ley adopta la solución Hobbesiana. La solución Hobbesiana hace que los votos sean inalienables.

¿Deberían las personas tener la posibilidad de vender sus derechos? Usualmente, la respuesta es que no debido a consideraciones morales. Cuando se trata del derecho a sufragar, la respuesta (también) es que no debido a consideraciones económicas.

Preguntas

1.5.1. Los niños no pueden firmar contratos que otras personas pueden hacer exigibles (no pueden firmar contratos ejecutables) ¿Deberían los niños poder vender sus derechos? ¿Por qué no?
1.5.2. Vender tu derecho a sufragar crea una externalidad, lo cual puede llevar a resultados ineficientes ¿Qué pasa con otros derechos? ¿Venderte a ti mismo como sirviente crearía una

externalidad[418]? ¿Qué hay de aceptar un pago a cambio de no ejercer tu religión?

1.5.3. Yala quiere que la legislatura apruebe un proyecto de ley. La legislatura tiene tres miembros y utiliza la regla de la mayoría. Aprobar el proyecto de ley de Yala le costaría a cada legislador $100. Yala hace la siguiente oferta: si votas a favor de mi proyecto y tu voto es decisivo (es decir, necesario para aprobar el proyecto de ley), te pagaré $150; si votas a favor de mi proyecto pero tu voto no es decisivo, te pagaré $1; y si votas en contra de mi proyecto, no te pagaré nada. Si los legisladores no pueden negociar entre sí, aprobarán el proyecto de ley por unanimidad, aceptando un total de $3 por un proyecto que les cuesta $300. ¿Por qué?[419]

1.6. Condiciones Inconstitucionales

Algunos derechos son alienables, pero solo bajo ciertas condiciones. Para ilustrar, en los Estados Unidos, la Primera Enmienda protege la libertad de asociación. Cuando los miembros de los sindicatos se van a huelga —es decir, no trabajan hasta que mejoren los salarios— participan de actos de asociación que están protegidos. En 1981, el Congreso promulgó una ley que negaba la entrega de cupones de alimentos a los trabajadores en huelga. El Congreso ofreció a los trabajadores un intercambio: financiaremos sus cupones de alimentos si no se van huelga. ¿Pueden los trabajadores intercambiar sus derechos de la Primera Enmienda por comida? En *Lyng v. International Union, UAW*, la Corte Suprema dijo sí [420]. El Congreso tiene el poder de negar cupones de alimentos a los trabajadores que se van a huelga.

Considera un caso diferente. Un profesor de una universidad estatal que no tenía titularidad sobre su cargo criticó a sus superiores. Cuando su contrato expiró, sus superiores se negaron a renovarlo. El profesor argumentó que el estado lo despidió en represalia por realizar una afirmación que está protegida por la Primera Enmienda. El estado le había ofrecido un trato: puedes trabajar si te

[418] *Véase* Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089, 1112 (1972) ("Si se permite que Taney se venda a sí mismo como esclavo, o asuma riesgos indebidos de quedarse en la indigencia, o venda un riñón, Marshall puede verse perjudicado, simplemente porque Marshall es un hombre sensible que se siente infeliz al ver esclavos, indigentes o personas que mueren por haber vendido un riñón. Nuevamente, Marshall podría pagar a Taney para que no venda su libertad a Chase el esclavista; pero nuevamente, dado que Marshall no es una sola persona sino muchas, los costos de transacción derivados del aprovechamiento y de la información hacen que tales transacciones sean prácticamente imposibles".).

[419] *Véase* Ernesto Dal Bo, *Bribing Voters,* 51 Am. J. Pol. Sci. 789 (2007).

[420] 485 U.S. 360 (1988).

mantienes callado. ¿Puede el estado exigir que los empleados públicos intercambien su libertad de expresión por un trabajo? En *Perry v. Sindermann*, la Corte Suprema dijo no[421].

Casos como estos dicen relación con la doctrina de las *condiciones inconstitucionales*[422]. La doctrina determina cuándo el ejercicio de un derecho es condicionado de manera inconstitucional.

Para analizar la doctrina, consideremos el problema relacionado de la coacción[423]. Un criminal apunta a alguien con un arma y le ofrece un trato: "págame o disparo". El arma le da al criminal mayor poder en esa negociación (¿regatearías?). La víctima le dará su dinero al criminal. Así, los actos de coacción afectan la distribución del bienestar; el valor se transfiere de una persona a otra. La coacción también afecta la eficiencia. Para realizar el crimen, el criminal compra un arma. Para evitar el crimen, la víctima instala una alarma en su casa. Estas acciones son individualmente racionales, pero ineficientes. El criminal y la víctima desperdician recursos, pero no para crear un nuevo valor. Desperdician recursos disputándose la distribución de un valor existente: el dinero en el bolsillo de la víctima.

Podemos aplicar estas ideas a la doctrina de las condiciones inconstitucionales[424]. Para empezar, considera la distribución. Un miembro de un sindicato valora su derecho irse a huelga. Para hacer esto algo más concreto, supón que valora la posibilidad de irse a huelga en 10. Si pierde sus cupones de alimento, sin los cuales no puede comer, pierde 11. Si el estado no puede condicionar su derecho a irse a huelga, entonces el trabajador puede elegir entre irse a huelga o no (10 contra 0) y puede elegir entre aceptar los cupones de alimentos o no hacerlo (0 contra −11). Elegirá irse a huelga y aceptar los cupones de alimentos, obteniendo una ganancia de 10. Si el estado *puede* hacer que el derecho a la huelga se vuelva condicional, entonces el trabajador debe elegir entre irse a huelga sin cupones de alimentos, con una ganancia neta de −1, o no irse a huelga, pero con cupones de alimentos, con una ganancia neta de 0) Elegirá no irse a huelga y tener cupones de alimentos, obteniendo una ganancia de 0. Condicionar el derecho a la huelga perjudica al trabajador y beneficia a su empleador (quien trabajará en lugar de irse a huelga). Esto es análogo a apuntar con un arma, lo cual perjudica a la víctima y beneficia al criminal. El valor crece para una persona y disminuye para otra.

[421] 408 U.S. 593 (1972).

[422] Para una visión general exhaustiva aunque algo desactualizada de la doctrina, véase Kathleen M. Sullivan, *Unconstitutional Conditions,* 102 Harv. L. Rev. 1413 (1989).

[423] Sobre el análisis económico de la coacción, véase Robert Cooter & Thomas Ulen, Law and Economics 343–47 (6ª ed. 2016); Mark Seidenfeld & Murat C. Mungan, *Duress as Rent Seeking*, 99 Minn. L. Rev. 1423 (2015); Steven Shavell, *Contractual Holdup and Legal Intervention*, 36 J. Legal Stud. 325 (2007); Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *The Law of Duress and the Economics of Credible Threats*, 33 J. Legal Stud. 391 (2004).

[424] *Véase en general* Richard A. Epstein, *Foreword: Unconstitutional Conditions, State Power, and the Limits of Consent*, 102 Harv. L. Rev. 4 (1988).

Hemos demostrado cómo volver la posesión de un derecho condicional a algo puede afectar la distribución. Ahora considera cómo esto puede afectar la eficiencia. En el ejemplo anterior, el criminal compra un arma para poder amenazar a su víctima, y la víctima instala una alarma para evitar ser amenazada. Estas inversiones son racionales desde una perspectiva individual pero ineficientes. ¿Surge una ineficiencia comparable cuando se imponen condiciones inconstitucionales? El estado podría hacer que al día de hoy las personas dependan de los cupones de alimentos para presionarlas mañana, tal vez amenazándolas con quitárselos. Las personas podrían rechazar los cupones de alimentos hoy para que el estado no pueda presionarlas más tarde. Estos escenarios parecen poco probables. La decisión de ofrecer y aceptar cupones de alimentos probablemente depende de otros factores. Sin embargo, una vez que existen los cupones de alimentos, el estado y los beneficiarios de estos cupones podrían desperdiciar recursos —legislando, haciendo lobby— en un esfuerzo por obtener influencia sobre el otro. Estos esfuerzos son costosos.

Cuando el estado, como un criminal, desperdicia recursos en amenazas para así redistribuir valor, los tribunales deberían intervenir. Los tribunales deberían prohibir que el estado vuelva los derechos condicionales. Sin embargo, a menudo el estado no se asemeja a un criminal. Frecuentemente, el estado condiciona los derechos para crear valor, no para redistribuirlo. Para ilustrarlo, consideremos la Agencia Central de Inteligencia (CIA). Para trabajar en la CIA, un empleado debe aceptar no compartir los secretos del gobierno. Así, el estado condiciona el empleo al sacrificio del derecho a la libertad de expresión. Esta condición impone un costo a los empleados, pero el valor no es redistribuido, como ocurre en el ejemplo del ladrón. Los empleados pierden algún grado de libertad de expresión, pero los ciudadanos de los Estados Unidos ganan en seguridad y protección. El beneficio para cientos de millones de estadounidenses seguramente supera el costo para los trabajadores de la CIA[425].

Estas ideas conducen a una prescripción. *El estado no debería poder condicionar derechos para redistribuir valor. El estado debería estar autorizado a condicionar derechos para crear valor.*

Preguntas

1.6.1. Al igual que con el profesor y la CIA, muchos casos que involucran la doctrina de las condiciones inconstitucionales dicen relación con la libertad de expresión. El estado ofrece a alguien un beneficio a cambio de guardar silencio.

[425] Este ejemplo proviene de *Snepp v. United States,* 444 U.S. 507 (1980) (sosteniendo que un ex empleado de la CIA estaba obligado por su contrato de empleo, bajo el cual sacrificó algunos derechos integrantes de su libertad de expresión).

(a) ¿Vender tu derecho a la libertad de expresión crea una externalidad negativa? ¿Depende la respuesta del tipo de discurso (político, comercial, deportivo) al que renuncias?
(b) Supón que vender parte de tu derecho a la libertad de expresión crea una externalidad negativa. ¿Significa esto que el gobierno no debería tener permitido comprar tu silencio? ¿O significa que el gobierno debería pagar extra por tu silencio?
(c) Un capítulo anterior explicó cómo un impuesto pigouviano puede evitar la ineficiencia provocada por externalidades negativas. ¿Puede un impuesto pigouviano ayudar a los tribunales a analizar las condiciones inconstitucionales?

"Una pistola a la cabeza"

A veces, el gobierno presiona a las personas para que renuncien a sus derechos. Otras veces, el gobierno presiona a los estados. Consideremos Medicaid, un programa iniciado en 1965 mediante el cual el gobierno federal entrega subsidios a los estados para proveer atención médica a los pobres. En 2010, la *Affordable Care Act* (ACA) exigió que los estados cumplieran con un nuevo estándar de Medicaid. Específicamente, requería que los estados extendieran la cobertura de Medicaid a personas que estaban bajo cierto umbral de ingresos, volviendo dicho requerimiento una condición para que los estados continuaran recibiendo subsidios de Medicaid para *cualquiera* en *cualquier* nivel de ingreso. En *National Federation of Independent Business v. Sebelius (NFIB)*, la Corte Suprema sostuvo que esta condición coaccionaba inconstitucionalmente a los estados. Según la Corte, la ACA era análoga a "un arma en la cabeza".

Un poco de notación puede ayudar a explicar la decisión de la Corte. Dejemos que X denote que no haya ningún programa de Medicaid; que O denote el programa antiguo antes de la ACA; y N denote el nuevo programa después de la ACA. La Corte sostuvo que el Congreso puede dar a los estados la opción de O o N. Los estados pueden mantener el programa antiguo o adoptar el nuevo programa, que incluye más cobertura para más personas, pero incluye un subsidio adicional. Sin embargo, el Congreso no puede hacer a los estados elegir entre X o N. Esto constituye coacción inconstitucional.

Al igual que antes, podemos analizar la coacción en términos de distribución y eficiencia. La coacción permite al gobierno federal perjudicar a los estados de la misma manera en que puede perjudicar a huelguistas al amenazarlos con quitarles los cupones de alimentos. Asimismo, la coacción puede hacer que el gobierno federal y los estados gasten recursos en una disputa distributiva. Una vez que Medicaid existe, y dado que los cambios a Medicaid tienen

consecuencias distributivas, ambas partes podrían desperdiciar recursos —legislando, realizando cabildeo (*lobbying*)— no para mejorar el programa, sino que para fortalecer su posición.

Además de afectar la distribución y la eficiencia, la coacción que ocurre entre ramas del estado afecta la credibilidad. Supón un escenario en que la Corte sostuvo que el gobierno federal *sí puede* ofrecer a los estados la opción de elegir entre X o N. Ahora imagina que el gobierno federal negocia con los estados un nuevo programa para proporcionar acceso a Internet en áreas rurales. El gobierno federal ofrece pagar subsidios a los estados si los estados proveen el servicio. Los estados podrían razonar de la siguiente manera: "Después de que comencemos este programa, el gobierno federal nos coaccionará al obligarnos a elegir entre expandirlo más de lo que queremos o cancelarlo. Para evitar la coacción más adelante, rechazamos la oferta hoy". Para superar esta resistencia, el gobierno federal querría hacer un compromiso creíble de no recurrir a la coacción. Sin la decisión en NFIB, hacer ese compromiso es difícil. Con NFIB, hacer ese compromiso es fácil.

Estas ideas iluminan un punto que fue controversial en NFIB. El Congreso podría derogar Medicaid y luego ofrecer a los estados la opción de no tener Medicaid o un tener un Medicaid nuevo y expandido. En notación, el Congreso podría cambiar la ley de O a X y luego promulgar una nueva ley dando a los estados la opción de X o N. Entonces, ¿por qué no puede el Congreso saltarse el paso de derogar la antigua ley y en vez de eso ofrecer inmediatamente la opción de elegir X o N? La jueza Ginsburg señaló que, "Un requisito ritualista de que el Congreso derogue y promulgue nuevamente legislación de gasto… no avanzaría ningún principio constitucional y difícilmente serviría a los intereses del federalismo".

Este es un argumento sobre costos. El Congreso puede expandir Medicaid a bajo costo (no derogar O, ofrecer X o N inmediatamente) o a alto costo (derogar O y luego ofrecer X o N). ¿Por qué hacer que el Congreso incurra en un costo más alto? La teoría de los compromisos creíbles ilumina este asunto. Como vimos anteriormente, quemar las naves aumentó el costo de retirarse, comprometiendo al ejército a avanzar. Del mismo modo, exigir la derogación aumentó el costo de hacer una oferta coactiva, comprometiendo al gobierno federal a no coaccionar.

En resumen, la doctrina de condiciones inconstitucionales tal como fue aplicada en NFIB fue frustrante para el gobierno federal de entonces, pero redujo sus costos de transacción para negociaciones futuras. Ese es un análisis descriptivo del caso, no un análisis normativo o interpretativo. ¿Tomó la Corte la decisión correcta?

1.7. Derechos Locales o Universales

En *Obergefell v. Hodges*, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que la Constitución otorga a las parejas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio[426]. Antes de este caso, el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo era local: algunos estados lo tenían, otros no. Después de este caso, el derecho se volvió universal. ¿Deberían los derechos ser locales o universales? Algunas personas rechazan esta distinción. Creen que los derechos son universales por definición y que todos los gobiernos deberían reconocerlos. Para otros, la cuestión no es tan simple. A veces, los derechos locales tienen ventajas sobre los derechos universales[427].

Comencemos con un ejemplo mundano: la regulación arquitectónica. A algunas personas les gusta la pureza arquitectónica. Para lograr esto último, muchas municipalidades restringen el tipo de arquitectura que los vecindarios pueden tener a un conjunto de estilos. Así, algunos vecindarios en Londres cuentan únicamente con casas georgianas. Las soluciones que se imponen desde el derecho privado, como los convenios, suelen fracasar a la hora de producir uniformidad arquitectónica. Para mantener los edificios con un solo estilo, el estado prohíbe construir en otro estilo.

Esta lógica va más allá de la arquitectura. Las personas que se agrupan en un vecindario para perpetuar cierta cultura pueden querer excluir otras prácticas e incluso personas. Si se les da la opción, algunas comunidades religiosas prohibirán el comercio durante Shabbat* (el sábado) y el consumo de cerdo, y algunos vecindarios familiares prohibirán la venta de alcohol y pornografía. Los mecanismos privados suelen fallar a la hora de producir uniformidad. Un agnóstico abrirá su tienda en Shabbat, y una tienda de revistas venderá pornografía cerca de una escuela. Lograr la uniformidad requiere restricciones locales.

Las restricciones locales generan conflictos. El agnóstico que trabaja en Shabbat puede reclamar que las restricciones locales violan sus derechos individuales. La municipalidad que promulgó la restricción puede afirmar que hacer cumplir los valores comunitarios protege los derechos religiosos y la distintividad de los vecindarios.

[426] 135 S. Ct. 2584 (2015).

[427] Esta discusión se basa en Robert Cooter, The Strategic Constitution 129–43 (2000).

* Nota del traductor: Shabbat es la palabra hebrea con la que se hace referencia al día sábado, y usa para referirse al día en que los judíos descansan.

¿Cómo debería responder el estado a estos conflictos? La respuesta depende de los objetivos del estado. Si el objetivo social es la diversidad *dentro* de cada comunidad, el estado debería prohibir que los gobiernos locales impongan valores locales. Esto generará comunidades "mixtas", como París, donde algunas personas eligen trabajar el día sábado y otras eligen no hacerlo. Si el objetivo social es la diversidad entre comunidades, el estado debería permitir que los gobiernos locales impongan los valores locales. Esto generará comunidades "puras" que difieren entre sí. En algunas ciudades de Israel, nadie trabaja los sábados; en otras ciudades, sí[428].

Los costos de movilidad determinan cuan severo o duro es el *trade off* entre derechos individuales y valores comunitarios. Las restricciones locales no son opresivas cuando los inconformistas pueden moverse fácilmente a comunidades sin restricciones. A modo de ejemplo, los "condados secos" prohíben la venta de alcohol. Si un destilador puede mover fácilmente su negocio, o al menos su whiskey, a un condado donde sí se vende alcohol, la ley del condado seco no lo perjudica. La contracara de esto es que, las restricciones locales son opresivas cuando los costos impiden a los inconformistas mudarse. Si el destilador no puede mudarse, la ley del condado seco arruinará su negocio.

Un capítulo anterior introdujo el Modelo de Tiebout, según el cual las personas votan con sus pies. Este modelo tiene implicancias para los derechos. Bajos costos de reubicación justifican permitir que las comunidades locales desarrollen diferentes interpretaciones de los derechos individuales. Altos costos de reubicación justifican hacer valer de manera uniforme los derechos individuales a lo largo y ancho de diferentes gobiernos locales. La fuerza de un derecho de resistir las normas comunitarias debería depender, en parte, del costo de abandonar la comunidad. *En general, los derechos locales encajan en sociedades móviles y los derechos universales encajan en sociedades inmóviles.*

Preguntas

1.7.1. En general, las constituciones contienen más derechos que los documentos legales que regulan las ciudades (*city charters*). ¿Por qué?
1.7.2. *Roe v. Wade** estableció a nivel nacional que existía el derecho a abortar bajo ciertas condiciones[429]. Si la Corte Suprema anula *Roe*, algunas jurisdicciones permitirán los abortos y otras

[428] La ley israelí prohíbe trabajar en Shabbat, pero a menudo no se aplica.

* Nota del traductor: Roe v. Wade fue derogado el año 2022 por Dobbs v. Jackson Women's Health Organization 597 U.S. __ (2022).

[429] 410 U.S. 113 (1973).

no. La medida en que la anulación de *Roe* afectará el número y disponibilidad de abortos depende de la movilidad. ¿Por qué? Utiliza tu respuesta para analizar esta declaración de la jueza Ginsburg: "Nunca habrá una mujer adinerada sin elección [reproductiva][430]".

1.7.3. En la década de 1950, las leyes en los Estados Unidos prohibían la distribución de material "obsceno," como la pornografía. ¿Violan tales leyes los derechos individuales? Según el juez Harlan, las prohibiciones *federales* referidas a la distribución de material obsceno son inadmisibles porque crean una "uniformidad asfixiante"[431]. Por el contrario, las prohibiciones *estatales* sobre la obscenidad suelen ser admisibles. El juez Harlan no divisó "ningún peligro abrumador… en la supresión de un libro controvertido en uno de los Estados, siempre que no exista una supresión nacional uniforme del libro"[432]. El juez Harlan fue criticado por sugerir que los derechos individuales son contingentes, no universales. ¿Estás de acuerdo con Harlan o con sus críticos?

1.8. Balanceando Derechos

Una pareja homosexual solicitó a un pastelero que les hiciera un pastel personalizado para su boda. El pastelero se negó debido a su oposición religiosa al matrimonio entre personas del mismo sexo. Su disputa llevó a un caso llamado *Masterpiece Cakeshop*[433]. La Corte Suprema falló a favor del pastelero, pero bajo fundamentos estrechos. La Corte no resolvió la cuestión fundamental: Cuando la igualdad y la religión entran en conflicto, ¿quién gana?

¿Cómo deben los jueces balancear derechos en conflicto? En *Masterpiece Cakeshop*, la Corte podría haber sostenido que la igualdad siempre prevalece sobre la religión o que la religión siempre prevalece sobre la igualdad. Estos enfoques no parecen muy sólidos. Legalmente, la Constitución no parece priorizar un derecho sobre otro. Normativamente, los enfoques categóricos generarán errores, es decir, casos donde un derecho debería prevalecer, pero termina prevaleciendo el otro.

Para ilustrar el espacio para el error, asignemos algunos números al caso. A modo de ejemplo, asumimos que la importancia de la igualdad y la religión puede ser cuantificada y comparada. La pareja sufre una

[430] Emily Bazelon, *The Place of Women on the Court,* N.Y. Times, 7 de julio de 2009.

[431] En *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), la Corte Suprema dijo que no. Escribiendo por separado, el juez Harlan dijo "tal vez". *Id*. en 506 (Harlan, J., disidente).

[432] *Id.*

[433] Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm'n, 138 S. Ct. 1719 (2018).

pérdida de 8 cuando se le niega un trato igualitario, y el pastelero sufre una pérdida de 4 cuando se le niega vivir según su visión religiosa. En este caso, una regla que da prioridad a la igualdad produce el mejor resultado. La pareja gana, y el pastelero soporta la pérdida de 4, que es mejor que la pérdida alternativa de 8. Pero los números podrían variar en un futuro caso. El próximo pastelero podría sufrir una pérdida de 9 en lugar de 4, en cuyo caso la regla que prioriza la igualdad generaría un resultado inferior. La pérdida sería de 9 en lugar de 8.

Para minimizar los errores, los jueces pueden rechazar los enfoques categóricos y equilibrar los derechos caso por caso. El análisis caso a caso tiene muchos costos y beneficios, como se explica en un capítulo posterior. Aquí nos enfocamos solo en su capacidad para evitar errores. En el primer ejemplo, los jueces pueden priorizar la igualdad para minimizar los costos en 4, y en el segundo ejemplo pueden priorizar la religión para minimizar los costos en 8. La toma de decisiones caso a caso produce el mejor resultado en cada caso.

Para que los jueces decidan caso por caso, necesitan buena información, la cual a menudo no tienen. Los jueces pueden contar dinero, pero no utilidad o dignidad. No pueden observar las pérdidas de la pareja o del pastelero. Sin embargo, los jueces pueden observar sus elecciones.

Para explicar esta idea, dejemos de lado los derechos por un momento y concentrémonos en otra cosa: los accidentes. Un tren y un camión chocan en un cruce. Quién debe pagar por los daños, ¿la compañía de trenes o el dueño del camión? Para responder, podríamos hacer una pregunta diferente: ¿Cómo podrían las partes haber evitado el accidente? El tren podría haber parado para dejar pasar al camión, o el camión podría haber parado para dejar pasar al tren. Cualquiera de las dos opciones habría funcionado. Sin embargo, detener un tren es difícil o "costoso" en términos económicos. Los trenes necesitan de mucho tiempo y espacio (al desplazarse por las vías mientras frenan) para detenerse, y los pasajeros y la carga sufren retrasos. En contraste, detener un camión es rápido y fácil. Poner a andar de nuevo a un tren es difícil, mientras que hacer lo mismo con un camión no lo es. Tomando todo en consideración, detener el camión para evitar el accidente habría sido más barato que detener el tren. En consecuencia, deberíamos hacer responsable al dueño del camión. Esto evita futuros accidentes a bajo costo al incentivar a los camiones a detenerse.

Esta es la teoría del *menor costo de evitación*, una teoría influyente en el análisis económico del derecho[434]. La teoría compara las elecciones disponibles para las partes en el momento del conflicto.

[434] *Véase* Guido Calabresi, The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis 135 (1970). La teoría del menor costo de evitación induce tomar precauciones por una de las partes, pero la eficiencia usualmente requiere que ambas partes tomen precauciones. Así, la teoría del menor costo de evitación promueve pero generalmente no maximiza la eficiencia.

¿Qué podría haber hecho cada parte para evitar el accidente? ¿Cuán costoso habría sido un curso de acción alternativo? La parte que podría haber evitado el conflicto a un menor costo pierde.

Los académicos han aplicado la teoría del menor costo de evitación a los accidentes. Aquí adaptamos la teoría para aplicarla a los derechos[435]. Consideremos el conflicto entre la pareja homosexual y el pastelero religioso. Supón que la pareja podría haber obtenido un pastel de igual calidad en otra tienda cercana. Mientras tanto, el pastelero es la única persona que trabaja en la pastelería, por lo que no podría haber pedido a un compañero que no compartiera su visión de mundo que hiciera el pastel. En términos generales, el pastelero se asemeja al tren y la pareja se asemeja al camión. La pareja podría haber evitado el conflicto a un costo relativamente bajo al comprar en otra tienda. En este conflicto de derechos, la pareja debería perder.

Demos vuelta el caso. Supongamos que ninguna otra tienda atendería a la pareja. Mientras tanto, el pastelero religioso sí tenía un compañero de trabajo sin objeciones al matrimonio igualitario. El pastelero religioso podría haber evitado el conflicto simplemente refiriendo a la pareja a su compañero. Bajo este escenario, el pastelero debería perder.

Estos ejemplos generan un principio que puede servirnos para resolver conflictos difíciles entre derechos: fallar en contra de la parte que podría haber evitado el conflicto con mayor facilidad. Este es el *principio de evitación de conflictos*[436]. Esta lógica resulta familiar. Las restricciones locales no son opresivas cuando las personas pueden reubicarse fácilmente. De manera similar, una persona que tiene titularidad sobre ciertos derechos no oprime a otra cuando este última puede evitar fácilmente el conflicto.

El principio de evitación de conflictos hace que los casos sean manejables al reemplazar preguntas nebulosas sobre igualdad, religión y dignidad con indagaciones más simples y concretas, como si otros pasteleros atienden a parejas homosexuales. Pero lo simple no siempre es mejor. Un crítico podría argumentar que ignorar cuestiones como la igualdad, la religión y la dignidad evita lidiar con el núcleo del caso. Hay dos respuestas a esto. Primero, si los tribunales pueden balancear cuidadosa y objetivamente ciertos valores fundamentales, entonces deberían hacerlo. El principio de evitación de conflictos actúa como un criterio de desempate para los muchos casos en los que no pueden hacerlo. Segundo, los tribunales a menudo se concentran en intereses particulares, como obtener un pastel,

[435] Las siguientes ideas se desarrollan en Charles L. Barzun & Michael D. Gilbert, *Conflict Avoidance in Constitutional Law,* 107 Va. L. Rev. 1 (2021).

[436] Véase *id*. en 3.

en lugar de valores. En nuestro ejemplo del accidente, la empresa ferroviaria podría tener un interés fundamental en los derechos de propiedad, especialmente si es propietaria de la vía, y el propietario del camión podría tener un interés fundamental en su libertad ambulatoria. Ambas partes están interesados en la libertad y seguridad. Estos intereses son fundamentales, pero los tribunales usualmente los ignoran, probablemente porque carecen de la capacidad para balancearlos. En su lugar, los tribunales resuelven accidentes haciendo preguntas específicas y concretas, como "¿Qué tan difícil habría sido detener el camión?" Dar énfasis a intereses particulares en lugar de valores fundamentales es algo que se hace usualmente en el derecho.

Preguntas

1.8.1. ¿Cuán costoso sería para la pareja homosexual obtener un pastel en otra tienda? La respuesta depende en parte del sufrimiento psicológico que les provoca ir de compras a otro lugar para evitar la discriminación. ¿Cuán costoso sería para el pastelero religioso que un compañero de trabajo hiciera el pastel? La respuesta depende en parte del sufrimiento psicológico que le causa condonar un matrimonio homosexual de esta manera limitada. El sufrimiento psicológico es relevante para determinar los costos para las partes de evitar el conflicto. ¿Pueden los tribunales medir y comparar el sufrimiento psicológico? Si no, ¿qué costos de evitación pueden medir y comparar los tribunales?

1.8.2. *Fulton v. City of Philadelphia* involucró otro conflicto entre igualdad y religión[437]. Parejas homosexuales querían cuidar de niños que estaban en proceso de adopción, es decir, cumplir la función que tiene una casa de acogida. Una organización religiosa se negó a conectar a niños necesitados con dicho tipo de pareja. Más de dos docenas de otras organizaciones sí estaban dispuestas a juntar niños necesitados con parejas homosexuales. Según el principio de evitación de conflictos, ¿qué parte debería ganar?[438]

1.8.3. Una fotógrafa se negó a fotografiar una boda entre personas del mismo sexo, haciendo alusión a objeciones religiosas[439]. Según Andrew Koppelman, la fotógrafa debería ganar en el conflicto de derechos resultante, pero solo si se expusiera e identificara públicamente como una persona discriminadora[440]. ¿Cómo podría la fotógrafa identificarse públicamente como discriminadora? ¿Evitaría o provocaría esto conflictos de derechos?

[437] 141 S. Ct. 1868 (2021).

[438] *Véase* Michael Gilbert, *Conflicts Among Rights: An Economic Approach*, 9 Revista Facultad de Jurisprudencia 66 (2021).

[439] Elane Photography, LLC v. Willock, 309 P.3d 53 (N.M. 2013).

[440] Andrew Koppelman, *Gay Rights, Religious Accommodations, and the Purposes of Antidiscrimination Law*, 88 S. Cal. L. Rev. 619, 620 (2015).

2. Igualdad

Hemos analizado los derechos en general. Ahora nos enfocamos en dos derechos específicos, comenzando con la igualdad[441]. En *Brown v. Board of Education*, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó la doctrina de "separados pero iguales" y ordenó que hubiera integración racial en las escuelas públicas[442]. Brown dio un primer y tímido paso hacia la igualdad racial, y hoy pocas personas cuestionan su fuerza moral. Sin embargo, la discriminación persiste. Algunas formas de discriminación conducen a injusticias graves, como cuando los oficiales de policía concentran sus indagaciones en minorías raciales. Otras formas de discriminación apenas son discutidas, como el hecho de que los hombres jóvenes pagan primas más altas por seguros de automóviles que las mujeres jóvenes. A veces, la gente exige discriminación. Los hombres jóvenes tienen más probabilidades de atentar contra un avión que las mujeres ancianas. ¿No debería la seguridad aeroportuaria registrar a más hombres jóvenes que a mujeres ancianas?

La raza, el sexo, la edad, la etnia, la religión y otras características forman parte de la identidad de cada persona. La discriminación basada en estos rasgos involucra un trato indigno que provoca emociones poderosas y lleva a severos juicios morales. Sin embargo, los juicios morales de diferentes personas entran en conflicto. Estos conflictos hacen que el análisis sea urgente y controversial. El análisis económico no puede resolver el problema de la discriminación, pero puede informar el debate.

2.1. Discriminación por el Estado

La ciudad de San Francisco se negó a permitir que inmigrantes chinos operaran lavanderías[443]. El estado de Virginia prohibió el matrimonio entre personas blancas y "de color"[444]. El gobierno de Estados Unidos forzó a ciudadanos estadounidenses de origen japonés a estar en campos de concentración[445]. Todos coinciden en que estos ejemplos involucran discriminación. El estado trata a un grupo de personas de manera diferente del resto. Ahora consideremos otros ejemplos. Solo

[441] En los Estados Unidos, muchos casos sobre el derecho a la igualdad involucran la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Aquí está el texto relevante: "Ningún estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria.". U.S. Const. enmienda. XIV, § 1.

[442] 347 U.S. 483, 495 (1954).U.S. Const. enmienda. XIV, § 1.

[443] *Véase* Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356 (1886).

[444] Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

[445] Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

los conductores que exceden los límites de velocidad son multados, y solo las personas fuertes son contratadas como bomberos. Una vez más, el estado trata a un grupo—conductores que infringen la ley del tránsito, personas fuertes—de manera diferente del resto, pero la mayoría de las personas no llamaría a esto discriminación.

¿Cuál es la diferencia? En general, la "discriminación", en términos jurídicos, no dice relación con tratar a las personas de manera diferente. Significa tratar a las personas de manera diferente debido a una característica que es o debería ser irrelevante. Por lo tanto, el gobierno no discrimina cuando encarcela a las personas en función de sus crímenes. El gobierno sí discrimina cuando encarcela a las personas en función de su color de piel.

Una *clase protegida* es un grupo de personas que comparten una característica que debería ser irrelevante a la hora de tomar decisiones. En los Estados Unidos, las minorías raciales han sido una clase protegida durante décadas. Hoy en día, las personas están divididas sobre si y cuándo las minorías sexuales son una clase protegida[446].

A menudo, la característica que une a una clase protegida es *inmutable*. No se puede cambiar la raza, la edad, la etnia o el origen nacional. Muchas personas creen que la religión también es inmutable. La inmutabilidad dice relación con que no juega un rol una elección o decisión. Un conductor puede elegir cumplir una ley que establece un límite de velocidad, pero ¿puede un cristiano elegir cumplir una ley que prohíbe el cristianismo? Algunas personas piensan que la respuesta es que no. En la Unión Soviética, la legislación antirreligiosa fue mucho más opresiva que los límites de velocidad.

Nuestros ejemplos iniciales—las lavanderías chinas, el matrimonio interracial, el encierro de los japoneses—son muestras de discriminación por parte de los estados. La discriminación estatal es especialmente dañina porque los estados operan como monopolios. Solo el estado emite licencias para matrimonios, y solo la ciudad emite licencias para lavanderías. Si el estado te discrimina, solo tienes dos opciones: salir u obedecer. Si el rasgo que define dicha discriminación es inmutable, entonces no puedes salir de la clase de personas afectadas—una persona mayor no puede volverse joven. Del mismo modo, si los costos de movilidad son altos o si otras jurisdicciones también discriminan, entonces no puedes salir de la jurisdicción, intercambiando un estado malo por uno bueno. Esto te deja solo una opción: obedecer.

[446] *Véase* Bostock v. Clayton County, Georgia, 140 S. Ct. 1731 (2020). En *Bostock*, la Corte Suprema sostuvo que el *Civil Rights Act* prohíbe la discriminación laboral basada en la orientación sexual o identidad. Tres jueces disintieron, y muchas personas han criticado la decisión.

Esta discusión conecta la igualdad con la elección, y genera una predicción. Los casos más claros de discriminación impermisible surgen cuando el estado trata a las personas de manera diferente en función de características inmutables.

Preguntas

2.1.1. Usualmente, la discriminación se ejerce por la mayoría en contra de una minoría. ¿Cómo es esto evitado al atrincherar el derecho a la igualdad? ¿Por qué la Cláusula de Igual Protección de la Constitución de los EE. UU. no es inmodificable?
2.1.2. El Estado puede exigir que los guardias de prisión sean hombres, al menos cuando la prisión contiene muchos prisioneros violentos de sexo masculino. Según la Corte Suprema, ser hombre es una "calificación ocupacional de buena fe" (*bona fide occupational qualification*) para el trabajo de guardia de prisión[447]. ¿Rehusarse a contratar mujeres como guardias de prisión constituye discriminación?

2.2. Niveles de escrutinio

¿Puede el gobierno prohibir la compra de alcohol a los menores de 16 años? En general, la respuesta es que sí, aunque esto implique discriminación por edad, una característica inmutable. No toda discriminación transgrede la ley u ofende la moralidad. Para diferenciar entre discriminación permisible e impermisible, los tribunales aplican diferentes pruebas. En muchos países europeos aplican un "test de proporcionalidad". En los Estados Unidos, los tribunales aplican los "niveles de escrutinio". Nos enfocamos en este último, aunque las pruebas tienen similitudes[448].

En términos generales, los tribunales comienzan preguntándose si la ley discrimina entre las personas. Si la respuesta es que sí, los tribunales obligan al gobierno a justificar su acción. El estado debe identificar su "interés" (¿qué busca lograr?) y debe defender los medios empleados (¿en qué medida se cumple el objetivo?). El rigor de la revisión depende de qué nivel aplica. Para la discriminación basada en raza o religión, los tribunales aplican un "escrutinio estricto". El gobierno

[447] Dothard v. Rawlinson, 433 U.S. 321, 336–37 (1977).

[448] *Véase* Judkins Mathews & Alec Stone Sweet, *All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing*, 60 Emory L.J. 799 (2010).

necesita demostrar que tiene un interés "apremiante" y debe demostrar que su acción está "hecha a la medida" (*narrowly tailored*) (en otras palabras, la acción del estado debe estar "hecha a la medida" para la consecución de su "apremiante" interés). Respecto de la discriminación basada en características como el ingreso, las exigencias al estado son menos rigurosas. Esto se debe a que las personas adineradas no son una clase protegida, ni tampoco lo son las personas pobres.

Para ilustrar, consideremos el caso *Grutter v. Bollinger*[449*]. La Escuela de Derecho de la Universidad de Míchigan, una institución estatal, otorgaba un "puntaje adicional" a postulantes que pertenecían a minorías raciales. De este modo, el estado discriminaba basándose en la raza de las personas. La Corte Suprema aplicó el test de escrutinio estricto a la política de admisiones de la universidad. La Corte concluyó que la universidad tenía un interés apremiante en lograr tener un cuerpo estudiantil diverso. Además, la Corte concluyó que la política de admisiones estaba hecha a la medida. No admitía a todas las minorías raciales ni creaba un sistema de cuotas raciales. Eso habría beneficiado a algunos solicitantes sin importar si efectivamente se diversificaba la escuela. (Para ilustrar, si la clase ya incluía a cinco afroamericanos de Nueva York, admitir a un sexto no diversificaría tanto la escuela como admitir a un estudiante blanco de Alaska). En cambio, la política de admisiones ofrecía a cada solicitante una "revisión holística e individualizada"[450]. La Corte confirmó la validez de esta política de admisiones.

Para un economista, la herramienta analítica de los niveles de escrutinio se asemeja al análisis de costo-beneficio[451]. ¿Puede el Estado discriminar? La respuesta depende de si los costos de la discriminación superan sus beneficios. Los tribunales, en parte, evalúan los costos identificando la existencia y base de la discriminación. Evalúan los beneficios analizando el interés del Estado (¿el objetivo es apremiante?) y sus medios (¿la discriminación promueve el interés, tendrá efectos secundarios costosos, etc.?).

Si los jueces fueran omniscientes, quizá podrían resolver casos que involucran discriminación perfectamente, permitiendo únicamente la discriminación justificada por los costos (la acción afirmativa podría ser un ejemplo, aunque por supuesto algunas personas no estarán de acuerdo). En

[449] 539 U.S. 306 (2003).

* Nota del traductor: este fallo fue derogado como precedente en Students for Fair Admissions v. Harvard, 600 U.S. 181 (2023).

[450] *Id.* en 337.

[451] Sin embargo, no es idéntico al análisis costo-beneficio. Véase Louis Kaplow, *On the Design of Legal Rules: Balancing Versus Structured Decision Procedures,* 132 Harv. L. Rev. 992 (2019).

el mundo real, los jueces cometen errores. Los niveles de escrutinio pueden conceptualizarse como guías prácticas para minimizar errores. La discriminación basada en características inmutables tiende a ser la más costosa, por lo que se activa el escrutinio estricto, dificultando que una ley que cae en ella no sea invalidada. La discriminación basada en características como el ingreso no se considera tan costosa, por lo que recibe una revisión más deferente. Si la discriminación no promueve el interés del Estado, entonces no tiene beneficios, por lo que no está justificada por los costos.

Incluso con estos niveles de escrutinio, los jueces tienen mucha discreción al sopesar costos y beneficios. La Constitución de los EE. UU. no especifica cuáles intereses del gobierno son "apremiantes". Volveremos a la discreción judicial en un capítulo posterior.

Preguntas

2.2.1. El Estado puede exigir que los bomberos sean fuertes. Sin embargo, el Estado no puede exigir que los bomberos sean hombres, a pesar de que los hombres tienden a ser más fuertes que las mujeres. ¿Por qué?

2.2.2. Para convertirse en oficial de policía, los postulantes debían rendir un examen. Los afroamericanos tendían a obtener peores resultados en el examen[452]. Ellos alegaron que el examen violaba su derecho a la igualdad. En *Washington v. Davis*, la Corte Suprema sostuvo que políticas gubernamentales como dicho examen solo pueden violar la Constitución si tienen un efecto discriminatorio y están motivadas por una intención discriminatoria[453]. Aparentemente, el gobierno no tuvo la intención de discriminar, por lo que el examen era permisible. ¿Es la decisión de la Corte consistente con el análisis costo-beneficio? ¿Por qué sí o por qué no?

2.3. Discriminación en un mercado perfecto

En 1960, cuatro estudiantes afroamericanos en Carolina del Norte se sentaron en el mostrador de una cafetería de Woolworth y exigieron ser atendidos. El personal se negó a servirles. En lugar de irse, los "Cuatro de Greensboro" se quedaron sentados en protesta hasta que la tienda cerró. Su

[452] Una rica literatura examina las relaciones entre raza y pruebas estandarizadas. *Véase, por ejemplo*, Roland G. Fryer & Steven D. Levitt, *Understanding the Black-White Test Score Gap in the First Two Years of School,* 86 Rev. Econ. Stat. 447, 447–64 (2004).

[453] 426 U.S. 229, 240 (1976).

acción impulsó el Movimiento por los Derechos Civiles y facilitó la integración racial en Estados Unidos. En lugar de protestar contra la discriminación por parte del Estado, los estudiantes protestaron contra la discriminación por parte de actores privados, asunto que tratamos ahora.

Para empezar, consideramos los rasgos económicos del mercado laboral[454]. Imagina empleadores que compiten entre sí en el mercado de los empleados. Si el mercado es perfectamente competitivo, los empleadores que discriminen sufrirán los costos de su discriminación. Para ilustrar, supón que un equipo profesional de ajedrez solo contrata a jugadores varones. Este equipo perderá contra otros que contraten a los mejores jugadores sin importar su sexo. La competencia castiga a los empleadores que discriminan, desalentando la discriminación.

Habiendo discutido cómo la competencia afecta a los empleadores discriminatorios, ahora consideremos cómo la competencia afecta a los empleados que discriminan. Imagina una compañía de pintura cuyos empleados son blancos o negros, y supongamos que algunos empleados blancos se niegan a trabajar con empleados negros. Todos los empleados son igual de competentes. La empresa debe asumir el costo adicional de segregar a los empleados blancos que discriminan. La segregación podría implicar una programación horaria que consume tiempo, salas de descanso separadas, y así sucesivamente. Para la empresa, el valor de un empleado discriminatorio es igual al valor de un empleado no discriminatorio menos el costo de la segregación. Debido a que los empleados discriminatorios valen menos para el empleador, recibirán un salario más bajo. La competencia perfecta en el mercado impone el costo de la segregación a los trabajadores que la exigen.

Hemos discutido el mercado laboral. Ahora considera el mercado de bienes y servicios. El mostrador de la cafetería involucraba compradores (los estudiantes) y un vendedor (el restaurante). Los compradores no discriminaban, pero el vendedor sí. En un mercado perfectamente competitivo, los vendedores discriminatorios asumen el costo de su discriminación. Un restaurante que atiende solo a clientes blancos ganará menos que un restaurante que atienda a todos. Del mismo modo, un restaurante que tenga que construir un muro para segregar a sus clientes por raza tendrá costos más altos que un restaurante que integre a sus clientes. Si los compradores no discriminan, los vendedores discriminadores asumirán los costos de su discriminación.

Invierte el ejemplo. Supón que los vendedores no discriminan, pero los compradores sí, como cuando personas blancas se niegan a cenar junto a afroamericanos. La segregación es costosa.

[454] Esta discusión se basa en Gary Becker, The Economics of Discrimination (1957). *Véase también* John J. Donohue, *Antidiscrimination Law*, en Handbook of Law and Economics 1387–1472 (A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell eds., 2007).

Los restaurantes deben rechazar clientes o buscar métodos para segregarlos. Los vendedores que no discriminan no incurrirán en esos costos a menos que los compradores discriminadores estén dispuestos a pagarlos.

En resumen, cuando los mercados son perfectamente competitivos, quienes discriminan asumen los costos de la discriminación. En el mundo real, las víctimas de la discriminación a menudo pagan los costos. Por lo tanto, los mercados no son perfectamente competitivos. A continuación, consideramos por qué.

Preguntas

2.3.1. En 2016, Carolina del Norte promulgó una ley que obligaba a las personas transgénero a usar baños que coincidieran con su sexo biológico. En respuesta, se cancelaron grandes eventos deportivos y conciertos, y las empresas amenazaron con trasladar sus empleos fuera del estado[455]. El Congreso retiró dicha ley. Utiliza el análisis de la discriminación en mercados competitivos para analizar estos hechos.
2.3.2. Los hospitales buscan enfermeras mujeres para atender partos. ¿Beneficia esta discriminación basada en el sexo a las mujeres embarazadas y a las enfermeras mujeres que obtienen estos trabajos? ¿Perjudica a los hombres que no pueden acceder a estos empleos?[456]

2.4. Discriminación en un mercado imperfecto

Al promover la *Civil Rights Act*, el senador Hubert Humphrey resumió la lucha de muchos afroamericanos de la siguiente manera: "¿Cómo puede un niño negro estar motivado a aprovechar al máximo las instalaciones educativas integradas si no tiene esperanzas de conseguir un trabajo donde pueda usar esa educación?"[457] En los Estados Unidos, las víctimas de la discriminación históricamente han recibido salarios más bajos que otras personas con habilidades equivalentes. El modelo de competencia perfecta no puede explicar este hecho. Las fallas del mercado permiten que

[455] *Véase* Dan Levin, *North Carolina Reaches Settlement on "Bathroom Bill"*, N.Y. Times, 23 de julio de 2019.

[456] *Véase* Kimberly *A. Yuracko, Private Nurses and Playboy Bunnies: Explaining Permissible Sex Discrimination*, 92 Cal. L. Rev. 147 (2004).

[457] United Steelworkers of Am., AFL-CIO-CLC v. Weber, 443 U.S. 193, 203 (1979). "Negro" es un término anticuado que ahora se considera ofensivo.

las personas trasladen el costo de la discriminación a las víctimas. Nos centramos en un tipo de falla de mercado: los carteles raciales[458].

Consideremos un modelo de discriminación basado en el poder, no en la competencia. Así como los productores a veces coluden para fijar precios, los grupos sociales a veces se coluden para obtener el control monopólico de los mercados. Para disfrutar de las ventajas del monopolio, un grupo social debe reducir la presión competitiva que otros ejercen por la vía de excluirlos de los mercados. De este modo, el grupo social más poderoso puede trasladar el costo que trae la segregación a las víctimas de ésta, de manera que las víctimas estén peor y los discriminadores estén mejor.

Para ilustrar, imagina una empresa de transporte con camioneros blancos y camioneros que pertenecen a minorías[459]. Supón que camioneros blancos proclives a discriminar se organizan y adquieren suficiente poder como para perturbar el lugar de trabajo. Amenazan a los empleadores—"dejaremos de trabajar o conduciremos lentamente"—que no discriminan a las minorías. Ante el poder de los camioneros blancos, los empleadores podrían estar en una mejor situación si discriminaran a las minorías y evitaran así tener un lugar de trabajo con problemas generados por sus empleados discriminadores. Los camioneros blancos se benefician a sí mismos al reducir la competencia por los empleos. Que haya menos competencia significa que hay salarios más altos. Los camioneros blancos perjudican a las minorías al quitarles una oportunidad de empleo, empujándolas hacia otros trabajos, a menudo de menor calificación. A medida que más minorías compiten por esos otros trabajos, la competencia empuja los salarios a la baja. Las víctimas de la discriminación soportan su costo.

En este ejemplo, los camioneros blancos que deciden discriminar se asemejan a un cártel, y su norma discriminatoria se asemeja a un acuerdo de fijación de precios. En la práctica, los cárteles son inestables porque cada miembro puede beneficiarse si se desvía del acuerdo del grupo[460]. Por ejemplo, la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEC) intentó fijar los precios del petróleo a principios de la década de 1970, pero miembros como Argelia secretamente bajaban el precio para vender más. En la medida que un cártel crece, detectar y prevenir la "trampa" de sus integrantes se vuelve más difícil. Los cárteles grandes generalmente colapsan.

[458] Para más información, véase John J. Donohue, *Antidiscrimination Law*, *en* Handbook of Law and Economics 1387–1472 (A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell eds., 2007). *Véase también* Daria Roithmayr, Reproducing Racism: How Everyday Choices Lock In White Advantage (2014).

[459] Para un caso real con un conjunto de hechos similar, véase *Int'l Brotherhood of Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324 (1977).

[460] La inestabilidad de los cárteles es un tema tradicional en la teoría económica del monopolio. *Véase, por ejemplo*, Lester G. Telser, Economic Theory and the Core (1978).

Al igual que Argelia, los miembros de un cártel racial pueden beneficiarse de desviarse del acuerdo. Para evitar que su empleador contrate a minorías, los camioneros blancos deben soportar las molestias y los peligros que conlleva amenazar a sus empleadores e interrumpir el trabajo. En la medida que los empleadores actúen discriminatoriamente, los camioneros blancos se benefician, independientemente de si participan en estas actividades. Por lo tanto, los camioneros blancos tienen un incentivo para aprovecharse de los esfuerzos de otros camioneros blancos.

En general, sostener normas discriminatorias a lo largo y ancho de mercados requiere que muchas personas se coludan. ¿Por qué el *free riding* no provoca que colapsen los grandes cárteles raciales? Sanciones informales a la desviación del acuerdo, como el chisme, el ostracismo, los boicots y la violencia pueden desalentar el *free riding*. En el pasado, muchas personas en Estados Unidos utilizaron sanciones informales como estas para castigar a las personas que no discriminaban. Sin embargo, las sanciones informales no fueron suficientes para hacer sostenible todo tipo de discriminación. Hacer sostenibles los cárteles raciales exigía leyes y otros mecanismos formales. Los estados del sur promulgaron leyes que impedían a los plantadores competir por la mano de obra negra[461]. Los municipios promulgaron leyes que impedían a las familias negras mudarse a vecindarios blancos[462]. La amenaza de sanciones legales desalentó el *free riding* e hizo sostenibles los cárteles raciales.

La *Civil Rights Act* de 1964 y nuevas interpretaciones de la Constitución por parte de los jueces barrieron con algunas leyes y prácticas discriminatorias locales. Al debilitar las sanciones contra quienes no discriminan, la ley federal debilitó las normas discriminatorias. Al igual que ocurre con los cárteles comerciales, una buena política contra un cártel racial busca reforzar su natural inestabilidad.

Nuestro análisis de los cárteles raciales imagina que existen empleados discriminatorios que presionan a sus empleadores no discriminatorios con tal de obtener ventajas personales. En realidad, algunas personas discriminan sin estar presionadas para ello y sin buscar ninguna ventaja. Los racistas simplemente "prefieren" discriminar[463]. Si suficientes miembros de la mayoría son racistas de esta manera, obligarán a las minorías a competir entre sí por un número reducido de empleos. Las preferencias de varias personas por la segregación podrían explicar mejor que la teoría colusiva por qué las víctimas de la discriminación soportan sus costos.

[461] William Cohen, *Negro Involuntary Servitude in the South, 1865–1940: A Preliminary Analysis*, 42 J. So. Hist. 31 (1976). *Véase también* Jennifer Roback, Racism as Rent Seeking, 27 Econ. Inq'y 661 (1989).

[462] Werner Troesken & Randall Walsh, *Collective Action, White Flight, and the Origins of Racial Zoning Laws*, 35 J.L. Econ. & Org. 289 (2019).

[463] Para trabajos influyentes sobre la discriminación "basada en preferencias", véase Gary Becker, The Economics of Discrimination (1957).

Preguntas

2.4.1. En el ejemplo de los camioneros, imaginamos a trabajadores blancos presionando a su empleador para que no contratara a minorías raciales. Dicha presión aumenta los salarios de los trabajadores blancos y disminuye los salarios de las minorías. ¿Por qué el empleador no despide a los trabajadores blancos y contrata únicamente a las minorías?
2.4.2. Las reglas coercitivas buscas cambiar el comportamiento de las personas mediante amenazas. Bajo esta modalidad, o te comportas de cierta manera o padeces un castigo. Las reglas expresivas buscan cambiar el comportamiento de las personas mediante la persuasión. Bajo esta modalidad, te comportas de cierta manera porque hacerlo es considerado superior o mejor[464]. La *Civil Rights Act* de 1964 prohibió a las empresas contratar únicamente a trabajadores blancos. ¿Cuenta como una ley coercitiva o expresiva?
2.4.3. Los economistas usualmente toman en cuenta todos los costos y beneficios al momento de analizar el bienestar social. Algunas personas tienen preferencias discriminatorias, como aquellas personas blancas que en la década de 1950 se negaban a compartir bebederos con personas negras. ¿Deberían considerarse las preferencias de los racistas como un "beneficio" al evaluar el bienestar social?[465] (Esta es una pregunta fácil para la mayoría de las personas, pero sorprendentemente difícil para los economistas del bienestar. Volveremos a esto más adelante en el libro.)

2.5. Señales Discriminatorias

Hemos conectado la discriminación al poder monopólico. Ahora conectamos la discriminación con otro tipo de falla de mercado, la información asimétrica. Para comenzar con un ejemplo familiar, consideremos los seguros automotrices. Las aseguradoras no pueden cobrar a todos los conductores una prima baja; los accidentes de los conductores poco fiables llevarían a la quiebra a la compañía. Del mismo modo, las aseguradoras no pueden cobrar a todos los conductores una prima alta porque los conductores fiables no pagarán mucho por un seguro que probablemente no necesitan. Para maximizar sus beneficios, las aseguradoras deben distinguir entre conductores fiables y no fiables y cobrarles tarifas diferentes. Para hacerlo, las aseguradoras necesitan superar una asimetría de información: los conductores saben algo sobre su propia conducta a la hora de conducir, pero las aseguradoras no.

[464] Los académicos utilizan el término "regla expresiva" de diversas maneras, incluyendo algunas que difieren de nuestro uso.

[465] *Véase, por ejemplo*, Joseph William Singer, *Normative Methods for Lawyers*, 56 UCLA L. Rev. 899 (2009); Daphna Lewinsohn-Zamir, *The Objectivity of Well-Being and the Objectives of Property Law,* 78 NYU L. Rev. 1669 (2003).

¿Cómo superan las aseguradoras esta asimetría? La superan mediante el uso de estadísticas. Los conductores jóvenes en promedio causan más accidentes que los conductores de mediana edad, y los hombres jóvenes causan más accidentes en promedio que las mujeres jóvenes. El sexo y la edad de los asegurados predicen el riesgo de accidentes. Las predicciones no son perfectas; algunos hombres jóvenes son conductores responsables, y algunas mujeres de mediana edad son conductoras irresponsables. Pero las predicciones son lo suficientemente precisas como para ser útiles a la hora de fijar las tarifas de los seguros. Así, las compañías aseguradoras cobran primas más altas por ser joven y hombre.

De la misma manera que las aseguradoras saben poco sobre los asegurados individuales, los empleadores saben poco sobre los postulantes a un trabajo. Al elegir entre los postulantes, los empleadores descansan en *señales*. Por ejemplo, supón que un empleador busca contratar a un contador. El empleador no puede leer las mentes de los postulantes y evaluar su idoneidad para el trabajo. En cambio, el empleador busca señales, como si un postulante tiene un título universitario en contabilidad. Tener un título señala que el postulante tiene interés y talento para la contabilidad, exactamente lo que busca el empleador[466].

Una buena señal es fácil de observar, difícil de manipular y, en promedio, permite hacer predicciones de manera precisa. Observar un título universitario es fácil. Falsificar un título universitario es difícil, y obtener un título en contabilidad es extenuante si odias el tema. Quienes poseen un título en contabilidad en promedio son mejores en contabilidad que quienes no tienen ese título. Por lo tanto, un título en contabilidad es una buena señal para los empleadores que buscan contadores. Otros ejemplos de buenas señales incluyen el olor de un melón, la altura de un jugador de baloncesto, la calificación de un bono, el partido político de un candidato y la marca de un teléfono inteligente[467]. Las personas buscan buenas señales para superar la asimetría de información.

Algunas señales generan controversia. Para ilustrarlo, a menudo se puede —aunque por supuesto no siempre— hacer una buena suposición sobre el sexo de una persona basándose en su apariencia física. En contraste, identificar la fuerza de una persona puede ser relativamente difícil. Los hombres son físicamente más fuertes que las mujeres en promedio, por lo que algunos empleadores usan el

[466] Además, las personas inteligentes inclinadas a razonar como contadores encuentran más fácil obtener títulos en contabilidad. *Véase* A. Michael Spence, Market Signaling: Informational Transfer in Hiring and Related Screening Processes (1974).

[467] Nuestra lista incluye diferentes tipos de señales. El olor de un melón te dice algo sobre su sabor, pero el melón no eligió su olor y el melón no tiene información privada. En contraste, los candidatos a un cargo eligen sus partidos políticos y poseen información sobre sí mismos que los votantes no tienen. El partido de un candidato es una señal verdadera, mientras que el olor podría describirse mejor como un indicador más débil–en este caso, un indicador del sabor del melón.

sexo como una señal y rechazan a las solicitantes mujeres para trabajos que requieren fuerza. El sexo es una *señal discriminatoria*[468].

Al igual que con las señales más comunes, las señales discriminatorias suponen un *trade off* entre precisión y costo. Las señales causan errores, como cuando los empleadores rechazan a mujeres fuertes y contratan a hombres débiles. Este error es equivalente a que las aseguradoras cobren de más a conductores seguros y cobren de menos a conductores peligrosos. Sin embargo, usar el sexo como señal es barato para los empleadores, mucho más barato que evaluar la fuerza de cada persona que busca empleo. Estas ideas nos permiten generar una guía para evaluar señales discriminatorias. Si el costo de los errores de generalización es menor para el usuario que el costo de obtener información más individualizada, entonces el uso de la señal discriminatoria es racional para el usuario. En tal caso, la señal refleja una discriminación racional. *Si el costo de generalización para el usuario excede el costo de obtener información más individualizada, entonces el uso de la señal discriminatoria es irracional para el usuario.* Entonces la señala reflejaría un prejuicio irracional, o al menos un error persistente[469].

En un mercado que fuera competitivo y sin prejuicios, la competencia eliminará las señales ineficientes. Si los empleadores compiten por trabajadores fuertes, y una señal diferente —digamos, el peso— funciona mejor a la hora identificar a los postulantes fuertes y débiles, los empleadores dejarán de clasificar por sexo y comenzarán a clasificar por peso. Prohibir el uso de señales cuyo uso persiste en un mercado competitivo provoca ineficiencia. Si el sexo es una señal eficiente de la fuerza, prohibir su uso obligará a los empleadores a adoptar una señal diferente y más costosa, como los resultados de una prueba de fuerza. Administrar pruebas de fuerza aumentará los costos para el empleador y sus clientes.

Hemos explicado cómo la competencia puede promover el uso de señales eficientes. Sin embargo, muchas leyes no tienen como su único objetivo la eficiencia. Otros objetivos dicen relación con la manera en que se distribuyen las cargas y beneficios sociales y con la igualdad. Evitar que se usen señales discriminatorias como el sexo podría empeorar la eficiencia, pero mejorar la distribución y la igualdad.

[468] Las señales discriminatorias están relacionadas con la discriminación estadística. Para trabajos pioneros sobre este concepto, véase Kenneth J. Arrow, *Models of Job Discrimination, en* Racial Discrimination in Economic Life 83–102 (A.H. Pascal ed., 1972); Kenneth J. Arrow, *Some Mathematical Models of Race Discrimination in the Labor Market, en* Racial Discrimination in Economic Life 187–204 (A.H. Pascal ed., 1972).

[469] Proposiciones similares aparecen en Robert Cooter, The Strategic Constitution 349 (2000).

Supongamos que el Estado quiere evitar que se usen señales discriminatorias. Podría simplemente prohibirlas. Sin embargo, prohibir señales puede ser contraproducente, como muestra el siguiente ejemplo. En general, *una estrategia superior para evitar que se usen señales discriminatorias es aumentar el flujo de información hacia el mercado para que no sea necesario depender de ellas.* Para demostrarlo, supongamos que el Estado quiere que los empleadores dejen de usar el sexo como señal de que alguien tiene fuerza. El Estado podría pagar para que los postulantes rindan pruebas y compartir los resultados. Las pruebas de fuerza son mejores predictores de la fuerza que el sexo. Si los empleadores no tienen que pagar por las pruebas, las usarán en lugar del sexo como señal.

Hemos analizado la conexión entre señales y mercados competitivos. Ahora consideremos los mercados que no son competitivos. La ausencia de competencia puede hacer que el uso de ciertas señales persista incluso cuando éstas son inexactas e ineficientes. Un ejemplo revelador proviene de los tribunales penales[470]. Cuando el Estado acusa a una persona de un delito, la persona es encarcelada y el juez fija una fianza. Si el acusado paga la fianza (es decir, si paga una cierta cantidad de dinero), puede quedar en libertad mientras espera el juicio. El Estado devuelve la fianza al acusado si este se presenta al juicio, mientras que el Estado se queda con la fianza si el acusado no se presenta al juicio.

Fijar un monto de fianza alto es un fuerte incentivo para que las personas se presenten a juicio, pero causa problemas a los acusados pobres. Para equilibrar este *trade off*, la ley instruye a los jueces fijar la fianza en el monto más pequeño que "razonablemente asegure la comparecencia ante el tribunal de la persona arrestada"[471]. Un estudio halló que las fianzas en promedio eran un 35 por ciento más altas para personas negras que para personas blancas acusadas del mismo delito[472]. Esto sugiere que los jueces utilizaron una señal discriminatoria, la raza, para evaluar la propensión de un acusado a fugarse.

¿Es la raza una buena señal de propensión a la fuga? Muchas personas pagan la fianza pidiendo dinero prestado a un prestamista llamado agente de fianzas. A cambio de una tarifa, el agente paga la fianza y asume el riesgo de que el acusado no se presente a juicio. Al igual que las aseguradoras, los agentes de fianzas necesitan distinguir entre distintos tipos de clientes para maximizar sus ganancias. Cobran más a los acusados con mayor probabilidad de fugarse, y viceversa. Los agentes

[470] Ian Ayres & Joel Waldfogel, *A Market Test for Race Discrimination in Bail Setting*, 46 Stan. L. Rev. 987 (1994).

[471] *Id.* en 989. Esta era la ley en el estado relevante al momento del estudio.

[472] *Véase Id. en 992.*

de fianzas en el estudio cobraron *menos* a los acusados negros que a los acusados blancos. Pensaron que las personas negras tenían menos probabilidad de fugarse que las personas blancas cuando enfrentaban la misma fianza.

Aparentemente, los agentes de fianzas y los jueces asignan signos opuestos a la señal racial. ¿Quién tiene razón? Los autores del estudio creen que la competencia entre los agentes los lleva a estimar las probabilidades con precisión, mientras que la ausencia de competencia entre los jueces permite que sus prejuicios permanezcan sin corregirse[473]. Dicho de otro modo, si un agente de fianzas comete un error, pierde dinero. Esto lo incentiva a cometer menos errores. Si un juez comete un error, no pierde nada, por lo que no enfrenta presión para corregir sus predicciones.

Generalizando, suprimir la competencia permite que persistan señales deficientes. La competencia está especialmente limitada en los sectores sin fines de lucro y gubernamentales. Además de las tasas de fianza, esto podría explicar por qué la policía detiene y revisa a más conductores negros, incluso si las personas negras no tienen más probabilidades que las blancas de cometer delitos. También podría explicar los eventos en el aeropuerto O'Hare de Chicago. Los oficiales de aduanas estadounidenses pensaban que era más probables que las pasajeras afroamericanas fueran traficantes de drogas, por lo que las seleccionaban para realizar registros invasivos. En los hechos, que alguien fuera mujer y negra era un mal predictor. Cuando los oficiales dejaron de depender de estas señales deficientes, detectaron más traficantes de drogas que antes[474].

Preguntas

2.5.1. Un empleador hombre dice: "Si quieres que use tu fuerza en lugar de tu sexo como señal, debes pagar por tu prueba de fuerza". Una postulante mujer responde: "No debería tener que pagar por tu discriminación". ¿Quién tiene la razón?
2.5.2. El "perfilamiento" ocurre cuando los *enforcers* se fijan en un rasgo como señalizador de criminalidad, como cuando los oficiales de policía detienen a conductores afroamericanos y las personas a cargo de la seguridad en los aeropuertos registra a pasajeros árabes.

[473] *Id. Véase también* David Arnold, Will Dobbie, & Crystal S. Yang, *Racial Bias in Bail Decisions,* 133 Q.J. Econ. 1885 (2018).

[474] *Véase* Fred Schauer, Profiles, Probabilities, and Stereotypes 176–78 (2003).

(a) Los hombres cometen más crímenes que las mujeres. ¿Justifica esto que la policía se concentre en hombres para llevar a cabo registros y arrestos?
(b) En los Estados Unidos, las estadísticas policiales muestran que las minorías raciales cometen más crímenes que las personas blancas. ¿Justifica esto que la policía concentre sus esfuerzos en las minorías raciales? Al responder, considera si el gobierno vigila a las comunidades blancas y de minorías de la misma manera. ¿Podrían enfoques diferentes de vigilancia afectar las estadísticas?
(c) Supón que las personas blancas y negras cometen crímenes en las mismas proporciones, pero que (por la razón que sea) cuando se registra personas blancas ellas tienen la mitad de las probabilidades de llegar a ser condenadas que personas negras. Para igualar las tasas de condena entre grupos, ¿debería la policía registrar el doble de personas blancas que de personas negras?[475]

¡Prohiban la casilla!

Los empleadores quieren saber si las personas que buscan un empleo han sido condenadas por algún delito. Para recopilar esta información, piden a los postulantes que marquen una casilla en sus formularios de postulación, en caso de que tengan antecedentes penales. Previsiblemente, los empleadores rechazan a postulantes que, descontando sus antecedentes criminales que quedan marcados en la casilla, sí estarían calificados para el trabajo. Por lo tanto, la casilla hace más difícil que las personas que han cometido delitos y cumplido sus condenas consigan empleos y se reintegren en la sociedad. En particular, la casilla dificulta que los hombres negros consigan empleos, ya que es más probable que tengan antecedentes penales en comparación con otros grupos en Estados Unidos.

Para corregir este problema, algunos estados de EE. UU. y otras jurisdicciones han promulgado leyes que "prohíben la casilla". Los empleadores no pueden preguntar a los postulantes sobre sus antecedentes penales, al menos no durante la evaluación inicial. Los empleadores pueden preguntar sobre antecedentes penales después de la evaluación inicial,

[475] *Véase* John Knowles, Nicola Persico, & Petra Todd, *Racial Bias in Motor Vehicle Searches: Theory and Evidence*, 109 J. Pol. Econ. 203, 227 (2001) ("registrar a algunos grupos con mayor frecuencia que a otros puede ser necesario para mantener la igualdad en las proporciones de culpables entre los grupos".).

pero, según los proponentes de estas leyes, esos antecedentes importarán menos después de que los empleadores conozcan a los postulantes en persona.

¿Esta política logra su objetivo? Al parecer, no. Un estudio descubrió que antes de que se prohibiera la casilla, los solicitantes negros tenían un 7 por ciento menos de probabilidades que los solicitantes blancos de ser llamados a una entrevista de trabajo. Después de que se prohibiera la casilla, los postulantes negros tenían un *43 por ciento* menos de probabilidades que los postulantes blancos de ser llamados a una entrevista de trabajo. Prohibir la casilla aumentó las disparidades raciales en la contratación.

Las señales pueden explicar este resultado perverso. Los empleadores quieren identificar y rechazar a los postulantes con cualidades negativas. Las cualidades negativas son difíciles de identificar, por lo que los empleadores usan los antecedentes penales como una señal. Cuando la ley prohibió a los empleadores usar los antecedentes penales como señal, utilizaron otra señal en su lugar: la raza. Los empleadores aparentemente asumieron que los postulantes negros tenían más probabilidades que los blancos de tener cualidades negativas. Sin la casilla, los postulantes blancos con antecedentes penales conseguían entrevistas, y los postulantes negros sin antecedentes penales no las conseguían.

Anteriormente argumentamos que una buena estrategia para evitar que se usen señales discriminatorias es aumentar el flujo de información al mercado. En lugar de prohibir la casilla, la ley podría ampliar la casilla. Información respecto de los antecedentes penales podrían ayudar a los empleadores a clasificar a los postulantes con buenas y malas cualidades. Para ilustrar, imagina una tienda que contrata a alguien para recibir pagos de los clientes. La tienda quiere a alguien a quien se le pueda confiar con el manejo de dinero. El propietario de la tienda se beneficiaría si pudiera distinguir a un postulante condenado, por ejemplo, por vandalismo, de un postulante condenado por robo.

Si los detalles sobre los antecedentes penales beneficiarían a los empleadores, ¿por qué los empleadores no piden dichos detalles? Aquí hay una hipótesis: las buenas señales no solo son precisas, también son de observación poco costosa.

No es barato conseguir los detalles sobre antecedentes penales de los postulantes. ¿Alguna vez has revisado un historial criminal? ¿Podrías entenderlo?

3. Libertad de Expresión

Las personas alaban a Dios, hallan el amor, hacen negocios, debaten sobre política, litigan casos y actúan en obras de teatro. La libertad de expresión es el medio de la vida social. Sin libertad de expresión, las personas y sus líderes no pueden comunicarse. Por estas razones llamamos a la libertad de expresión un derecho coasiano. La libertad de expresión y sus complementos, la libertad de prensa y de reunión, facilitan la negociación y una buena representación. Pero la libertad de expresión también es un derecho hobbesiano. La libertad de expresión promueve la autoexpresión, que es parte del florecimiento humano, no un medio para un buen gobierno. La libertad de expresión es tan importante que ocupa el primer lugar entre los derechos en la Constitución de los Estados Unidos[476]. Aquí utilizamos en análisis económico para iluminar la libertad de expresión.

3.1. Señales Discriminatorias

Los oradores y oyentes a menudo se parecen a vendedores y compradores. Los oradores crean un producto, que es información, y tratan de venderlo en el mercado de las ideas. Los discursos de quienes son candidatos a cargos públicos y los comerciales de las empresas que promocionan sus productos encajan en esta caracterización. Si los oyentes consideran que la información es valiosa, entregarán su tiempo, atención y ocasionalmente dinero para consumirla. De esta manera, el mercado de la información parece indistinguible del mercado de otros bienes y servicios.

Un capítulo anterior explicó que, en ausencia de costos de transacción, los mercados logran eficiencia por sí mismos. El mercado del discurso (o la expresión), ¿logra eficiencia por sí mismo? La respuesta es que no. El discurso o la expresión, sufre de fuentes persistentes de ineficiencia, incluyendo el monopolio.

Considera el caso *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*[477]. Una estación de radio tuvo de invitado al Reverendo Billy Hargis, quien estando al aire denigró el carácter de Fred Cook. Cuando Cook se enteró del agravio, exigió tener una oportunidad de responder, de conformidad a la "doctrina de la

[476] Aquí está el texto de la Primera Enmienda: "El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios.". U.S. Const. enmienda. I.

[477] 395 U.S. 367 (1969).

imparcialidad"*. En pocas palabras, dicha doctrina requería que las emisoras cubrieran ambos lados o versiones sobre los temas de importancia pública[478]. La emisora se negó, argumentando que la doctrina transgredía la libertad de expresión. La Corte Suprema no estuvo de acuerdo. "[N]ingún derecho constitucional," escribió la Corte, autoriza a un radiodifusor "a monopolizar una frecuencia de radio con exclusión de sus conciudadanos" [479].

Según la Corte, radiodifusores como Red Lion se asemejaban a monopolistas. Al controlar las ondas de transmisión, controlaban la información. Un capítulo anterior explicó cómo operaban los monopolios con un ejemplo que involucraba un puente. Al controlar el paso sobre el río, el propietario del puente podía cobrar peajes altos, enriquecerse a sí mismo, pero perjudicar a los viajeros y dañar la eficiencia. Siguiendo la misma lógica, un radiodifusor podría cobrar un precio alto por el tiempo al aire o negarse a emitir puntos de vista opuestos. En lugar de un mercado libre de ideas, podría haber un radiodifusor que dominara ese mercado.

El razonamiento de la Corte es defectuoso. Red Lion no tenía un monopolio. Las estaciones de radio que estaban en otras frecuencias competían con ella, al igual que las estaciones de televisión y los periódicos. La amenaza de que exista un monopolio privado sobre la libertad de expresión parece especialmente improbable hoy en día, ya que las radios, la televisión y los periódicos compiten con las redes de comunicación hechas posibles por internet.

Supongamos que Red Lion sí tuviera un monopolio. ¿Sería bueno que el estado regulara? Al evaluar regulaciones, los economistas comparan los costos de éstas con los costos de la falla de mercado que se busca corregir. A veces, los costos de regulación son tan altos que la falla de mercado es preferible. Los costos que una regulación tiene en parte dependen del tipo de funcionario que la elabora. Funcionarios competentes que persiguen el bien público hacen mejores regulaciones que políticos faltos de virtud que persiguen su beneficio personal.

Muchos políticos persiguen beneficios personales. En particular, se resisten a renunciar al poder y prestigio que viene con ocupar un cargo público. Para evitar la dictadura y mantener un régimen democrático se necesita competencia política, la cual a su vez necesita un debate libre y una amplia

*Nota del traductor: conocida en inglés como "fairness doctrine".

[478] *Véase* Dominic E. Markwordt, *More Folly Than Fairness: the Fairness Doctrine, the First Amendment, and the Internet Age*, 22 Regent U.L. Rev. 405 (2010).

[479] 395 U.S. 367, 389 (1969).

difusión de la información. Ahora podemos plantear cual es la lógica económica detrás de la libertad de expresión. Permitir que el estado regule cómo se expresan las personas permitiría a los políticos crear un monopolio estatal. En lugar de apoyar el mercado de ideas, los políticos podrían sofocar el debate y bloquear el flujo de información con tal de beneficiarse a sí mismos. La libertad de expresión evita que esto ocurra. Ésta tolera el riesgo de que ciudadanos en su esfera privada se expresen manipulativamente con tal de evitar que exista un monopolio estatal sobre el poder.

Para ilustrar estas ideas, considera el caso *Near v. State of Minnesota*[480]. Un periódico reportó que ciertos funcionarios públicos, incluido un jefe de policía, habían conspirado con gánsteres. Dichos funcionarios intentaron evitar que se publicaran los artículos del periódico bajo una ley que prohibía reportajes "maliciosos, escandalosos y difamatorios". La Corte Suprema describió la ley de la siguiente manera:

> Bajo esta ley, un editor de un periódico… que emprenda una campaña para exponer y criticar negligencias llevadas a cabo por el estado, y que dedique su publicación principalmente a ese propósito, debe enfrentar no solo la posibilidad de un veredicto en su contra… sino una determinación de que su periódico o revista es una molestia pública que debe ser eliminada[.][481]

La Corte invalidó la ley, calificándola como "la esencia de la censura"[482].
La teoría del monopolio ilumina los peligros de la censura. También explica el especial escepticismo que la Corte Suprema tiene hacia las "restricciones previas". Una restricción previa exige que un orador obtenga la aprobación del estado antes de hablar. Para ilustrar, una ley local en Georgia prohibía la distribución de "literatura de cualquier tipo… sin obtener primero un permiso por escrito del Administrador de la Ciudad"[483]. La Corte Suprema anuló la ley [484]. Según la Corte, "Cualquier restricción previa a la expresión viene… con una fuerte presunción en contra de su validez constitucional"[485]. El peligro de las restricciones previas es obvio. Si estuvieras intentando

[480] 283 U.S. 697 (1931).

[481] *Id.* en 711.

[482] *Id.* en 713.

[483] Lovell v. City of Griffin, Ga., 303 U.S. 444, 447 (1938).

[484] *Id.*

[485] Org. for a Better Austin v. Keefe, 402 U.S. 415, 419 (1971) (se omiten comillas internas).

controlar la información, qué preferirías, ¿ poder castigar a las personas después de que hablan, o poder impedir que las personas hablen en primer lugar?

Preguntas

3.1.1. Los periódicos reporteaban sobre documentos confidenciales relacionados con la Guerra de Vietnam. El presidente Nixon intentó detenerlos. En el caso "Pentagon Papers" la Corte Suprema falló a favor de los periódicos, pero los jueces discreparon entre sí sobre el motivo[486]. El juez Black concluyó que el Presidente nunca podría impedir a los periódicos divulgar información, incluso sobre material clasificado. El juez Brennan sugirió que el Presidente podría obligar a los periódicos a detener una publicación solo si ésta creaba un riesgo grave, como "poner en marcha un holocausto nuclear"[487]. ¿Estás de acuerdo con el juez Black o Brennan? ¿Qué riesgos acompañan cada una de sus posiciones?
3.1.2. A menudo, atrinchera derechos para proteger a las minorías de la mayoría. ¿Crees que una mayoría de estadounidenses quería que el presidente Nixon silenciara a la prensa? Cuando atrincheramos la libertad de expresión, ¿a quién se protege y de quién?
3.1.3. Las empresas privadas proporcionan acceso a internet de alta velocidad. En muchas comunidades solo hay un proveedor.
(a) ¿Debería el gobierno exigir la "neutralidad de red" para que estas empresas no puedan bloquear o favorecer cierto tráfico de internet?[488]
(b) Las redes 5G proporcionan acceso a internet de alta velocidad a través de torres de telefonía celular. ¿Las redes 5G aumentarán o disminuirán la demanda de neutralidad de red?

3.2. Discurso público y externalidades positivas

Fuera del monopolio, el mercado de la discusión o de la libre expresión sufre de otra ineficiencia: externalidades positivas[489]. El discurso o habla usualmente transmite ideas, y las ideas son

[486] New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 719 (1971).

[487] *Id.* en 726 (Brennan, J., concordando con el fallo).

[488] *Véase, por ejemplo,* 33 FCC Rcd 311 (2018). La FCC se comprometió con la neutralidad de red en 2015, pero luego cambió su posición, generando controversia. *Véase, por ejemplo*, Nelson Granados, *No Surprise: FCC to Abandon Net Neutrality Rules*, Forbes, 21 de noviembre de 2017.

[489] *Véase, por ejemplo,* Daniel A. Farber, *Free Speech without Romance: Public Choice and the First Amendment,* 105 Harv. L. Rev. 554 (1991).

bienes públicos. Recordemos que los bienes públicos tienen dos características: no rivalidad y no exclusividad. Las ideas son no rivales; tu uso del Teorema de Pitágoras no me impide usarlo a mí. Asimismo, las ideas son no excluibles, especialmente en la era de la información. Impedir que las personas usen tu idea es mucho más difícil que impedir que usen tu automóvil. Estas características generan externalidades. Cuando un inventor explica su nuevo producto a inversionistas, todos se benefician, incluidos oyentes indeseados que copian la idea.

Como explicó un capítulo anterior, el mercado, cuando no se lo interviene, produce menos que lo que debería de ciertas actividades que generan externalidades positivas. Sin regulación, los inventores y artistas crearán muy pocas ideas, lo que sofocará la innovación y la creatividad. (¿Escribirías una novela si tu editor pudiera robarla?). La ley responde a este problema mediante normas de propiedad intelectual. Al conferir propiedad sobre las ideas, las patentes y los derechos de autor permiten a las personas creativas evitar que otros exploten su trabajo. Las normas de propiedad intelectual promueven el discurso al permitir que los oradores internalicen el valor que su discurso crea.

Hemos explicado que el discurso que tiene valor comercial va de la mano con externalidades positivas. ¿Qué hay del discurso con valor político, como la divulgación de los *Pentagon Papers*? Muchas personas que participan de la discusión pública buscan influencia, no riqueza. Cuando las personas buscan influencia, quieren maximizar su audiencia. Cada oyente es bienvenido; quien expresa ese discurso no quiere excluir a nadie. Ese discurso tiene valor, pero no externalidades positivas. Ahora considera otros escenarios. Una oradora practica en el parque, inspirando a estudiantes que la escuchan. El discurso de un líder se transmite a través de las fronteras, mejorando la política en otro estado. Parte del discurso político sí tiene externalidades positivas.

¿Cómo puede la sociedad corregir la oferta insuficiente de discusión política? Las normas de propiedad intelectual deben ayudar. Parte del discurso político aparece en libros y artículos cuya copia es ilegal. Sin derechos de autor, ese discurso podría no haberse producido nunca. No obstante, resolver la oferta insuficiente de discurso o expresiones públicas probablemente requiere más que la existencia de derechos de autor. Requeriría subsidios estatales y regulaciones que, por razones ya descritas, podrían ser más dañinas que beneficiosas. Recuerda a esos políticos malintencionados de los que hablamos más arriba.

Aunque el derecho no puede resolver la existencia de oferta insuficiente de discurso político, puede minimizar el problema. El derecho minimiza el problema al reducir el costo del discurso político, impulsando su producción. En los Estados Unidos, la Primera Enmienda reduce el costo del discurso

al hacer que los foros públicos estén disponibles para el debate y asambleas[490]. Más fundamentalmente, la Primera Enmienda reduce el costo del discurso al impedir que el gobierno castigue a quienes decidan expresarse.

Preguntas

3.2.1.Considera estas declaraciones que candidatos presidenciales en los Estados Unidos hicieron a grupos privados: Barack Obama dijo que los votantes de pequeños pueblos "se aferran a las armas o a la religión"; Mitt Romney dijo que "el 47 por ciento" de los votantes son "dependientes del gobierno"; y Hillary Clinton calificó de "una canasta de deplorables" a la "mitad" de los simpatizantes de Donald Trump[491]. Las tres declaraciones se filtraron y se hicieron públicas.

(a) ¿Tuvieron estas expresiones políticas externalidades positivas?

(b) Las personas que filtraron estas declaraciones estuvieron a salvo de represalias gracias a la Primera Enmienda. ¿Esa protección promueve la información de los votantes? ¿Desalienta el discurso político?

3.2.2. En lugar de crear su propio código de construcción, algunos municipios compraron un modelo de código a una empresa y lo promulgaron como ley. Cuando el código de construcción fue publicado en línea, la empresa demandó bajo la hipótesis de que se habían transgredido sus derechos de autor[492]. ¿Debe la ley respetar las normas de propiedad intelectual? Al responder, considera dos asuntos. Primero, las buenas leyes necesitan buenas ideas, y las buenas ideas son bienes públicos. Segundo, según una larga tradición en la filosofía, el estado de derecho requiere que todas las leyes sean públicamente accesibles.

[490] La Primera Enmienda protege especialmente los discursos realizados en foros públicos. *Véase id*. en 574.

[491] Ed Pilkington, *Obama Angers Midwest Voters with Guns and Religion Remark*, The Guardian, 14 de abril de 2008; Mark Memmott, *Romney's Wrong and Right about the "47 Percent"*, NPR, 18 de septiembre de 2012; Domenico Montanaro, *Hillary Clinton's "Basket of Deplorables," in Full Context of This Ugly Campaign*, NPR, 10 de septiembre de 2016.

[492] *Véase* James M. Sweeney, Note, *Copyrighted Laws: Enabling and Preserving Access to Incorporated Private Standards,* 101 Minn. L. Rev. 1331 (2017); Veeck v. Southern Building Code Congress International, Inc., 293 F.3d 791 (5th Cir. 2002) (en banc) (decidiendo que la ley municipal no era susceptible de derechos de autor).

3.3. Discurso y Congestión

El Señor de las Moscas es una famosa novela sobre niños varados en una isla que luchan por gobernarse a sí mismos. Rápidamente desarrollan una regla: no puedes hablar al grupo a menos que sostengas la caracola. Los niños en la novela descubrieron algo fundamental sobre la libertad de expresión: lleva a la congestión. Cuando dos personas hablan simultáneamente, nadie se comunica.
Un capítulo anterior introdujo el asunto de la congestión en recursos comunes, como cuando el pastoreo de una persona dedicada a la ganadería afecta el sustento de otra persona dedicada a la ganadería. La congestión supone la presencia de una externalidad negativa que conduce a la ineficiencia— habrá demasiado consumo de pasto. Las externalidades negativas que se manifiestan en el habla o discurso público siguen la misma lógica. En lugar de pastizales congestionados, tenemos frecuencias saturadas, y en lugar de muy poca hierba, tenemos demasiado ruido.

Para ver cómo se refleja este problema en el derecho, recuerda nuestra discusión sobre el espectro electromagnético. Si muchas personas usan la misma frecuencia al mismo tiempo, la señal de todos tiene interferencia. En 1910, "operadores irresponsables" bloquearon las señales de la Marina de los EE. UU., poniendo en jaque la comunicación marítima[493]. La *Communications Act* de 1934 autorizó a la *Federal Communications Commission* (FCC) a regular la asignación y el uso del espectro. La ley levantó ciertas alteras relativas a la libertad de expresión—"la FCC no me dejará transmitir mi opinión". Sin embargo, la Corte Suprema decidió respaldar la ley, afirmando que la FCC no transgredía la Primera Enmienda al actuar como un "oficial de tráfico, regulando las longitudes de onda para evitar que las estaciones interfieran entre sí"[494]. La Primera Enmienda permite al gobierno manejar la congestión.

Considera otro caso. Una emisora de televisión estatal organizó un debate entre candidatos a un escaño en el Congreso. Tres personas se postularon para el cargo, pero solo dos fueron invitadas al debate. El tercer candidato, que se postulaba como independiente y no tenía casi ningún apoyo público, fue excluido. Ese candidato se llamaba Ralph Forbes, y demandó a la emisora por violar su libertad de expresión. En *Arkansas Educational Television Commission v. Forbes*, la Corte Suprema rechazó el alegato del Sr. Forbes[495]. Incluir a todos los candidatos en un debate, razonó la Corte, podría "de hecho, socavar el valor educativo y la calidad de los debates"[496]. Podemos entender esto como un argumento

[493] Ronald H. Coase, *The Federal Communications Commission*, 2 J.L. Econ. 1, 2 (1959).

[494] Nat'l Broad. Co. v. United States, 319 U.S. 190, 215 (1943). El Tribunal sostuvo que la FCC tenía una autoridad más amplia que iba más allá de simplemente coordinar el espectro.

[495] 523 U.S. 666 (1998).

[496] *Id.* en 681 (comillas internas y cita omitidas).

sobre la congestión. Aumentar el número de oradores puede llevar a que haya menos comunicación. Algunos lectores podrían incomodarse con la conclusión de la Corte. Incluir 10 o 15 candidatos podría volver un debate inútil, pero incluir tres no lo haría. Para promover la libertad de expresión, la emisora debería haber permitido la participación del Sr. Forbes. Sin embargo, el cálculo sobre la libertad de expresión es más complicado que eso. Los buenos abogados miran más allá de los hechos del caso individual y buscan el principio general. ¿Deberían los radiodifusores tener una amplia discreción para elegir el número de debatientes, o deberían incluir a más o menos todos? Si los radiodifusores deben incluir a más o menos todos, entonces podrían elegir no organizar debates. La Corte Suprema presentó este argumento al rechazar la reclamación del Sr. Forbes: "[F]rente a la posibilidad de cacofonía, por un lado, y la demandas por infracción a la Primera Enmienda, por el otro, un radiodifusor público podría optar por no emitir las opiniones de los candidatos en absoluto… y al hacerlo disminuiría el libre flujo de información e ideas"[497].

Preguntas

3.3.1.Utiliza el Teorema de Coase para explicar por qué los niños en una isla pueden resolver la congestión, pero los operadores de radio no pueden.
3.3.2. Muchas organizaciones marchan, protestan y realizan piquetes en el *National Mall* en Washington, DC. Para realizar estas actividades se necesita un permiso. Los permisos son restricciones previas, pero los tribunales de los EE.UU. no sostienen que la libertad de expresión lleve a que esté prohibido exigir permisos. ¿Por qué?

3.4. Discursos dañinos

Hemos explicado cómo la expresión de una persona puede interferir con la de otra. Este es un tipo importante, pero estrecho de externalidad negativa. Aquí hacemos una generalización: la expresión pública causa una externalidad negativa siempre que provoque un daño a otro que el orador no tiene en cuenta. Consideremos algunos ejemplos: discurso de odio, como aquel que se manifiesta cuando los nazis marchan cerca de sinagogas; incitación, como ocurre cuando un manifestante quema la bandera de sus países; y la obscenidad, que ocurre cuando un club expone a transeúntes a imágenes sexuales.

[497] *Id*. (comillas internas y cita omitidas).

Todos estos casos dicen relación con una externalidad negativa: el oyente (o espectador) sufre un costo que el orador no tiene debidamente en cuenta. El orador ignora el costo para el oyente o lo trata como un beneficio.

¿Siempre prevalece la libertad de expresión? En los Estados Unidos, podrías pensar que la respuesta es que sí. La Primera Enmienda dice: "El Congreso *no* promulgará ley alguna… que limite la libertad de expresión"[498]. Sin embargo, la respuesta es que no. El estado frecuentemente regula las externalidades negativas del discurso público. Esto es consistente con el razonamiento económico.

Para los economistas, nada es gratis. Cada acto conlleva costos, incluso hablar. Si un acto debe permitirse depende de si sus costos superan sus beneficios. El juez Learned Hand desarrolló un marco analítico para sopesar los costos y beneficios de la libertad de expresión en un caso llamado *United States v. Dennis*[499]. Miembros del Partido Comunista de EE. UU. fueron condenados por abogar por el derrocamiento violento del gobierno de EE. UU. El caso contraponía el valor de la libertad de expresión con el peligro que va de la mano con la incitación a la violencia. Para resolver el caso, el juez Hand se preguntó "si la gravedad del 'mal', descontada por su improbabilidad, justifica tal invasión de la libertad de expresión, según ella sea necesaria para evitar tal peligro"[500]. El razonamiento del juez Hand puede expresarse algebraicamente. Sea B el costo para la libertad de expresión causado por la regulación del gobierno, sea p la probabilidad de que un discurso no regulado provoque daños y sea H ese daño. El gobierno debería regular cuando $B < p * H$[501].

Esta fórmula es simple e iluminadora. Si la probabilidad de que se produzca un daño es pequeña, entonces la justificación para que se regule se debilita, incluso si el daño real, en caso de materializarse, es grande. Si la probabilidad es alta, entonces la regulación puede estar justificada incluso si el daño real es pequeño.

[498] U.S. Const. enmienda. I (énfasis añadido).

[499] 183 F.2d 201 (2d Cir. 1950). *Dennis* es parte central en un influyente análisis de la Primera Enmienda del cual tomamos elementos. *Véase* Richard A. Posner, *Free Speech in an Economic Perspective,* 20 Suffolk U.L. Rev. 1 (1986). Aunque nunca fue revocado, Dennis no es muy importante en la doctrina contemporánea de la Primera Enmienda.

[500] United States v. Dennis, 183 F.2d 201, 212 (2d Cir. 1950), *aff'd,* 341 U.S. 494 (1951).

[501] Esto coincide con la Fórmula de Hand aplicada en el derecho de responsabilidad civil. El juez Hand expresó esa fórmula tres años antes de Dennis en *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947). Para encontrar la regulación óptima en un sentido económico, debemos entender los insumos de la fórmula en términos marginales.

Para ilustrarlo, apliquemos la fórmula a los hechos del caso *Brandenburg v. Ohio*[502]. Un líder del Ku Klux Klan abogó por la violencia contra minorías raciales y amenazó a instituciones gubernamentales por "suprimir [a] la raza blanca caucásica"[503]. Fue condenado por transgredir una ley que prohíbe la incitación a la ilegalidad. La Corte Suprema anuló su condena. Según la Corte, el estado no puede proscribir que las personas se expresen a menos que probablemente provoquen una "acción ilegal inminente"[504]. Podemos interpretar *Brandenburg* de la siguiente manera: p era demasiado pequeño. Abogar abstractamente por las causas del Ku Klux Klan en el campo de Ohio era poco probable que provocara una ilegalidad inminente.

En lugar de abogar abstractamente, supongamos que Brandenburg hubiera dirigido a sus seguidores a atacar a una persona en particular, que fuera vulnerable y estuviera cerca. *H* habría sido menor porque la violencia contra una persona causa menos daño que la violencia contra muchos. Sin embargo, p habría sido mucho mayor. Tomando todo aquello en consideración, la ecuación del juez Hand podría haber justificado que se restringiera el discurso público.

Nos hemos centrado en los costos que impone el discurso público (en la ecuación, p y *H*). Ahora considera los costos de regularlo (*B*). Cuando el gobierno restringe el discurso, el orador pierde, al igual que los oyentes que deseaban oír el discurso. Mientras más oradores, oyentes y externalidades positivas existan, habrá costos más altos. Además, las regulaciones tienen un "efecto enfriador" cuando desincentivan la expresión pública más que lo que los legisladores pretendían. Llevar a que no se realicen expresiones públicas valiosas sube los costos. Finalmente, hacer cumplir y promulgar regulaciones toma tiempo y dinero.

Los capítulos que se refieren al *enforcement* examinarán algunos de estos costos en detalle. Aquí nos centramos en dos doctrinas legales que afectan los costos que las regulaciones imponen sobre el discurso público. La primera es la preferencia por leyes neutrales en términos de contenido, en oposición a leyes basadas en el contenido. Una ley neutral en términos de contenido aplica a diversos actos de habla con independencia del mensaje que transmite cierto acto de habla, mientras que una ley relativa al contenido aplica a ciertos actos de habla debido al mensaje

[502] 395 U.S. 444 (1969). Aplicamos el test de Dennis a los hechos de Brandenburg a modo de ejemplo. El Tribunal en *Brandenburg* citó a *Dennis* pero no respaldó ni siguió su test. *Dennis* es una curiosidad en la doctrina de la Primera Enmienda, no el precedente controlador o central.

[503] *Id.* en 446.

[504] *Id.* en 447.

que transmite. A modo de ejemplo, una ordenanza municipal prohibía realizar protestas en las cercanías de una escuela pública, a menos que la protesta ocurriera cerca de una escuela involucrada en una disputa laboral. Dicha ley decía relación con el contenido del mensaje. Trataba el mensaje que se tenía sobre cierto asunto, el laboral, de manera diferente a otros mensajes. La Corte Suprema invalidó la ley, afirmando que "el gobierno no tiene poder para restringir la expresión debido a su mensaje, sus ideas, su tema o su contenido"[505].

Las leyes que regulan el discurso o habla y dicen relación con el contenido del mensaje emitido generan costos especiales. Primero, fomentan la creación de un monopolio. Un político que busca permanecer en el poder no prohibirá todo acto de discurso político, sino que solo el que lo critique. Al defender que las leyes que regulan el discurso sean neutrales en términos de contenido, los tribunales evitan que los funcionarios estatales entorpezcan o supriman la libre expresión de sus oponentes[506].

Segundo, la neutralidad relativa al contenido reduce los trastornos que pueden surgir en el mercado de las ideas. Para entender por qué, considera un asunto que podría parecer bastante diferente: los impuestos. Supón que cultivar una calabaza cuesta $1 y cultivar un melón cuesta $2. Si cada uno tiene un valor de mercado de $5, entonces los agricultores deberían cultivar calabazas (valor neto de $4 cada una), no melones ($3 cada uno). Si el estado impone un impuesto de $1.50 a las calabazas, los agricultores pasarán a producir melones. Preferirán un beneficio de $3 por melón a un beneficio de $2.50 por calabaza. Esto es ineficiente. Incluso con el impuesto, las calabazas producen más valor que los melones. El problema es que los agricultores no internalizan ese valor. Parte del valor se transfiere al estado. Para evitar este tipo de ineficiencia, el estado debería gravar melones y calabazas. Un impuesto de $1.50 sobre todos los productos agrícolas llevaría a los agricultores a cultivar calabazas (beneficio de $2.50 cada una, valor neto de $4 cada una) en lugar de melones (beneficio de $1.50 cada uno, valor neto de $3 cada uno).

Para generalizar a partir de este ejemplo, los impuestos transversales generan menos distorsiones en la toma de decisiones, reduciendo la ineficiencia. Las restricciones neutrales respecto al contenido se asemejan a impuestos transversales, mientras que las restricciones basadas en el contenido se asemejan a impuestos estrechos[507]. Por ejemplo, una ley neutral en cuanto al contenido podría

[505] Police Dep't of City of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92, 95 (1972).

[506] Las restricciones basadas en el contenido limitan toda expresión sobre cierto tema ("No discutas sobre la guerra"), mientras que las restricciones que se fundan en un punto de vista específico limitan los discursos *particulares* sobre un tema ("No critiques la guerra"). Esta es una distinción interesante e importante, pero la ignoramos en su mayor parte.

prohibir hacer proselitismo con altavoces después del anochecer. La ley no cambia lo que dicen los proselitistas, solo cambia cuándo lo dicen. Una ley basada en el contenido podría prohibir hacer proselitismo sobre un tema particular. Una ley basada en el contenido obliga al orador a hablar sobre algo menos valioso o significativo para él.

Esta discusión nos lleva a considerar cuestiones como las restricciones que se tiene respecto al tiempo, lugar y modo. El estado no puede prohibir que se realicen protestas cerca de las escuelas públicas, pero puede requerir que ocurran después de que los estudiantes se vayan a casa. Asimismo, el estado puede mover desfiles a calles tranquilas y alejar a los manifestantes de funerales y clínicas de aborto. Las restricciones sobre el tiempo, lugar y modo reorganizan el discurso, lo cual impone menores costos que prohibirlo.

En resumen, las doctrinas jurídicas de los Estados Unidos impulsan a los funcionarios a realizar restricciones neutrales respecto al contenido de lo expresado y que más bien dicen relación el tiempo, lugar y modo en que las personas se expresan. Las restricciones de esta índole generan costos menores que otro tipo de restricciones.

Hemos analizado el discurso y sus efectos colaterales de manera abstracta. En la práctica, los tribunales examinan las restricciones al discurso utilizando pruebas que se asemejan a los niveles de escrutinio discutidos previamente. Por ejemplo, las restricciones basadas en el contenido están sujetas a un escrutinio estricto, lo que significa que el estado debe demostrar que su regulación es "necesaria" para servir a un interés "apremiante"[508]. Para las restricciones respecto al tiempo, lugar y modo en que se lleva a cabo cierta expresión, el estado solo debe demostrar una que la propuesta está "hecha a la medida" y que busca lograr un interés "significativo" [509]. En lugar de explorar estos detalles, generalizaremos sobre ellos. Los derechos, incluido el de libertad de expresión, son generalizaciones fiables sobre cuál es la mejor forma de proceder. El estado no debería ser capaz de derrotar su aplicación fácilmente. Los tribunales guardan las pruebas más estrictas para las restricciones al discurso que parecen causar el mayor daño. Muchas doctrinas de la Primera Enmienda parecen producir resultados consistentes con la prueba del juez Hand en *Dennis*.

[507] *Véase* Daniel A. Farber, *Free Speech without Romance: Public Choice and the First Amendment*, 105 Harv. L. Rev. 554, 577–78 (1991). Las restricciones basadas en un punto de vista específico se asemejan a impuestos aún más estrechos.

[508] Simon & Schuster, Inc. v. Members of New York State Crime Victims Bd., 502 U.S. 105, 118 (1991).

[509] Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781, 796 (1989).

Preguntas

3.4.1.Una restricción que aplica a la incitación a la realización de actos criminales aplica a muchos oradores, y otra aplica solo a un orador. ¿Implica la fórmula del juez Hand que el estado está más autorizado promulgar la segunda (implica un menor costo para los oradores)? ¿Por qué su fórmula podría sugerir lo contrario?
3.4.2. En los Estados Unidos, ciertos discursos y expresiones—aquellos que son obscenos, difamatorios, o son parte de un delito, como la extorsión—no reciben protección constitucional. ¿Es esto consistente con la fórmula del juez Hand?
3.4.3. Las restricciones relativas al tiempo, lugar y modo deben "dejar abiertas varias alternativas para que se comunique la información"[510]. Por lo tanto, el estado puede mover un desfile de una parte de la ciudad a otra, pero no puede llevarlo a un lugar a 200 kilómetros de distancia. Los funcionarios pueden limitar una manifestación a dos horas pero no a dos minutos. Utilice la fórmula del juez Hand para justificar este requisito.
3.4.4. Un artista califica como arte a la escultura en su patio. El estado la califica como pornografía que es ofensiva para los transeúntes. ¿Debería el estado prohibir la escultura? ¿O debería gravar al artista por exhibirla?[511]

La Doctrina de la Audiencia Cautiva

Para promocionar ciertos negocios, los publicistas enviaban cierto material propagandístico a los hogares de las personas. Parte de este material incluía imágenes explícitas, como anuncios de revistas pornográficas. El Congreso promulgó una ley que permitía a los jefes de casa optar por no recibir dicho material ofensivo. Si una persona optaba por no recibirlo, el remitente debía dejar de enviar el material y eliminar al jefe de hogar de su lista de correo. Los publicistas impugnaron la ley, argumentando que violaba su libertad de expresión. En *Rowan v. United States Post Office Department*, la Corte Suprema ratificó la ley, declarando que "el derecho de toda persona a 'ser dejada en paz' debe sopesarse con el derecho de otros a comunicarse".

Rowan involucró la "doctrina de la audiencia cautiva". En resumen, esta doctrina protege a las personas de discursos no deseados que no pueden evitar. Los jefes de hogar no pueden

[510] *Id.* en 791 (se omiten comillas internas).

[511] *Véase* Peter N. Salib, *The Pigouvian Constitution*, 88 U. Chi. L. Rev. 1081 (2021).

evitar sus propios buzones de correo. Por lo tanto, pueden impedir que anuncios no deseados los llenen, incluso si hacerlo restringe la libertad de expresión de los remitentes. De manera similar, los jefes de hogar no pueden evitar sus puertas principales, por lo que pueden negar la entrada a vendedores que llamen a ellas. La doctrina permite al estado prohibir protestas frente a un hogar y anuncios políticos en el transporte público.

Sin embargo, la doctrina tiene límites. Un hombre caminó por un tribunal vistiendo una chaqueta con la frase: "que se joda la conscripción forzada" ("Fuck the Draft"). En *Cohen v. California*, la Corte Suprema sostuvo que el estado no podía prohibir esto. La Corte concedió que probablemente había "oyentes o espectadores involuntarios" del mensaje. Sin embargo, podían "evitar… el bombardeo a sus sensibilidades simplemente apartando la vista". En opinión de la Corte, nadie en el tribunal fue obligado a soportar la expresión ofensiva.
La doctrina de la audiencia cautiva podría parecer desconcertante. El discurso de odio, las "palabras provocadoras" y otros tipos de expresión perjudican a algunos oyentes, pero los tribunales generalmente los protegen. ¿Qué cambia en el cálculo legal cuando hay una audiencia cautiva?

Anteriormente analizamos casos donde dos derechos entran en conflicto. Por ejemplo, en *Masterpiece Cakeshop*, el derecho a la igualdad de una pareja gay chocaba con el derecho a la libertad religiosa del panadero. Proporcionamos una ayuda para resolver tales casos: los tribunales deberían favorecer a la parte con menos opciones, ya que menos opciones implican mayores pérdidas. ¿Puedes usar este principio para defender la doctrina de la audiencia cautiva? ¿Apoya esto la decisión de la Corte en *Cohen*?

3.5. El discurso mercantil

Hasta ahora, nos hemos concentrado en el discurso político, conteniendo éste las expresiones que se hacen sobre asuntos políticos, de *policy* e ideas que se tienen más en general. Cuando los vendedores de revistas en *Rowan* enviaron anuncios por correo, participaron en un tipo diferente de discurso denominado habla mercantil o discurso comercial. El habla comercial suministra información para generar ganancias, como cuando una empresa te anima a comprar refrescos o entradas de cine. Las personas están constantemente expuestas al discurso mercantil en la televisión, la radio, los anuncios y el internet.

A partir de la década de 1970, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que la Primera Enmienda ofrece cierta protección para algunos discursos comerciales. Sin embargo, esta protección es limitada. No exploraremos la doctrina en detalle, pero aquí hay algunos aspectos destacados[512]. El estado puede regular el discurso mercantil que promueve la realización de actos ilegales ("compre heroína aquí") o que engaña a las personas ("los cigarrillos son buenos para la salud"). Incluso si el discurso comercial implica una actividad legal y no es engañoso, el gobierno aún puede regularlo en ciertas circunstancias. Por ejemplo, el estado puede limitar la publicidad que se pone en ciertos espacios con tal de embellecer las ciudades y reducir las distracciones al conducir[513].

Como cuestión de *policy*, uno podría preguntarse si el discurso comercial merece una protección especial frente al estado. El análisis precedente proporciona una razón. Al igual que regular el discurso político puede sofocar la competencia en la política, regular el discurso comercial puede sofocar la competencia en los negocios. A modo de ejemplo, algunas reglas en ciertos estados prohibían a los abogados promocionar sus servicios[514]. Virginia promulgó una ley que prohibía a los farmacéuticos promocionar los precios de los medicamentos[515]. Los tribunales invalidaron muchas de estas restricciones argumentando que bloquean el flujo de información hacia los consumidores[516]. Proteger el discurso mercantil evita que el gobierno restrinja la competencia en los negocios.

La competencia en los mercados es importante. Ayuda a los consumidores y a algunos productores, como los abogados jóvenes que necesitan publicidad para establecer su práctica. Sin embargo, la competencia en los mercados no es tan importante como la competencia en el estado. Esto podría ayudar a explicar por qué el discurso político recibe más protección que el discurso comercial.

[512] Para el precedente clave, véase *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980).

[513] *Véase* Metromedia, Inc. v. San Diego, 453 U.S. 490 (1981). Los tribunales revisan las restricciones al discurso comercial que involucra actividad legal y que no inducen a error utilizando un escrutinio "intermedio".

[514] Para una visión general concisa sobre este asunto, véase Ronald D. Rotunda & John E. Nowak, Principles of Constitutional Law 747–53 (5th ed. 2016).

[515] *Véase* Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U.S. 748 (1976).

[516] *Id.* en 765 ("La publicidad, aunque a veces pueda parecer de mal gusto y excesiva, cuenta, no obstante, como diseminación de información sobre quién produce y vende qué producto, por qué motivo y a qué precio… [L]a asignación de nuestros recursos, en gran medida, se hará a través de numerosas decisiones económicas privadas. Es de interés público que esas decisiones… sean inteligentes y estén bien informadas. Con este fin, el libre flujo de información comercial es indispensable".).

Preguntas

3.5.1. ¿El discurso comercial tiene externalidades positivas? ¿Puedes dar un ejemplo?
3.5.2. En los Estados Unidos, la ley federal permite a los fabricantes de alcohol publicitar sus productos a niños. Sin embargo, no verás un anuncio de cerveza durante un programa de dibujos animados. Los fabricantes de alcohol se autorregulan, lo que significa que se abstienen voluntariamente de hacer publicidad dirigida a menores[517]. ¿Por qué? ¿Se autorregularían si el discurso comercial estuviera protegido como el discurso político?
3.5.3. Una empresa quería publicar en línea instrucciones para fabricar armas con una impresora 3D. Un tribunal federal lo detuvo[518]. ¿Debería la Primera Enmienda proteger el derecho de la empresa a promover la Segunda Enmienda?*

3.6. Difamación

Al igual que el discurso comercial, el discurso político puede inducir a error. Los políticos suelen hacer afirmaciones falsas[519]. Un destacado periodista fabricó historias relativas a crímenes y guerras[520]. Si el discurso político puede inducir a error como el discurso comercial, ¿por qué no regularlo como el discurso comercial?

En los hechos, algo de regulación existe en relación con la expresión política de información engañosa. Considera las normas que regulan la difamación. La difamación ocurre cuando una persona hace una declaración falsa sobre otra que daña su reputación. Por ejemplo, supón que una persona acusa falsamente a otra de cometer delitos, de engañar a su pareja o de votar en contra de un proyecto de ley. Los tribunales permiten que las víctimas de difamación demanden solicitando una indemnización de perjuicios. En general, una víctima debe demostrar que la declaración afirmaba un

[517] *Véase Alcohol Industry Self-Regulation: Who Is It Really Protecting?,* 112 Addiction 57 (2017).

[518] Deanna Paul, *Federal Judge Blocks Publication of 3-D Printed Gun Blueprints*, Wash. Post, 21 de agosto de 2018.

* Nota del traductor: vale la pena recordar que la Segunda Enmienda es aquella que, entre otras cosas, asegura a los ciudadanos estadounidenses el derecho a tener y portar armas.

[519] The Washington Post informa que Donald Trump hizo 10,000 afirmaciones engañosas como Presidente. Glenn Kessler, Salvador Rizzo, & Meg Kelly, P*resident Trump Has Made More Than 10,000 False or Misleading Claims*, Wash. Post, 29 de abril de 2019. Sin duda, otros presidentes también han hecho muchas afirmaciones falsas o engañosas.

[520] Dan Barry, David Barstow, Jonathan D. Glater, Adam Liptak, & Jacques Steinberg, *Correcting the Record; Times Reporter Who Resigned Leaves Long Trail of Deception*, N.Y. Times, 11 de mayo de 2003.

hecho ("es un drogadicto") en lugar de una opinión ("es un idiota"), que un tercero escuchó el hecho, que el hecho es falso, que la víctima sufrió daño y que la persona que hizo la declaración falsa actuó con negligencia.

Considera ese último requisito. ¿Qué es negligencia? Un orador actúa con negligencia cuando realiza esfuerzos insuficientes para encontrar la verdad. Lo que cuenta como insuficiente puede variar. Podría ser insuficiente si un orador no realiza "esfuerzos razonables" para encontrar la verdad. O podría ser insuficiente solo si el orador actúa con "imprudencia temeraria", lo que significa que no hace ningún esfuerzo real por encontrar la verdad.

Esta diferencia es importante, como lo demuestra el caso *New York Times v. Sullivan*[521]. El periódico publicó un aviso en que acusaba a la policía en Alabama de actuar contra los manifestantes por los derechos civiles. Partes del anuncio eran inexactas, y un funcionario demandó al periódico. La Corte Suprema anunció una nueva regla: la Constitución "prohíbe a un funcionario público recibir indemnización de perjuicios por una falsedad difamatoria relacionada con su conducta oficial a menos que demuestre que la declaración fue hecha con 'malicia real'— es decir, con conocimiento de que era falsa o con desprecio temerario sobre si era falsa o no"[522]. El funcionario no pudo cumplir con el exigente estándar de la Corte.

Sullivan es celebrado por proteger la libertad de expresión y la libertad de prensa. Al hacer difícil que los funcionarios presenten demandas por difamación, *Sullivan* evita que presionen a los periodistas para que guarden silencio. Sin embargo, el caso sí limita en alguna medida la expresión política. Si ciertas personas mienten sobre los políticos o si no intentan corroborar sus afirmaciones, podrían ser responsables.

Sullivan balanceó la libertad de expresión con el derecho de los funcionarios a defender sus reputaciones. Al exigir que se pruebe malicia real, la Corte inclinó la balanza a favor de la libertad de expresión. El análisis económico podría justificar esto. Los periodistas internalizan todos los costos de las expresiones políticas que resultan ser engañosas— deben indemnizar los perjuicios en demandas por difamación. Sin embargo, probablemente no internalizan todos los beneficios de las expresiones políticas que resultan ser veraces. Algunos beneficios se trasladan a los oyentes

[521] 376 U.S. 254 (1964).

[522] *Id.* en 279–80.

y la sociedad en su conjunto. Externalizar beneficios incentiva a los periodistas a hablar menos. Al dificultar la presentación de demandas por difamación, *Sullivan* permitió que los periodistas externalicen costos, alentándolos a hablar más.

Sullivan promueve el discurso, la expresión, pero ¿fomenta que haya un discurso veraz? Al escudar a los hablantes de la responsabilidad por la divulgación de información engañosa, Sullivan los empodera a decir la verdad, incluso frente a una oposición poderosa. Sin embargo, la misma protección permite que los oradores tergiversen la verdad con impunidad. Por lo tanto, podemos predecir que Sullivan aumenta tanto el discurso veraz como el engañoso.

Si los oyentes pueden distinguir fácilmente la verdad de la mentira, entonces que haya más discurso siempre es mejor. En este caso, Sullivan promueve un buen estado de cosas. ¿Qué sucede si los oyentes no pueden distinguir fácilmente la verdad de la mentira? En este caso, la ley, al menos en los Estados Unidos, recurre a la teoría del monopolio. Es preferible contar con libertad de expresión y competencia política, incluso si algunos votantes están confundidos, que restringir la expresión y enfrentar el riesgo de un monopolio político. Por supuesto, esto es debatible.

Preguntas

3.6.1. Una editora sabe que la historia de su reportera tiene un 60% de probabilidad de ser verdadera. Publicar la historia aumentará las ganancias del periódico en $100,000. Si es verdadera, la historia generará un beneficio social neto de $1 millón. Si es falsa, causará $500,000 en daños a un funcionario público, quien demandará por difamación. ¿Debería la editora publicar la historia? ¿Sullivan fomenta que la editora tome la decisión eficiente?[523]

3.6.2. Yuri tiene una buena reputación, lo que significa que tiene mucho que perder si alguien lo difama. Zephyr tiene una mala reputación. ¿A quién anima Sullivan a postularse para un cargo político, Yuri o Zephyr?[524]

[523] Esta pregunta se basa en Daniel A. Farber, Free Speech without Romance: Public Choice and the First Amendment, 105 Harv. L. Rev. 554, 569 (1991).

[524] Richard A. Epstein, Was New York Times v. Sullivan *Wrong*?, 53 U. Chi. L. Rev. 782, 799 (1986) ("[L]as personas honestas son vulnerables a pérdidas serias si son difamadas. Cuanto mayor sea su reputación, mayores serán sus posibles pérdidas. Si se eliminan o debilitan los remedios contra la difamación real, una posible respuesta de estas personas es mantenerse fuera del ámbito público [.]").

3.6.3. Supongamos que una persona dispuesta a expresarse en la esfera pública se preocupa por dos cosas: si será hecho responsable de su discurso y si sus oyentes le creerán. Si es fácil probar la difamación, podría ser hecho responsable. Eso "enfría" su discurso. Sin embargo, si es fácil probar la difamación, sus oyentes tienen más probabilidades de creerle. Explique por qué la amenaza de ser hecho responsable puede alentar a las personas a hablar[525].

Noticias falsas y la Primera Enmienda

Algunas personas acusaron a ciertos políticos de dirigir una red de explotación sexual infantil en una pizzería. Las acusaciones eran falsas, pero se difundieron en línea, provocando que un hombre irrumpiera en el restaurante con un arma (fue arrestado) lo que posiblemente afectó una elección presidencial. El "Pizzagate" es un ejemplo destacado del fenómeno de las "noticias falsas". Las noticias falsas son un término nuevo para un problema antiguo: el discurso político engañoso.

¿Puede la ley resolver el problema de las noticias falsas? El desafío es complicado. Para entenderlo, considera un problema análogo: el discurso comercial engañoso. Cuando mentir es rentable, las personas tienen incentivos para mentir. Para hacer esto más concreto, imagina a un vendedor de autos usados que tiene autos buenos y autos malos en su lote. Los autos buenos se venden por más dinero, por lo que el vendedor tiene un incentivo para mentir y decir que todos los autos son buenos. Las mentiras del vendedor distorsionan el mercado. Los compradores pagan por autos que no quieren. O bien, reconociendo que no pueden confiar en el vendedor, los compradores no compran nada, incluso cuando hay autos buenos disponibles.

Aquí tenemos tres estrategias para lidiar con las mentiras comerciales. Primero, el estado puede prohibirlas. Si el vendedor no puede mentir, nadie será engañado. Segundo, el estado puede prohibir el producto sobre el cual se miente. Si el vendedor no puede vender un auto malo, los compradores pueden confiar en que todos los autos en el lote son buenos. Tercero, el estado puede ayudar a las personas a distinguir entre productos. Si los compradores pueden diferenciar entre autos buenos y malos, las mentiras del vendedor no pueden engañarlos. El estado ayuda a distinguir productos, por ejemplo, exigiendo que haya transparencia. A modo de ejemplo, el empaque de los remedios homeopáticos debe indicar: "Los beneficios para la salud de este producto no han sido comprobados".

[525] *Véase* Daniel Hemel & Ariel Porat, *Free Speech and Cheap Talk*, 11 J. Legal Analysis 46 (2019); Yonathan A. Arbel & Murat Mungan, *The Case against Expanding Defamation Law*, 71 Ala. L. Rev. 453 (2019).

Aplica estas estrategias a las noticias falsas. ¿Puede el estado prohibir mentir sobre cuestiones políticas? ¿Puede prohibir la venta de un periódico con historias políticas engañosas? No. El estado puede prohibir la difamación, pero en general no puede prohibir expresiones de discurso político porque la Constitución las protege. ¿Puede el estado ayudar a las personas a distinguir entre noticias verdaderas y falsas? Probablemente no. El estado no puede obligar a las personas a decir: "Mi afirmación es falsa" o "No soy un periodista real". Esto requeriría que el gobierno identificara cuales son las verdades políticas (o quienes son los portavoces de la verdad). La Primera Enmienda le niega ese poder.

Nuestro análisis muestra por qué las soluciones públicas para el problema de las noticias falsas fracasan. ¿Qué pasa con las soluciones privadas? Empresas como Facebook intentan desalentar la propagación de noticias falsas mediante verificadores de hechos e inteligencia artificial. El análisis económico sugiere otra solución. Los fabricantes de buenos productos ofrecen una garantía ("nuestro producto es bueno"). La amenaza de que puede haber *enforcement* estatal (si el producto es malo, se puede demandar a causa de ello) hace que la garantía sea creíble. Las garantías creíbles ayudan a los consumidores a diferenciar productos buenos y malos.

Quienes participan de la discusión pública podrían ofrecer una garantía ("mi discurso es verdadero"). La Primera Enmienda podría impedir que hubiera *enforcement* estatal de esa garantía, pero no impide que exista *enforcement* privado. ¿Por qué quienes participan de la discusión política no garantizan la veracidad de sus afirmaciones? ¿Por qué no se comprometen a un arbitraje privado si alguien afirma que se transgredió la garantía?

4. Actualización Constitucional

Este capítulo ha analizado la creación e interpretación de derechos, con especial atención a los derechos a la igualdad y la libertad de expresión. Aquí ampliamos el análisis a un tema apremiante: la evolución de los derechos. Como ocurre con cualquier ley, redactar un derecho "perfecto" presenta un desafío. Con el tiempo, los hechos cambian y las opiniones se transforman. En consecuencia, puede surgir una situación en la que un derecho —o, en su caso, cualquier ley establecida— quede desfasado respecto a la sociedad. Consideremos un ejemplo: ¿Deberían las parejas del mismo sexo tener derecho a casarse? Hace veinte años, la mayoría de los estadounidenses decía que no, pero hoy la mayoría dice que sí.

¿Cómo deberíamos modernizar una ley que está desactualizada? Hay dos soluciones disponibles: promulgar una nueva ley o reinterpretar la ley existente. Para ilustrarlo, los legisladores pueden proteger el derecho de las parejas del mismo sexo a casarse modificando la redacción de la Constitución de los Estados Unidos. O los jueces pueden proteger su derecho interpretando la ya existente Cláusula de Igualdad de Protección para que abarque su derecho. Los académicos denominan a esta reinterpretación de la ley existente "actualización judicial". En *Obergefell v. Hodges*, la Corte Suprema sostuvo que la Cláusula de Igualdad de Protección otorga a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse[526]. La Corte llevó a cabo una actualización judicial.

La elección entre enmendar la ley o la Constitución y actualizar el derecho mediante la interpretación judicial tiene dimensiones descriptivas, normativas e interpretativas. La dimensión descriptiva involucra hechos: ¿qué institución *potencial o actualmente puede* modernizar el derecho? En los Estados Unidos, muchas personas dirían que la Corte Suprema. La Corte parece actualizar la Constitución con frecuencia, mientras que los legisladores solo la han enmendado 27 veces. La cuestión normativa involucra predicciones y valores: ¿qué institución *debería* modernizar la ley? Finalmente, la cuestión jurídica involucra interpretación: ¿qué institución está *autorizada* para actualizar el derecho? Los legisladores siempre están autorizados para hacer aquello, suponiendo que sigan los procedimientos requeridos. Si los tribunales tienen autoridad para llevar a cabo dicha actualización depende de la ley en cuestión y de enfoques interpretativos, como el originalismo y el pragmatismo.

En los Estados Unidos, la gente discrepa intensamente sobre la elección entre realizar enmiendas legales o actualizar judicialmente el derecho. El análisis económico no puede resolver el desacuerdo, pero sí puede agudizar el debate.

4.1. Las actualizaciones judiciales limitan las enmiendas legales

Un dispositivo de imágenes térmicas revela cuando hay calor. La policía apuntó este dispositivo hacia la casa de Danny Kyllo y observó calor en su garaje. Investigaron y encontraron docenas de plantas de marihuana creciendo bajo luces interiores. Cultivar marihuana iba en contra de la ley. Kyllo argumentó que el uso del dispositivo térmico era ilegal. Específicamente, sostuvo que apuntar

[526] 576 U.S. 644 (2015).

el dispositivo hacia su casa constituía un "registro" bajo los términos de la Cuarta Enmienda de la Constitución[527]. En general, la policía no puede realizar registro ni utilizar evidencia obtenida sin una orden judicial, cuestión de la que carecía la policía.

Apuntar el dispositivo hacia la casa de Kyllo ¿cuenta como un "registro"? La Corte Suprema dijo que sí[528]. Los académicos discrepan sobre cómo enjuiciar esa decisión. A modo de ejemplo, asumamos que la decisión constituyó una actualización judicial. Antes del caso, la Cuarta Enmienda permitía el uso del dispositivo, pero la Corte actualizó la Constitución y lo prohibió.

¿Es problemático este hipotético acto de actualización judicial? La respuesta en parte depende de si la acción informa o impide el proceso de enmienda legislativa.

Una acción informa otra cuando le suministra información, pero no vuelve inevitable que esa acción ocurra. Animar a tu cónyuge a llevar un paraguas no lo obliga; puede decidir dejar el paraguas en casa. Sin embargo, el estímulo puede aportar información (quizás verificaste el pronóstico del tiempo) que podría llevar a una mejor decisión. Animar a alguien a usar el paraguas *informa* o influencia una decisión ajena. Por el contrario, una acción de impedimento bloquea una decisión. Cuando ordenas a tu hijo que lleve un paraguas, impides que salga sin él, independientemente de si llevarlo es una buena idea o no. Tu acción impide la decisión de otro.

Caractericemos la decisión en *Kyllo* como informativa para el legislador. La Corte tuvo que tomar una decisión en un asunto donde se encontraban asuntos como el *enforcement* de la ley, la privacidad y la tecnología. La Corte concluyó que la mejor decisión era aquella que prohibía el uso de dispositivos térmicos sin una orden judicial. Esa decisión informa a los legisladores al transmitir las opiniones reflexivas de los jueces sobre el tema. Sin embargo, la decisión de la Corte no ata al legislador. La Corte resolvió solo un caso sobre un criminal. Los legisladores pueden resolver todos los casos futuros según su preferencia, modificando la ley constitucional sobre dispositivos térmicos. Tienen la misma libertad para hacerlo antes y después del caso.

[527] U.S. Const. enmienda. IV ("El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto órdenes que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas").

[528] Kyllo v. United States, 533 U.S. 27 (2001).

Caracterizada de esta forma, la actualización judicial podría no parecer controvertida. Sin embargo, esta caracterización es inexacta. La actualización judicial no simplemente informa el proceso de enmienda, también puede impedirlo. La Figura 29 ilustra por qué. La figura nos da la oportunidad de repasar herramientas del capítulo anterior.

Siete legisladores, de *j* a *p*, tienen autoridad para enmendar la constitución y aparecen en la figura en sus puntos ideales. La ley constitucional vigente coincide con *j*. La ley está desactualizada en el sentido de que está lejos del centro político. Los legisladores operan bajo una regla de votación de 5/7.

Si los legisladores enmiendan la ley, pueden moverla de j a cualquier punto dentro del conjunto ganador, que se extiende de *j* a *n*. Tienen muchas opciones. Supongamos que la opción preferida del legislador es *m*. Si el legislador mueve la ley a *m*, esta se estabilizará. Los legisladores no pueden enmendar la ley una vez que entra al conjunto de equilibrio.

En lugar de que los legisladores enmienden la ley, supongamos que un tribunal actualiza la ley. Si el tribunal mueve la ley dentro del conjunto de equilibrio, se adelanta al legislador y le impide por completo actuar. Por ejemplo, supón que el tribunal mueve la ley a *n*. No más de cuatro legisladores apoyarán mover la ley a la izquierda de *n*, y no más de dos apoyarán mover la ley a la derecha de *n*. Se necesitan cinco votos para enmendar la ley. Así, la ley permanece en n, aunque el legislador prefiera *m*. La actualización judicial se adelanta e impide que el legislador tome una decisión.

La actualización judicial no siempre se adelanta y ata de manos al legislador. En lugar de n, supongamos que el tribunal mueve la ley al punto marcado como *I* (donde *I* significa "interpretación"). Este acto de actualización es menos dramático. El punto *I* está fuera del conjunto de equilibrio, lo que significa que el legislador puede enmendar la ley. Sin embargo, el legislador está constreñido. Desde *I*, los legisladores solo pueden mover la ley a puntos dentro del estrecho conjunto ganador. No pueden mover la ley a su punto preferido, *m*.

En general, las actualizaciones judiciales constriñen las enmiendas de los legisladores. Cuando los jueces mueven la ley más cerca del centro político, reducen las opciones legislativas. Cuando los jueces mueven la ley lo suficientemente cerca del centro, se adelantan a e impiden cualquier decisión legislativa.

La Corte Suprema resolvió *Kyllo* en 2001, cuando los dispositivos de imagen térmica eran escasos. En aquel momento, las personas tenían una expectativa razonable de que otros no podían detectar el calor emanando de sus hogares. Hoy en día, cualquiera puede comprar un dispositivo térmico a bajo

precio. La privacidad ha cambiado, pero el uso de un dispositivo térmico por parte de la policía aún constituye un registro. El Congreso no ha modificado la ley constitucional sobre imágenes térmicas. Si la decisión de la Corte en *Kyllo* simplemente informó al Congreso, se podría concluir que el hecho de que el Congreso no haya modificado la ley significa que la Corte acertó. Una vez que se comprende el concepto de leyes atrincheradas, se puede identificar el defecto de este argumento.

Preguntas

4.1.1. En la Figura 29, supón que el tribunal actualiza la ley moviéndola a un punto a la izquierda de *j*. ¿Qué efecto tiene esto en el poder del legislador para hacer enmiendas?
4.1.2. La actualización judicial por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos se adelanta a e impide la decisión del Congreso más que la actualización judicial de la corte suprema de Alabama hace lo mismo respecto de la legislatura de Alabama. ¿Por qué?

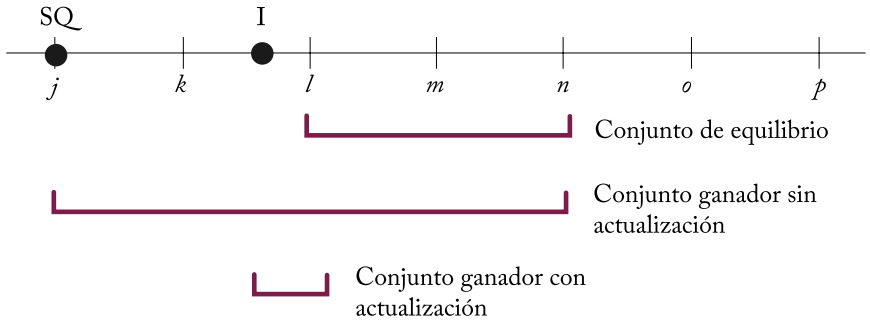
4.2. Ventaja Institucional y Cambio Constitucional

Hemos demostrado que la actualización judicial constriñe el proceso de enmienda. ¿Es esto perjudicial? Depende. Si las legislaturas tienden a tomar mejores decisiones que los tribunales, es decir, decisiones que promuevan mejor el bienestar, entonces la actualización judicial sería desaconsejada. Los tribunales interfieren con una institución superior. Sin embargo, si los tribunales tienden a tomar mejores decisiones que las legislaturas, entonces la actualización judicial debería fomentarse.

Los académicos han presentado numerosos argumentos sobre si acaso y cuándo los tribunales toman mejores decisiones que las legislaturas. Nosotros reducimos el debate a dos factores: información y costos de transición.

Parte con la información. La mejor decisión en un negocio es aquella que maximiza las ganancias, que son iguales a los ingresos menos los gastos. Para tomar la mejor decisión, los CEOs necesitan información sobre los ingresos y gastos asociados con diferentes estrategias comerciales. Al igual que las ganancias en los negocios, la mejor decisión en la ley promueve uno o más valores. El valor podría ser el bienestar social, o podría ser algo como la igualdad, la libertad o cualquier otra cosa. Para el propósito de este ejemplo, nos centraremos en el bienestar social. Para maximizar el bienestar, los legisladores necesitan información sobre los beneficios y costos del cambio legal.

Figura 29. Efecto de la Actualización Judicial sobre las Enmiendas



Para afilar nuestra discusión sobre costos y beneficios, considera la Figura 30. Los votantes *j* a *p* aparecen en sus puntos ideales, y la constitución actual coincide con *j*. La curva captura el beneficio asociado con mover la constitución desde *j* hacia el centro político. La línea etiquetada CL muestra los costos de transición. Dada esta configuración, mover la constitución desde j a cualquier punto en el "conjunto de bienestar C_L" aumentaría el bienestar. Mover la constitución desde *j* hasta *l* maximizaría el bienestar.

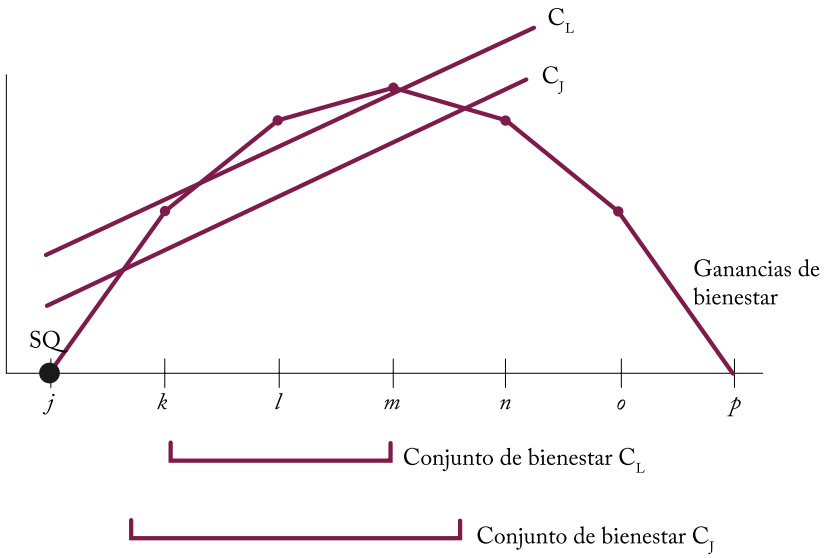
Si los legisladores fueran omniscientes, podrían mover la constitución desde *j* hasta *l* para maximizar el bienestar social. En realidad, los legisladores carecen de información. No conocen la forma de la curva de beneficios. Si el votante *k* tiene preferencias intensas, la curva se inclinará hacia la izquierda, pero si el votante o tiene preferencias intensas, se inclinará hacia la derecha. Asimismo, no conocen los detalles de los costos de transición. La línea podría partir en un punto más alto o más bajo, y podría ser más empinada o más plana. En lugar de una línea, los costos de transición podrían seguir una curva. Sin buena información, los legisladores toman decisiones subóptimas. Podrían no maximizar el bienestar, como cuando mantienen el statu quo en *j* en la Figura 30. Podrían reducir el bienestar, como cuando mueven la constitución a *k* en la Figura 30.

En general, la buena información promueve cambios legales beneficiosos, mientras que la mala información permite cambios legales perjudiciales.

En contraste con los legisladores, la mayoría de los jueces están aislados de la política. En lugar de hablar con votantes y cabilderos sobre muchos temas, los jueces adjudican casos sobre pocos temas. En lugar de especializarse en áreas específicas de *policy* (las legislaturas se dividen en comités, como el Comité de Finanzas en el Senado de los EE. UU.), los jueces son generalistas. Los casos judiciales no siempre son representativos de las disputas de la sociedad, como explicará un capítulo posterior. Por estas razones, probablemente los legisladores tengan mejor información que los jueces.

Ahora que hemos discutido la información, consideremos los costos de transición. Algunos costos de transición no dependen de la institución que cause la transición. Cuando la Decimoctava Enmienda a la Constitución de los EE. UU. prohibió el alcohol, los destiladores, propietarios de bares y otros incurrieron en costos. Las mismas personas habrían incurrido en los mismos costos si la prohibición se hubiera originado con jueces en lugar de legisladores. Otros costos de transición sí dependen de la institución que promueve una reforma. Para entender por qué, recuerda que los costos de transición abarcan todos los costos asociados con el cambio legal. Por lo tanto, los costos de transición incluyen todos los actos que son necesarios para cambiar leyes: recopilar información, deliberar y votar. Los costos de transición también incluyen costos de oportunidad. El tiempo dedicado a un tema, como la prohibición de imponer cadena perpetua a menores, es tiempo que no puede dedicarse a otros temas como terrorismo, inmigración y el presupuesto.

Figura 30. Actualización por Legisladores y Jueces



En los Estados Unidos, enmendar la Constitución requiere el apoyo de dos tercios de los miembros de ambas cámaras del Congreso. Además, las enmiendas necesitan el apoyo de al menos 38 estados. Los costos de recopilar información, deliberar y votar (sin mencionar regatear, hacer amenazas, adoptar posturas grandilocuentes y negarse a ceder) son mucho mayores para miles de legisladores dispersos a lo largo del territorio que para nueve jueces del Tribunal Supremo. Asimismo, los costos de oportunidad de miles de legisladores que consideran un cambio constitucional probablemente exceden los costos de oportunidad de unos pocos jueces.

La Figura 30 captura estas ideas. La línea C_L muestra los costos de transición que enfrenta la sociedad cuando los legisladores enmiendan la constitución, y la línea C_J muestra los costos de transición que enfrenta la sociedad cuando los jueces actualizan la constitución. Dado que los costos de transición son menores para los jueces, el conjunto de bienestar C_J es relativamente amplio. Los jueces tienen más margen para cometer errores.

Ahora podemos caracterizar la elección entre enmiendas constitucionales y actualización judicial. Las enmiendas colocan la carga del cambio constitucional en los legisladores, quienes tienen mejor información que los jueces. La actualización coloca la carga en los jueces, quienes generan menos costos de transición que los legisladores. Los legisladores tienden a tomar decisiones más informadas a un costo alto, mientras que los jueces tienden a tomar decisiones menos informadas a un costo relativamente bajo. Las enmiendas superan a la actualización cuando la ventaja de los legisladores en información supera la ventaja en transición de los tribunales.

Puesta de esta manera, la elección entre enmiendas y actualizaciones judiciales se asemeja a un problema de delegación. El próximo capítulo analizará la teoría de la delegación en detalle. Por ahora, considera un experimento mental para ilustrar el punto. Un médico experimentado está realizando una cirugía en un paciente cuando otro paciente llega con dolor de garganta. ¿Debería el médico interrumpir la cirugía para atender al segundo paciente? ¿O debería dejar que una enfermera con poca experiencia atienda al segundo paciente? El médico sabe más, pero tiene mayores costos de oportunidad. A veces, la enfermera debería atender al paciente. En este ejemplo, el médico se asemeja a una legislatura y la enfermera a un tribunal.

Preguntas

4.2.1. En la Figura 30, ¿estaría mejor la sociedad si los legisladores movieran la constitución de j a l o si los jueces la movieran de *j* a *m*?
4.2.1. Los reportes que entregan los *amicus curiae* son documentos presentados a los tribunales por terceros. Proporcionan información que los jueces y las partes del caso podrían no tener. En el siglo XIX, estos reportes eran escasos, pero hoy son comunes. ¿Fortalecen o debilitan dichos informes el argumento a favor de la actualización judicial?
4.2.3. En general, los costos de transición son menores cuando las personas pueden anticipar el cambio legal. ¿Es más fácil anticipar el cambio legal cuando los legisladores votan o cuando los jueces adjudican?

4.2.4. ¿Es más fuerte el argumento a favor de la actualización en los estados que eligen a sus jueces directamente que en aquellos donde son electos indirectamente?[529]
4.2.5. Algunos legisladores están capturados por intereses especiales y algunos jueces pueden estar en las nubes o ser incompetentes. ¿Deberían estos hechos influir en la elección entre enmiendas y actualización judicial?

4.3. Atrincheramiento y Actualización

Hemos vinculado el análisis de la actualización judicial a los costos de información y transición. Nuestro razonamiento desaconseja con especial fuerza la actualización judicial respecto de cuestiones técnicas donde el legislador tiene un conocimiento superior. Por el contrario, nuestro razonamiento alienta especialmente la actualización cuando, por ejemplo, el país enfrenta guerras u otras emergencias nacionales. En tales casos, los costos de oportunidad de los jueces, que son un componente de los costos de transición, son mucho más bajos que los costos de oportunidad de los legisladores.

De hecho, los costos bajos de transición no son la única ventaja que los tribunales tienen sobre los legisladores. A diferencia de los procesos de enmienda legislativa, el proceso judicial generalmente no contiene reglas de supermayoría. En consecuencia, los jueces pueden realizar cambios en la ley que los legisladores no pueden.

Recuerda la distinción entre costos de transición variables, que crecen con la magnitud del cambio legal, y costos de transición fijos, que siempre se manifiestan en la misma magnitud. Los cambios legales incrementales son mejores cuando hay costos variables, mientras que los cambios sustanciales son mejores en presencia de costos fijos. La Figura 31 lo ilustra. Partiendo de un precepto jurídico en *j*, y dados los costos variables indicados por la línea *V*, la ley debería moverse de manera incremental dentro del "conjunto de bienestar *V*". Dados los costos fijos indicados por la línea *F*, la ley debería moverse con fuerza hacia el "conjunto de bienestar *F*".

En la Figura 31, el cambio legal que *debería* realizarse depende de los costos de transición. Sin embargo, el cambio que *puede* realizarse depende de la regla de votación. Supongamos que los votantes de *j* a *p* usan una regla de 6/7. Reemplazarán la ley en *j* con una ley dentro del conjunto ganador. Esto es óptimo dada la existencia de costos variables; el "conjunto de bienestar *V*" y el

[529] *Cf.* David E. Pozen, *Judicial Elections as Popular Constitutionalism*, 110 Colum. L. Rev. 2047 (2010).

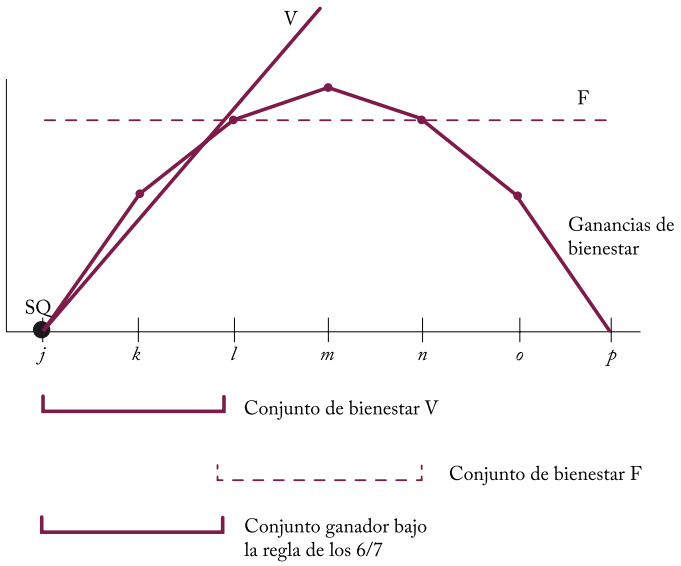
conjunto de victoria se alinean. Todos los cambios posibles en la ley aumentan el bienestar. Sin embargo, esto es perjudicial en presencia de costos fijos. El conjunto de victoria no se alinea con el "conjunto de bienestar *F*". Si los costos de transición son fijos, todos los posibles cambios en la ley reducen el bienestar.

En la Figura 31, una enmienda constitucional no puede resolver el problema de los costos fijos. La actualización judicial sí puede. Un tribunal puede actualizar la constitución moviendo la ley de j a un punto en el conjunto de bienestar *F*. Los tribunales pueden lograr lo que los legisladores no pueden.

Esta observación fluye de la teoría interpretativa de las transiciones descrita en el capítulo anterior. Si los jueces van a actualizar el derecho constitucional, deben prestar atención a los costos de transición. La presencia de costos de transición fijos implica que los legisladores no pueden promover el bienestar, pero que los tribunales sí, y que una actualización sustancial, en lugar de la incremental, es la mejor opción.

Hemos demostrado que los jueces pueden mejorar el bienestar social cuando los legisladores no pueden. Esto no implica que los jueces deban actualizar judicialmente el derecho. Los legisladores están constreñidos por reglas de votación y altos costos de transición, pero tienden a tener mejor información. Los jueces que tienen información deficiente podrían tomar decisiones perjudiciales. Nuestro objetivo no es argumentar que la actualización judicial supera a la enmienda legislativa como método de actualizar el derecho, sino mostrar cuándo y por qué podría ser así.

Figura 31. Cambio Legal y Costos de Transición



Preguntas

4.3.1. Según el análisis anterior, un tribunal con buena información puede promover el bienestar al realizar cambios legales de mayor magnitud que los que los legisladores pueden hacer. ¿Puede un tribunal bien informado promover el bienestar realizando un cambio legal de menor magnitud que el que los legisladores buscan realizar?

4.3.2. En los siglos XIX y XX, los jueces en los Estados Unidos actualizaron gradualmente el *common law.* Hoy en día, los académicos argumentan que la Corte Suprema de los Estados Unidos actualiza la Constitución de la misma gradual manera[530]. Utiliza la teoría interpretativa de las transiciones para criticar la práctica de la Corte Suprema.

[530] *Véase, por ejemplo,* David Strauss, The Living Constitution (2010).

Conclusión

Este capítulo aplica la teoría del atrincheramiento a problemas de derecho público. Específicamente, el capítulo se centra en los derechos, un común e importante tipo de norma atrincherada. Distinguimos entre derechos Coaseanos y Hobbesianos, analizamos la enajenabilidad de los derechos y consideramos conflictos entre ellos. Luego examinamos dos derechos fundamentales en detalle: la igualdad y la libertad de expresión. Demostramos que ambos derechos ceden en ciertas circunstancias. Esto es consistente con nuestra interpretación de los derechos como generalizaciones fiables sobre el mejor curso de acción. En algunas circunstancias, el estado puede superar esas generalizaciones fiables. Concluimos examinando el cambio constitucional. Las leyes atrincheradas cambian mediante enmiendas legislativas y actualizaciones judiciales realizadas por los tribunales. Cada enfoque tiene ventajas y desventajas. A lo largo del capítulo, hemos tratado de refinar cómo pensamos acerca del derecho público. El análisis económico ayuda a disipar parte de la niebla que rodea a los derechos y el derecho constitucional, aunque no siempre nos provee de la mejor solución.

Octava Parte
Teoría de la Delegación

Teoría de la Delegación

El Fiscal General depende y confía en sus subordinados para que estos hagan cumplir las leyes, en lugar de hacerlo el mismo. El jefe de la Agencia de Protección Ambiental depende que científicos analicen el agua contaminada, en lugar de hacerlo él mismo. El jefe de policía confía en sus subordinados para que estos emitan multas a personas por manejar con exceso de velocidad, en lugar de hacerlo personalmente. En una estructura jerárquica, los funcionarios superiores delegan autoridad a los funcionarios inferiores. Quienes se dedican a la teoría política suelen señalar que es de la esencia de un gobierno representativo que exista delegación de autoridad. En lugar de hacer las leyes ellos mismos, los ciudadanos en una democracia eligen representantes para que hagan las leyes en su nombre.

Delegar ahorra esfuerzo, tiempo, energía, concentración y recursos materiales al delegante. Sin embargo, delegar también otorga discreción al delegado. Un delegado perfectamente leal utiliza dicho espacio de discreción para defender los propósitos del delegante. Un delegado imperfectamente leal utiliza la discreción para perseguir en sus propios fines. Por lo tanto, la delegación lleva a que haya menos desgaste, pero va de la mano con el riesgo de desviación de poder*. Para ponerlo en términos más concretos, los tribunales de apelaciones en los Estados Unidos deciden sobre controversias de derecho por sí mismos (realizan una revisión *de novo*), pero confían en los hallazgos fácticos o de hecho de los tribunales inferiores. Los tribunales de apelaciones efectivamente delegan la determinación de los hechos a los tribunales de primera instancia[531]. La mayor parte del tiempo, los tribunales inferiores realizan su función de manera concienzuda. Sin embargo, a veces, los tribunales inferiores pueden manipular la manera en que quedan fijados los hechos, para así promover el resultado que prefieren. Al manipular los hechos, el tribunal inferior determina la decisión de derecho que tomará el tribunal superior.

* Nota del traductor: en la versión original del libro, el término utilizado es “diversion of purpouse”, que en términos literales significaría “desviación del propósito”. Opté por usar el término desviación de poder, un concepto jurídico tradicional del derecho administrativo continental, pues se refiere a cuestiones esencialmente similares. Con todo, dado que este término no es el utilizado por Cooter y Gilbert, el lector debe notar que cuando se usa el término en esta traducción, a dicho uso de no se le debe imputar todo lo que tradicionalmente asocia la doctrina administrativista continental.

[531] Algunos lectores podrían decir que los tribunales de apelación *no* delegan la determinación de hechos a los tribunales de primera instancia porque no eligen hacer aquello, simplemente es algo que el derecho exige. Las Reglas Federales de Procedimiento Civil requieren que los tribunales de apelación se sometan a los hechos a menos que la determinación sea "claramente errónea". Más adelante diremos más sobre lo que significa delegación en el derecho público. Por ahora, señalamos que, aunque la ley exige deferencia en la determinación de hechos, los tribunales de apelación tienen cierta discrecionalidad al decidir qué se considera "claramente erróneo".

El *trade off* entre esfuerzo y desviación de poder es fundamental cuando alguien debe decidir si ejercer su autoridad directamente o delegarla a otro. La Parte I de este capítulo modela este *trade off* como el "juego de delegación". Además de decidir cuándo delegar, un líder debe decidir si imponer reglas al delegado o permitir que el delegado actúe discrecionalmente. Al restringir las opciones del delegado, las reglas dificultan la desviación de poder. Sin embargo, las reglas también merman la flexibilidad. La Parte II modela este *trade off* como el "juego de la regla". La Parte III proporciona un análisis normativo de los juegos de delegación y de la regla, y la Parte IV aplica el análisis a problemas interpretativos. El capítulo ayuda a responder preguntas como estas:

> *Ejemplo 1:* En un caso de 1935 denominado *Schechter Poultry,* la Corte Suprema invalidó una ley que facultaba al Presidente para crear y hacer *enforcement* de reglas de "competencia justa"[532]. La Corte razonó que el poder legislativo (el Congreso) no podía delegar tal autoridad al poder ejecutivo (el Presidente). Hoy en día, el Congreso delega rutinariamente autoridad al poder ejecutivo. ¿Ha cambiado el significado de la Constitución desde 1935?
> *Ejemplo 2:* Los ciudadanos pueden impulsar muchas leyes que aplican a nivel de cada estado o a nivel local a través de iniciativas populares, pero no pueden impulsar de la misma manera leyes federales. La Constitución de los Estados Unidos otorga todo el poder legislativo federal al Congreso. ¿Por qué los ciudadanos deberían delegar la creación de todas las leyes federales, pero no de todas las leyes estatales y locales?
> *Ejemplo 3:* Los Fiscales Generales son persecutores designados por el Presidente para hacer cumplir las leyes federales. Sus asistentes son abogados competentes seleccionados a través de procedimientos menos políticos. En 2006, el Presidente George W. Bush despidió a varios Fiscales Generales a mitad de su mandato, pero no despidió (ni podía despedir) a sus asistentes[533]. Al decidir quién hará cumplir las leyes federales, ¿dónde debería terminar la política?
> *Ejemplo 4:* En *Brown v. Board of Education*, la Corte Suprema ordenó a los estados poner fin a la segregación racial con "toda la rapidez deliberada"[534]. Ese lenguaje vago permitió que algunos estados permanecieran segregados durante muchos años. La Corte podría haber usado un lenguaje más preciso, ordenando que hubiera integración, por ejemplo, para el "1 de enero de 1957". ¿Cuándo deberían las órdenes ser vagas y cuándo deberían ser precisas?

De distintas formas, la delegación impregna todo el derecho público. Este capítulo desarrolla su teoría positiva, normativa e interpretativa.

[532] A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935).

[533] Ari Shapiro, *Timeline: Behind the Firing of Eight U.S. Attorneys,* NPR, 15 de abril de 2007.

[534] Brown v. Board of Educ. of Topeka, Kan., 349 U.S. 294, 301 (1955).

1. El Juego de la Delegación

En 2016, el Congreso promulgó 216 estatutos, y las agencias federales emitieron 3.853 regulaciones. Como muestran las cifras, la mayoría de las normas federales provienen de agencias administrativas como la Agencia de Protección Ambiental (EPA, por sus siglas en inglés), la Comisión de Bolsa y Valores (SEC, por sus siglas en inglés) y el Departamento de Educación. Cada agencia y cada regulación dice relación con un acto de delegación. Las agencias y la delegación van de la mano, como el pan y la mantequilla. Por lo tanto, utilizamos una agencia como ejemplo para estudiar la teoría positiva de la delegación. Comenzamos estudiando decisiones binarias, como cuando una persona elige entre delegar o no. Luego consideramos decisiones continuas, como cuando una persona puede delegar más o menos. Finalmente, analizamos una situación común en el ámbito legal: cuando múltiples actores, como el Congreso y el Presidente, cooperan para delegar autoridad a una sola agencia, como la EPA.

1.1. Principales y Agentes

El Departamento de Salud y Servicios Humanos tiene como objetivo proteger la salud y el bienestar de los ciudadanos de los Estados Unidos. Supón que el Secretario de Salud y Servicios Humanos, quien lidera el Departamento, propone mejorar la atención prenatal haciendo la remuneración dependiente del desempeño. Los médicos cuyos pacientes experimenten mejores resultados recibirán más dinero. El Secretario podría implementar el plan directamente supervisando sus detalles, pero eso la distraería de otros asuntos importantes. Por otro lado, podría delegar poder a un administrador, lo cual le ahorraría tiempo valioso. Sin embargo, después de delegar poder, el Secretario estaría demasiado alejado de las operaciones diarias como para observar el trabajo del administrador en detalle. En lugar de mejorar la atención prenatal, el administrador podría preferir centrarse en la atención de emergencia, que es su especialidad. ¿Debería el Secretario delegar la autoridad al administrador para ejecutar su plan?

Los economistas plantean una pregunta relacionada. El dueño de un recurso valioso—por ejemplo, un camión de basura, una casa, una corporación, dinero, acciones o un jarrón antiguo—cede su control a otra persona. El dueño se denomina *principal*, y el controlador se denomina *agente*. Los abogados encuentran estos términos cuando lidian con relaciones fiduciarias, como ocurre en el derecho corporativo, bancario y comercial. Al contratar al agente, el problema del principal es incentivar al agente a que persiga los fines del principal, en lugar de desviar recursos hacia los propósitos del agente.

¿Debería el principal ceder el control del recurso al agente? Esto es similar a la pregunta de si el Secretario debería delegar autoridad al administrador para implementar su plan. Para utilizar la teoría de la agencia en el ámbito del análisis económico, este capítulo trata los problemas de delegación como problemas de principal y agente.

Fuera del ámbito gubernamental, los principales y agentes controlan los detalles de su relación. El principal decide si emplear a un agente, qué puede hacer, cómo compensarlo, cuándo despedirlo, y así sucesivamente. Dentro del gobierno, los principales a veces tienen menos flexibilidad. En los Estados Unidos, el Presidente nombra al Fiscal General, pero el Presidente no establece el salario del Fiscal General. La ley otorga al Fiscal General responsabilidades que el Presidente no puede quitar, incluso si lo desea. En situaciones como esta, la teoría de la agencia no aplica perfectamente. Sin embargo, a menudo aplica bien. La teoría de la agencia proporciona un punto de partida útil para el análisis. Cuando un principal delega poder, espera que el agente implementará lealmente su plan. En la práctica, muchos agentes no están a la altura de este ideal. Muchos factores influyen en la fidelidad de un agente, incluidos los intereses privados, el afecto, la prudencia, la audacia y la información. Para simplificar, comenzamos modelando los intereses.

Un agente que actúa en su propio interés desviará recursos hacia sus propios designios cuando la probabilidad de ser detectado por el principal sea baja. La probabilidad de detección depende de lo que el principal pueda observar. Después de delegar autoridad, el principal no puede observar muchas de las acciones del agente, pero usualmente puede observar el éxito o fracaso general del proyecto. Resultados inusualmente buenos en principio muestran que el agente fue leal. Resultados inusualmente malos en principio muestran que el agente fue desleal. Con resultados intermedios, el principal no puede determinar la lealtad del agente.

Además de la lealtad, la suerte influye en el éxito o fracaso de un proyecto. En el ejemplo de la agencia, el plan del Secretario podría fracasar porque su administrador es desleal, o debido a eventos incontrolables, como una escasez de enfermeras o la bancarrota de un asegurador de salud. Cuando el Secretario observa resultados intermedios, no puede determinar si el administrador fue leal pero desafortunado, o desleal y afortunado.

Preguntas

1.1.1. Quién es el principal y quién es el agente: el gobernador y el elector en un estado; el socio y el asociado en un estudio jurídico; el profesor y su ayudante o asistente; el secretario y

el juez en un tribunal; el jefe de policía y un suboficial de policía; el director ejecutivo (CEO, por sus siglas en inglés) y el asesor legal general de la empresa; el Presidente y el Presidente o Director del Banco central?

1.1.2. El *costo de agencia* se refiere al costo que el principal enfrenta debido a la deslealtad del agente. ¿Cuáles de los siguientes son costos de agencia: los ciudadanos sufren cuando los políticos se apropian indebidamente de ingresos fiscales; el Presidente sufre cuando el Fiscal General de Nueva York investiga los negocios del Presidente; el Administrador de la EPA sufre cuando sus funcionarios desarrollan políticas que él desaprueba; las ciudades sufren cuando los estados reemplazan las decisiones locales?

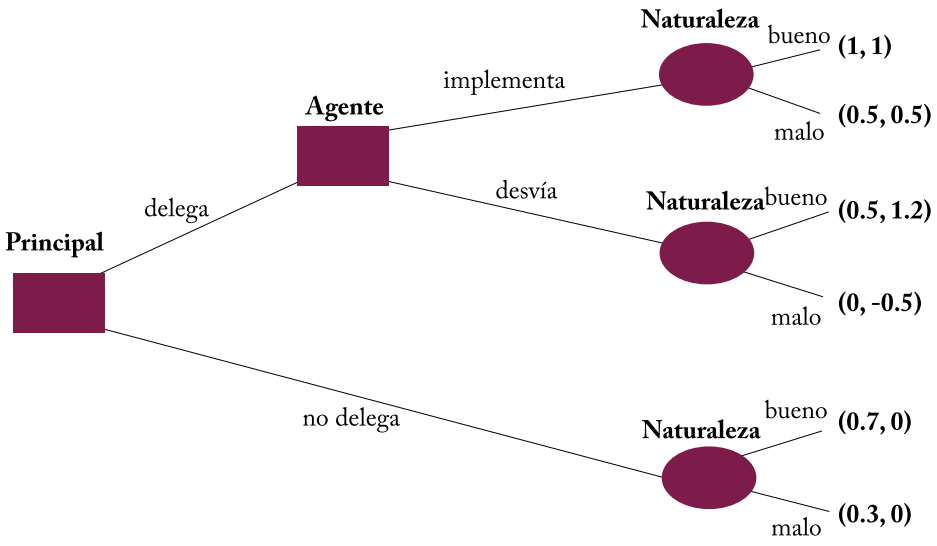
1.2. El Juego Estratégico

Para comprender mejor el problema del Secretario, la Figura 32 representa dicho problema en un árbol de decisiones[535]. En la primera bifurcación del árbol, el principal decide si delegar autoridad o ejercerla directamente. Suponiendo que no delega, el agente no tiene nada que decidir. Suponiendo que delega, el agente, actuando en la segunda bifurcación del árbol, decide si implementar (actuar lealmente) o desviarse de las órdenes (actuar deslealmente). En la última bifurcación del árbol, la buena o mala suerte afecta el éxito del proyecto. Los economistas llaman a la suerte "naturaleza", a la buena suerte un "buen estado de naturaleza" y a la mala suerte un "mal estado de naturaleza".

Habiendo descrito lo que el principal y el agente pueden hacer, ahora describimos lo que obtienen en cada uno de los posibles resultados. Considera el lado derecho de la Figura 32, donde el árbol de decisiones termina en resultados. En cada punto terminal, el beneficio del principal es el primer número y el beneficio del agente es el segundo número. Explicamos los números de arriba hacia abajo. Si el principal delega y el agente implementa, en un buen estado de naturaleza, el principal recibe 1 y el agente recibe 1; en un mal estado de naturaleza, el principal recibe 0.5 y el agente recibe 0.5. Moviéndonos hacia abajo, si el principal delega y el agente desvía, en un buen estado, el principal recibe 0.5 y el agente recibe 1.2; en un mal estado, el principal recibe 0 y el agente recibe -0.5. El beneficio negativo del agente proviene del castigo del principal tras detectar su deslealtad. Moviéndonos aún más abajo, si el principal ejerce el poder directamente ("no delega"), el agente no tiene decisiones que tomar. En un buen estado, el principal recibe 0.7 y el agente recibe 0; en un mal estado, el principal recibe 0.3 y el agente recibe 0.

[535] Nuestro juego de la delegación se asemeja a uno en Robert Cooter, The Strategic Constitution 82 (2000). Este es un juego de delegación simple. Para juegos de delegación más sofisticados, véase, por ejemplo, Sean Gailmard & John W. Patty, *Formal Models of Bureaucracy, 15 Ann.* Rev. Pol. Sci. 353 (2012).

Figura 32. El Juego de Delegación



Preguntas

1.2.1. Si el principal en la Figura 32 obtiene un beneficio de 0, ¿debería castigar al agente? ¿Por qué sí o por qué no?
1.2.2. Si el principal en la Figura 32 obtiene un beneficio de 0.5, ¿debería castigar al agente? ¿Por qué sí o por qué no?

1.3. Cuándo Delegar

Ahora podemos encontrar el equilibrio del juego, esto es, las decisiones que tomarán un principal y un agente cuando actúan de manera auto-interesada. Para resolver el juego, avanza desde la última decisión a la derecha hasta la primera decisión a la izquierda (esto se denomina *inducción inversa*). Suponiendo que el principal delega, la última decisión a la derecha es la elección del agente entre implementar o desviarse del plan del principal. En un buen estado, el beneficio del agente al desviarse del plan del principal supera su beneficio de implementarlo ($1.2 > 1$), por lo que la mejor estrategia del agente es desviarse de dicho plan. Por el contrario, en un mal estado, el beneficio del agente al implementar el plan del principal supera su beneficio de desviarse de éste ($0.5 > -0.5$), por lo que la mejor estrategia del agente es implementarlo. Así, la mejor estrategia del agente depende de si la suerte es buena o mala.

Supón que las partes saben que la probabilidad de que la suerte será buena es p y la probabilidad de que sea mala equivale a $1 - p$. Si la probabilidad p es alta, el agente espera obtener un beneficio de desviarse del plan del principal; por el contrario, si la probabilidad p es baja, el agente espera obtener un beneficio de implementar dicho plan[536].

Habiendo considerado la estrategia del agente, considera la estrategia del principal. El principal debe elegir entre delegar y no delegar. Cuando p es alta, el principal comprende que delegar hará que el agente se desvíe, por lo que el principal obtiene más al no delegar. El principal prefiere 0.7 (no delegar/ suerte buena) a 0.5 (delegar/desviación/buena suerte). Alternativamente, cuando p es baja, el principal comprende que delegar hará que el agente implemente su plan, por lo que el principal obtiene más al delegar. El principal prefiere 0.5 (delegar/implementar/ mala suerte) a 0.3 (no delegar/ mala suerte). En resumen, el principal ejerce el poder directamente o delega dependiendo de si el agente implementará su plan o se desviará de éste, y el agente implementa o se desvía de dicho plan dependiendo de la probabilidad de un buen estado. Para ser precisos, el punto de inflexión en la Figura 8.1 es $p = 5/6$[537]. La solución del juego es:

Si $p \geq 5/6$, el principal ejerce el poder directamente.
Si $p < 5/6$, el principal delega, y el agente implementa.

Podemos aplicar esta lógica a nuestro ejemplo. El Secretario obtiene un mejor resultado si, teniendo un administrador leal, delega, y si, teniendo un administrador desleal, administra el plan él mismo. El administrador obtiene más beneficios actuando deslealmente si no será detectado, y obtiene más beneficios actuando lealmente si será detectado. La presencia de buena suerte lleva hace que la deslealtad no sea detectada, y la mala suerte hace que sí lo sea. Por lo tanto, el Secretario debería delegar si es probable que tenga mala suerte y no delegar si es probable que tenga buena suerte.

Preguntas

1.3.1. La eficiencia se alcanza cuando la suma de los beneficios de las partes se maximiza. En la Figura 32, desviarse del fin del principal ¿es eficiente en algún momento?

[536] La probabilidad p de buena suerte no depende de las elecciones del principal y el agente. La suerte es *exógena*, lo que significa que se determina fuera del juego.

[537] El punto de inflexión se encuentra al igualar la utilidad esperada del agente de implementar el plan del principal con su utilidad esperada cuando se desvía de dicho plan. Habiendo hecho eso, debemos despejar p para obtener el resultado buscado. Así, 5/6 es la solución de $1p + 0.5(1 - p) = 1.2p - 0.5(1 - p)$.

1.3.2. Los contratos óptimos mitigan los costos de agencia. Dado los beneficios en la Figura 32, supón que el principal ofrece al agente el siguiente trato: "Si recibo un beneficio de 1, tú recibirás tu pago usual de 1 más un pago adicional de 0.3". Explica por qué esta oferta hará que el agente implemente el plan del principal en lugar de desviarse de éste.
1.3.3. Considera tres relaciones principal-agente: un director ejecutivo (CEO) y sus gerentes, el Presidente y el Secretario de Defensa, la Corte Suprema y los tribunales inferiores. ¿En cuál de estas relaciones, si acaso en alguna, puede el principal ofrecer el contrato óptimo descrito en la pregunta anterior?
1.3.4. En la Figura 32, supón que el beneficio que recibe el agente de desviarse en un buen estado aumenta de 1.2 a 2. ¿Cuál es la nueva solución del juego?

1.4. Cuánto Delegar

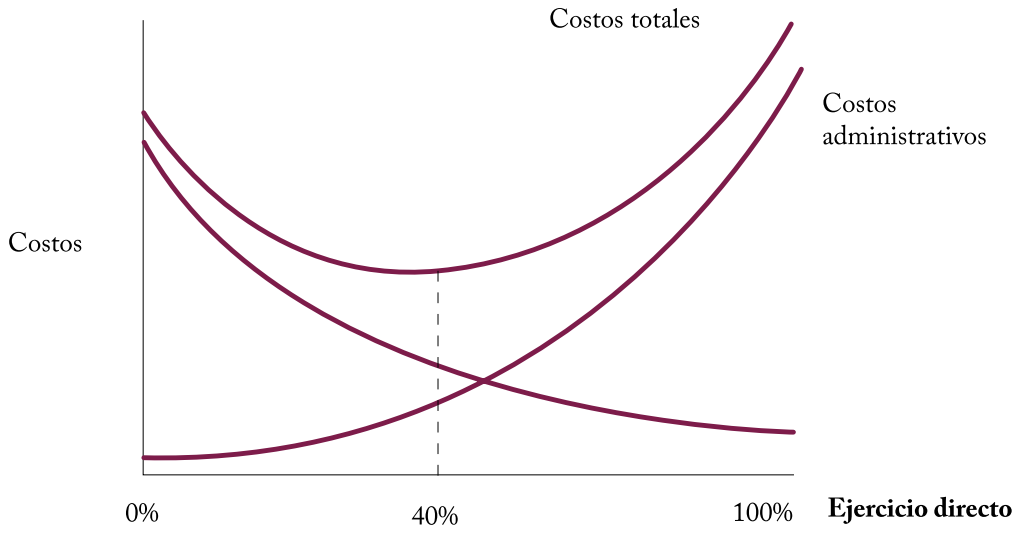
La Figura 32 muestra la delegación como una elección binaria: el principal delega o no delega. En el mundo real, la delegación es a menudo una decisión que se sitúa en un continuo. Los tribunales de apelación siempre pueden deferir a los tribunales inferiores en cuestiones fácticas (delegación completa), nunca deferir en cuestiones fácticas (sin delegación), o deferir salvo que el tribunal inferior haya cometido un "error fáctico claro" (delegación parcial). El Secretario en nuestro ejemplo puede delegar todo, parte o nada de su plan al administrador.

La Figura 33 representa la delegación como una decisión que se realiza sobre un continuo. El eje horizontal mide la proporción de poder ejercido directamente por el principal. Al moverse de izquierda a derecha, el ejercicio directo de poder del principal aumenta del 0 por ciento al 100 por ciento, y la delegación de poder del principal disminuye del 100 por ciento al 0 por ciento. El eje vertical mide dos tipos de costos: administrativos y de desviación. A medida que el principal dedica más tiempo a ejercer el poder directamente (movimiento hacia la derecha en la figura), sus costos administrativos aumentan[538]. Por el contrario, a medida que el principal dedica más tiempo a ejercer el poder directamente, los costos de la desviación de poder disminuyen[539].

[538] Suponemos que, a medida que el principal ejerce más poder directamente, se enfoca primero en asuntos que pueden administrarse a un costo más bajo y luego en aquellos que son más costosos de administrar. Hace primero las cosas más fáciles. En consecuencia, el costo total de administración aumenta a un ritmo creciente a medida que hay un ejercicio más directo del poder.

[539] Suponemos que, a medida que el principal ejerce más poder directamente, se enfoca primero en asuntos que generan el mayor ahorro en costos de desviación y luego en asuntos que generan un menor ahorro en estos costos. Soluciona primero los problemas más graves. En consecuencia, el costo total de desviación disminuye a un ritmo decreciente a medida que hay un ejercicio más directo del poder.

Figura 33. Costos Administrativos y de Desviación



Sumar las dos curvas de costos produce la curva en forma de U etiquetada como "costos totales". Para minimizar los costos totales, el principal selecciona el nivel de delegación correspondiente al punto más bajo de la curva de costos totales: 60 por ciento, o un poco más de la mitad de su poder. Este es el nivel óptimo de delegación del principal en la Figura 33.

Enfócate en la curva de costos totales en la figura. Comenzando desde el origen, un movimiento marginal hacia la derecha —por ejemplo, del 0 por ciento de ejercicio directo al 1 por ciento— genera bajos costos administrativos pero ahorra altos costos de desviación. La curva de costos totales desciende. Asimismo, otro movimiento marginal del 1 por ciento al 2 por ciento de ejercicio directo del poder está asociado con una disminución de los costos totales. Este patrón continúa hasta llegar al 40 por ciento de ejercicio directo del poder. Un movimiento marginal hacia la derecha desde el 40 por ciento genera más costos administrativos que lo que se ahorra en costos de desviación. La curva de costos totales comienza a ascender. La Figura 34 refleja este razonamiento al graficar los costos marginales (las curvas sólidas). La delegación óptima se alcanza cuando los costos administrativos marginales son iguales a los costos de desviación marginales[540].

La Figura 34 nos ayuda a ver cómo varios factores afectan la delegación. En el modelo binario anterior, un aumento en la probabilidad de buena suerte encubre la deslealtad. La Figura 34 refleja esta idea. A medida que la probabilidad de buena suerte aumenta, el agente tiene más probabilidades de desviarse

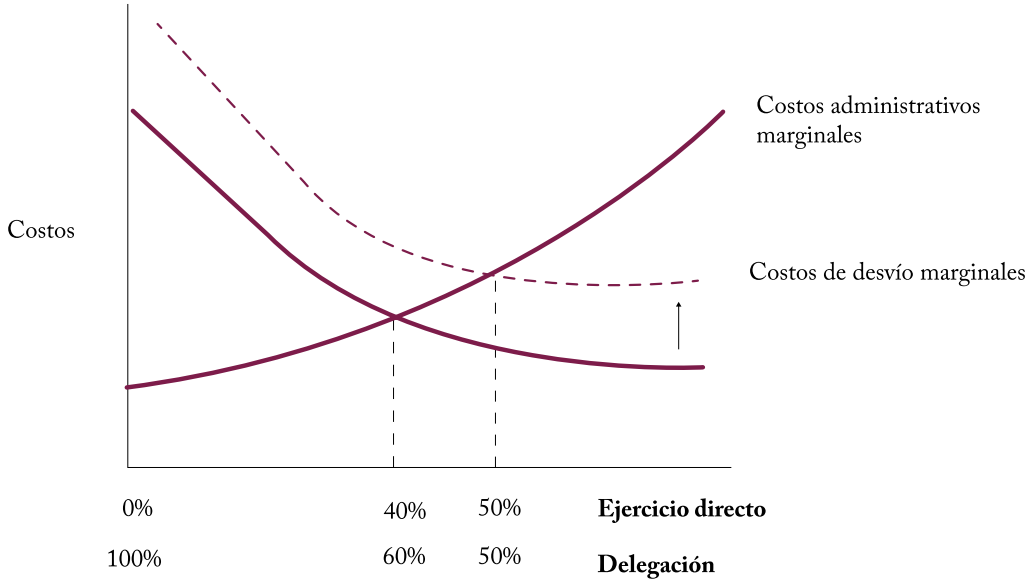
[540] Para el principal, la disminución en los costos marginales de desviación equivale a beneficios marginales.

del objetivo del principal, desplazando hacia arriba el costo marginal de la desviación de poder en la Figura 34 (curva punteada). El nivel de delegación óptima disminuye. Específicamente, el nivel óptimo de ejercicio directo del principal aumenta del 40 al 50 por ciento. De manera equivalente, el nivel de delegación óptima del principal disminuye del 60 al 50 por ciento.

Este razonamiento es general. Si *algo* hace que sea más difícil para el principal monitorear al agente, la curva de costos de desviación se desplaza hacia arriba y la delegación óptima disminuye. Por el contrario, si algo hace que sea más fácil monitorear al agente, la curva de costos de desviación se desplaza hacia abajo. Si el principal contrata auditores o adopta un mejor sistema contable, la delegación óptima aumenta.

Otro factor que afecta la delegación es cuanto divergen los intereses del principal y del agente. En el ejemplo ya mencionado, el Secretario prioriza la atención prenatal y el administrador prioriza la atención de emergencias. Esta divergencia hace que el administrador actúe de manera desleal en ciertas ocasiones, frustrando al Secretario. A medida que sus intereses convergen, el administrador tiene menos incentivos de desviarse. La curva de costos de desviación se desplaza hacia abajo y el Secretario delega más. En general, el *principio del aliado* predice que los principales delegan más cuando los agentes comparten sus objetivos[541].

Figura 34. Delegación óptima



[541] John D. Huber & Nolan McCarty, *Bureaucratic Capacity, Delegation, and Political Reform*, 98 Am. Pol. Sci. Rev. 481, 489 (2004). *Véase también* Jonathan Bendor & Adam Meirowitz, *Spatial Models of Delegation*, 98 Am. Pol. Sci. Rev. 293 (2004).

Preguntas

1.4.1. Es más fácil monitorear a los recolectores de basura que a los espías. ¿Deberían los funcionarios delegar más autoridad a los recolectores de basura que a los espías?
8.10. Explica por qué el nivel de delegación óptima del Presidente a agencias como el Departamento de Agricultura podría aumentar durante tiempos de guerra.
1.4.5. La Secretaria le pregunta a su administrador cuánto costará su plan. Si el plan costará más de 50 millones de dólares, no lo llevará a cabo. El administrador informa que el plan costará 51 millones de dólares. ¿Debería la Secretaria confiar en el administrador? ¿Depende la respuesta de si la Secretaria y su administrador tienen los mismos objetivos?[542]

El Poder de Destitución del Presidente

En 1920, el presidente Woodrow Wilson despidió a Frank Myers, un administrador postal en Oregón. Myers lo demandó, argumentando que el presidente había violado una ley federal que establecía que los "administradores postales... serán nombrados y podrán ser removidos por el presidente con el asesoramiento y consentimiento del Senado". Wilson no había consultado al Senado antes de despedir a Myers. La Corte Suprema rechazó el reclamo de Myers, sosteniendo que la Constitución otorga al presidente el poder de remover a funcionarios del poder ejecutivo, como Myers, a voluntad. Debido a que la Constitución prevalece sobre las leyes, el presidente no estaba obligado a consultar al Senado.

El juego de la delegación puede ayudar a justificar la decisión de la Corte. El presidente nombra a muchos agentes, incluidos los administradores postales. Según el principio del aliado, los costos de desviación disminuyen a medida que los valores del principal y del agente convergen. Al otorgar al ejecutivo amplios poderes de destitución, la Constitución faculta al presidente para despedir a agentes cuyos valores divergen de los suyos.

El poder de destitución del presidente tiene límites. En 1933, el presidente Franklin D. Roosevelt despidió a William Humphrey, un miembro de la Comisión Federal de Comercio (FTC), por razones políticas. Esto violó una ley federal que solo permitía al presidente destituir a un miembro de la FTC por "ineficiencia, negligencia en el deber o mala conducta en el cargo".

[542] Jonathan Bendor, Amihai Glazer & Thomas H. Hammond, *Theories of Delegation*, 4 Ann. Rev. Pol. Sci. 235, 249–51 (2001).

En *Humphrey's Executor v. United States*, la Corte Suprema confirmó la constitucionalidad de esta ley. Mientras que Myers desempeñaba funciones puramente ejecutivas (entrega de correo), Humphrey desempeñaba funciones cuasi-legislativas (investigar prácticas comerciales, informar al Congreso) y funciones cuasi-judiciales (resolver casos sobre competencia desleal). En *Morrison v. Olson*, elaboró la Corte aún más esta doctrina, sosteniendo que las leyes que requieren que el presidente demuestre "causa" antes de destituir a un funcionario ejecutivo son permisibles si no interfieren indebidamente con el deber constitucional del presidente de hacer cumplir la ley.

En lugar de enfocarnos en lo que dice el derecho respecto de estos casos, nos enfocamos en sus consecuencias. Al limitar el poder de destitución del presidente, *Humphrey's Executor y Morrison* socavan el principio del aliado. El presidente podría tener que tolerar a un agente con valores diferentes, aumentando los costos de desviación del presidente. Sin embargo, existen beneficios que compensan por dichas pérdidas.

Considera el problema de los compromisos creíbles. El Congreso y el presidente negocian la creación de una nueva agencia. Ambos preferirían una agencia poderosa a una agencia débil. Sin embargo, el Congreso se muestra reacio a apoyar una agencia poderosa si el presidente tiene control total sobre su administrador. Mediante una amenaza de destitución, el presidente puede presionar al administrador para que persiga las prioridades del presidente e ignore las prioridades del Congreso. Por lo tanto, el Congreso solo apoyará una agencia débil, lo que perjudica tanto al Congreso como al presidente. Para superar este estancamiento y crear una agencia poderosa, el presidente necesita hacer un compromiso creíble de no controlar al administrador. Limitar el poder de destitución del presidente hace que el compromiso sea creíble. *Humphrey's Executor y Morrison* aumentan los costos de desviación del presidente, pero disminuyen los costos de transacción entre el presidente y el Congreso.

Más allá del Congreso, limitar el poder de destitución permite al presidente hacer compromisos creíbles a la ciudadanía. Los votantes prefieren una baja inflación. Sin embargo, el presidente se siente tentado a imprimir dinero, impulsando la economía a corto plazo (antes de las próximas elecciones) pero causando una alta inflación después. Al limitar el poder del presidente para destituir a los banqueros centrales, *Humphrey's Executor y Morrison* ayudan al presidente a comprometerse con una baja inflación.

Finalmente, considera la información. Los principales delegan para aprovechar la experiencia de los agentes. La mayoría de los presidentes saben poco sobre aviones. En lugar de redactar

las regulaciones aéreas ellos mismos, delegan en una agencia, la Administración Federal de Aviación (FAA). ¿Tiene la FAA la mejor información sobre aviones? Investigar sobre aviones es costoso, especialmente cuando la tecnología cambia. Para inducir a la FAA a recopilar información, el presidente necesita otorgar discreción a la FAA para usar esa información y perseguir su visión de una buena política. (¿Harías investigaciones costosas si no pudieras usar luego la información?) Limitar el poder del presidente para destituir a los funcionarios públicos da discreción a la FAA y, por lo tanto, le da un incentivo para adquirir experiencia.

1.5. Rendición de Cuentas versus Experiencia

Hemos analizado el grado óptimo de delegación dado dos tipos de costos: administrativos y de desviación. Este lenguaje puede parecer extraño para los abogados. Al discutir sobre agencias como la FTC y la FAA, los abogados usualmente describen un *trade off* diferente: rendición de cuentas versus experiencia[543]. Delegar poder del Congreso y el Presidente a las agencias sacrifica la magnitud o fuerza de la rendición de cuentas. En lugar de funcionarios electos, burócratas aislados toman decisiones. Sin embargo, esos burócratas poseen experiencia. Diseñar regulaciones sensatas sobre aviación, minería de uranio, puentes, internet, procedimientos médicos y seguridad laboral requiere conocimientos técnicos que la mayoría de los políticos no tienen. Para los abogados, las agencias balancean pérdidas en rendición de cuentas con ganancias en experiencia o conocimiento especializado.

Nuestro análisis captura este *trade off*. Para comenzar, considera la rendición de cuentas. La democracia tiene cadenas de delegación. Los ciudadanos son el principal; el Presidente es el agente de los ciudadanos y el principal de los administradores; y los administradores son los agentes del Presidente. A veces, el Presidente persigue sus propios intereses—hacerse rico, ser reelegido—en lugar de los intereses de los ciudadanos. Esto impone costos de desviación a los ciudadanos.

Así como los presidentes pueden imponer costos de desviación a los ciudadanos, los administradores pueden imponer costos de desviación al Presidente. A los pilotos les gusta volar, a los ingenieros les gusta construir, y a los cirujanos les gusta operar. En lugar de seguir la agenda del Presidente, los administradores prefieren seguir sus propios intereses. Sin la amenaza que son las elecciones democráticas para quienes tienen cargos de elección popular, y dada la naturaleza técnica y opaca de su trabajo, tienen margen para perseguir esos intereses. Esto impone costos de desviación al Presidente, así como a los ciudadanos.

[543] *Véase*, por ejemplo, Francesca Bignami, *From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law*, 59 Am. J. Comp. L. 859 (2011).

En la Figura 34, los "costos marginales de desviación" reflejan la preocupación de los abogados por la rendición de cuentas. A medida que la rendición de cuentas disminuye, los costos de desviación aumentan, lo que implica que es óptimo que haya menos delegación.

Ahora consideremos el *expertise*[*]. Cuando el principal delega menos, ejerce más poder directamente. Esto incrementa sus costos administrativos. El aumento exacto en los costos administrativos depende de la actividad que el principal emprenda. Para actividades técnicas que requieren *expertise*, los costos administrativos del principal son altos: debe aprender sobre aviación, minería de uranio, etc. Generalizando, a medida que un problema político se vuelve más complejo, la curva de costos administrativos se desplaza hacia arriba, lo que implica que es óptima una mayor delegación. Los "costos administrativos marginales" en la Figura 34 reflejan el valor que tiene la experiencia del agente para el principal. A veces el análisis económico genera nuevas ideas, y otras veces aclara ideas existentes. El juego de delegación aclara el debate sobre la rendición de cuentas y el *expertise* al reducir muchos argumentos a un solo gráfico.

Más allá de aclarar el debate, el juego de delegación descubre una solución. Los costos de desviación disminuyen cuando el principal puede monitorear y castigar al agente. El principal generalmente no puede monitorear las actividades diarias del agente. Sin embargo, en el caso de problemas técnicos, los ciudadanos y sus representantes a menudo pueden monitorear los resultados: ¿se estrelló el avión?, ¿hubo fugas en la mina?, ¿se cayó el puente?, ¿se conectó el internet?, ¿sobrevivió el paciente? Por lo tanto, la clave para controlar a los expertos es hacer que los resultados sean claramente observables[544]. Cuando los resultados son claramente observables, los legos pueden emitir juicios de valor y los expertos pueden emitir juicios técnicos.

Preguntas

1.5.1. Un juez recibe un caso difícil. Encontrar la solución correcta requiere *expertise*, que el juez puede adquirir investigando estatutos, la Constitución, precedentes y otros materiales legales. ¿Quién asume el costo de esa investigación, el juez o la sociedad? ¿Quién disfruta

* Nota del traductor: opté por dejar el término expertise, el cual se refiere a la posesión de un conocimiento o habilidad técnica.

[544] *Véase* Bengt Holmstrom & Paul Milgrom, *Aggregation and Linearity in the Provision of Intertemporal Incentives*, 55 Econometrica 303 (1987).

del beneficio si el juez encuentra la solución correcta? ¿El juez dedicará suficiente tiempo a adquirir *expertise*[545]?

1.5.2. En los Estados Unidos, la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (OIRA) revisa las reglas promulgadas por las agencias administrativas antes de que dichas reglas entren en vigor. El administrador de la OIRA es designado por el Presidente. La OIRA solía revisar todas las reglas, entre 2.000 y 3.000 por año. En 1993, el presidente Bill Clinton emitió la Orden Ejecutiva 12.866, que instruyó a la OIRA concentrarse en reglas "económicamente significativas", unas 500 a 700 anualmente[546]. ¿La Orden Ejecutiva 12.866 aumentó o disminuyó los costos administrativos del Presidente? ¿Qué pasa con los costos de desviación del Presidente?

Delegación y Tribunales

El juego de la delegación se aplica al Presidente, a las agencias administrativas, gobernadores, alcaldes, almirantes, jefes de policía y a muchos otros actores gubernamentales. ¿Qué pasa con los tribunales? Los jueces no tienen administradores a quienes puedan delegar decisiones (aunque sí tienen asistentes). Aun así, los académicos han conceptualizado durante mucho tiempo al poder judicial en términos de la relación principal-agente.

Al igual que en otros lugares, los tribunales federales de los Estados Unidos están organizados jerárquicamente, con los tribunales de primera instancia (distrito) en la base, los tribunales de apelación (circuito) en el medio y la Corte Suprema en la cima. Los tribunales de primera instancia realizan juicios de hecho, y los tribunales de apelación revisan esas determinaciones de hecho para ver si hay errores claros, lo que significa que aceptan las conclusiones fácticas del tribunal de primera instancia a menos que detecten un error evidente. Esto equivale a delegar autoridad a los tribunales de primera instancia. La ventaja para los tribunales de apelación es que la delegación les ahorra el tiempo y el esfuerzo de revisar los hechos. La desventaja es que los tribunales de primera instancia pueden cometer (pequeños) errores de hecho o incluso interpretar mal los hechos para lograr los resultados deseados. Los tribunales de apelación revisan *de novo* las conclusiones jurídicas de los tribunales de primera instancia, lo que significa que no las acatan. Esto equivale a ejercer el poder directamente.

[545] *Véase* Gordon Tullock, *Public Decisions as Public Goods, 79* J. Pol. Econ. 913, 914–15 (1971).

[546] Regulatory Planning and Review, 58 Fed. Reg. 51735 (30 de septiembre de 1993).

En general, los tribunales de apelación deben aceptar todas las apelaciones que se presentan en los tribunales de primera instancia, pero la Corte Suprema controla su propia agenda y solo acepta una pequeña fracción (como el 1 o 2 por ciento) de los casos que se le hacen llegar desde tribunales inferiores. En las apelaciones que acepta, la Corte Suprema ejerce poder directamente, y en el resto, delega la autoridad final de toma de decisiones a los tribunales de apelación.

Un rasgo clave del juego de delegación es la capacidad del principal para sancionar al agente. La amenaza de una sanción ayuda a mantener al agente en línea. En los negocios, los principales generalmente pueden contratar y despedir agentes, pero los jueces de tribunales superiores generalmente no pueden contratar ni despedir a los jueces de tribunales inferiores. Sin embargo, los jueces de tribunales superiores pueden sancionar a los jueces de tribunales inferiores de otras maneras: revocando sus decisiones, lo que puede dañar su reputación; devolviendo casos, lo que obliga a los jueces de tribunales inferiores a hacer más trabajo; y humillándolos. Los tribunales de apelación ocasionalmente humillan a los tribunales de primera instancia al revocar sus decisiones, devolver los casos para procedimientos adicionales y ordenar que un juez diferente del tribunal de primera instancia maneje esos procedimientos.

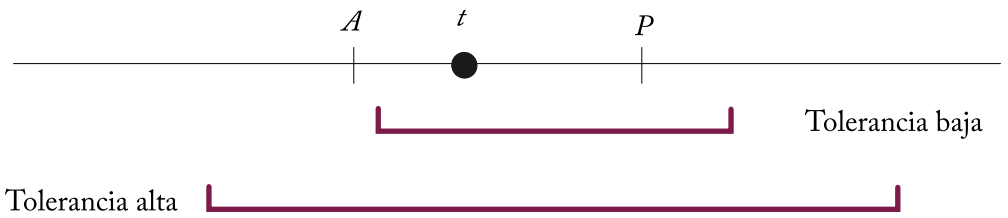
1.6. Supervisión Unilateral

Hemos explicado que la capacidad del agente para desviarse de los propósitos del principal depende de la capacidad de este último de monitorear y sancionar. Aquí expresamos esta idea utilizando modelos espaciales que ya vimos en otros capítulos. La Figura 35 representa una única dimensión de elección en política pública. La dimensión podría reflejar el dinero gastado en subsidios agrícolas, el número de migrantes permitidos o la ubicación ideológica (liberal o conservadora) de la política del gobierno respecto de la investigación con tejido fetal. El principal tiene el punto ideal *P*, y el agente tiene el punto ideal *A*. La diferencia entre ellos captura la divergencia en sus preferencias, como cuando la Secretaria en nuestro ejemplo prioriza la atención prenatal y su administrador prioriza la atención de emergencia.

El agente elige la política. Si no estuviera restringido, establecería la política en *A*. Sin embargo, el principal tiene el poder de supervisar al agente y, si éste toma una decisión insatisfactoria, sancionarlo. Entonces, ¿dónde fijará la política el agente? La respuesta depende de la capacidad del principal para monitorear y sancionar. Si el principal puede monitorear y sancionar perfectamente sin costo alguno, entonces el agente establecerá la política en *P*. Cualquier otra elección desencadenaría una sanción que

el agente no desea. En la práctica, ejercer la supervisión impone costos a los principales, y esos costos otorgan al agente cierto margen de discreción.

Figura 35. Supervisión Unilateral con Intervalos de Tolerancia



La Figura 35 hace visible este *trade off*. Supón que la política en cuestión se desplaza hacia la izquierda desde *P*. A medida que la política se aleja de *P*, los costos de desviación para el principal aumentan. En algún punto, los costos se vuelven tan elevados que al principal le resulta más conveniente supervisar y disciplinar al agente. El punto t marca el punto de inflexión del principal. Para las políticas entre *t* y *P*, los costos de supervisión del principal superan sus costos de desviación, por lo que no intervendrá. Para las políticas a la izquierda de *t*, los costos de desviación del principal superan sus costos de supervisión, por lo que intervendrá.

Así como el agente no puede establecer una política demasiado a la izquierda de P, tampoco puede establecerla demasiado a la derecha de P. La Figura 8.4 captura estas limitaciones del agente con las barras sombreadas llamadas intervalos de tolerancia. Si el agente toma una decisión dentro del intervalo de tolerancia del principal, este no intervendrá y la política que el agente desarrolla no será modificada. Para el principal, los costos de supervisión superan sus costos de desviación. Si el agente toma una decisión fuera del intervalo de tolerancia del principal, éste intervendrá y sancionará al agente.

Centrémonos en el intervalo etiquetado como "Baja tolerancia". Este intervalo supone que el principal tiene costos de supervisión relativamente bajos. El agente puede desviarse del ideal del principal, pero no mucho. En la Figura 35, un agente racional establecerá la política en *t*, el fin del *intervalo de tolerancia*[547]. Esta es la política más cercana al ideal del agente que no lleva que haya supervisión. Ahora centrémonos en el intervalo etiquetado como "Alta tolerancia". Este intervalo supone que el principal tiene costos de supervisión relativamente altos. Un agente racional establecerá la política en A. Dado

[547] *Véase, por ejemplo*, Lee Epstein, Jack Knight & Olga Shvetsova, *The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government*, 35 Law & Soc'y Rev. 117 (2001).

que los costos de supervisión son elevados, el agente puede elegir su política ideal sin desencadenar la supervisión del principal.

Los intervalos de tolerancia tienen una interpretación natural: representan el *poder discrecional* del agente. A medida que aumentan los costos de supervisión del principal, la discreción del agente crece.

Para hacer más concreta esta discusión, la aplicamos a nuestro ejemplo que involucra a la Secretaria de Salud y Servicios Humanos. La Secretaria delega su plan de atención prenatal al administrador. La Secretaria no supervisa el trabajo diario del administrador. Sin embargo, supervisa los resultados, como el presupuesto, el cual contiene desembolsos a obstetras. Ella espera que su plan cueste 50 millones de dólares. Si el presupuesto muestra costos de, por ejemplo, 46 millones de dólares, no investigará. Sin embargo, si el presupuesto muestra costos inferiores a 46 millones de dólares, investigará. Por debajo de 46 millones de dólares, la diferencia entre su expectativa y la realidad es lo suficientemente grande como para justificar el costo de la supervisión. Anticipando la supervisión, el administrador destinará 46 millones de dólares al plan de la Secretaria, pero no más. Una vez que alcance los 46 millones de dólares, dirigirá los recursos a su prioridad, la atención de emergencia, en lugar de la atención prenatal. En la Figura 35, t equivale a 46 millones de dólares.

Preguntas

1.6.1. En la Figura 35 el principal comienza en el intervalo de tolerancia baja, pero los costos de monitoreo aumentan, por lo que el intervalo se expande. ¿Cambiará de comportamiento el agente? Si el principal comienza en el intervalo de tolerancia alta y los costos de monitoreo aumentan, ¿cambiará de comportamiento el agente?

1.6.2. La *Freedom of Information Act* de Información permite que las personas, incluidos periodistas, recopilen y publiquen información sobre el funcionamiento de las agencias administrativas. Las leyes que protegen a denunciantes amparan a los funcionarios públicos que publicitan las irregularidades que ocurren dentro de sus departamentos. Las empresas presentan quejas a sus representantes cuando las agencias les imponen cargas. Predice los efectos de estas leyes y prácticas sobre el intervalo de tolerancia del Presidente y el comportamiento de las agencias.

1.7. Principales Múltiples

La Figura 35 representa a un solo principal con poder para supervisar al agente. Sin embargo, a veces múltiples principales tienen poderes de supervisión. Para ilustrarlo, tanto el Presidente como el Congreso supervisan las agencias federales. El Presidente puede sancionar a los administradores despidiéndolos (pero véase el recuadro anterior sobre la destitución), y el Congreso puede sancionar a los administradores reduciendo sus presupuestos o iniciando investigaciones.

Los múltiples principales pueden supervisar a un agente de manera unilateral o cooperativa. Con supervisión unilateral, cualquier principal puede supervisar por sí solo. Por ejemplo, el Presidente y el Congreso tienen cada uno el poder unilateral de investigar el comportamiento de una agencia. Con supervisión cooperativa, ningún principal puede supervisar sin el acuerdo de los otros. Supongamos que una agencia emite una nueva normativa sobre estándares de combustible para automóviles. Si al Congreso no le gusta la normativa, puede anularla aprobando una nueva legislación. Sin embargo, la promulgación de una nueva legislación requiere el acuerdo del Presidente[548].

La Figura 36 representa la supervisión unilateral y cooperativa. Como antes, *A* es el punto ideal del agente. *P* representa el punto ideal del Presidente y *C* representa el punto ideal del Congreso. Cada principal tiene un intervalo de tolerancia, como se muestra.

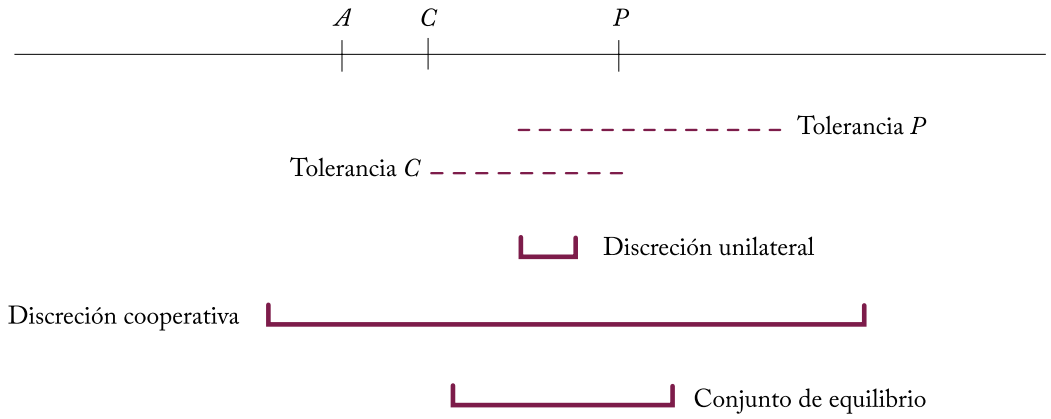
Bajo supervisión unilateral, cualquiera de los principales puede sancionar al agente. Para evitar sanciones, el agente debe tomar una decisión que satisfaga a ambos principales. Los puntos dentro de ambos intervalos de tolerancia representan elecciones que satisfarán a ambos principales. Este conjunto de puntos se etiqueta como "discreción unilateral". Dada la supervisión unilateral, el agente tiene la discreción de elegir cualquier punto dentro de ese conjunto sin provocar sanciones. El agente elegirá el punto más a la izquierda en el conjunto, que es el más cercano a su punto ideal *A*.

En comparación con la supervisión unilateral con un solo principal, la supervisión unilateral con dos principales reduce el poder discrecional del agente. Para ver por qué, supón que el agente responde solo al Presidente. En la Figura 36, el agente podría elegir cualquier punto dentro del intervalo de tolerancia del Presidente. Si el agente responde solo al Congreso, podría elegir cualquier punto dentro del intervalo de tolerancia del Congreso. Cuando el agente responde a ambos, debe elegir entre la intersección de los intervalos de tolerancia, lo que lo restringe más. En términos generales,

[548] Ignoramos los casos de insistencia legislativa.

agregar principales con supervisión unilateral generalmente disminuye, y no puede aumentar, el poder discrecional del agente[549].

Figura 36. Supervisión unilateral y cooperativa 8.5



Después de analizar la supervisión unilateral, ahora consideramos la supervisión cooperativa. Bajo supervisión cooperativa, para disciplinar al agente se requiere un acuerdo del Presidente y el Congreso. El Presidente no aceptará sancionar al agente a menos que tome una decisión fuera del intervalo de tolerancia del Presidente. Del mismo modo, el Congreso no aceptará sancionar al agente a menos que tome una decisión fuera del intervalo de tolerancia del Congreso. Los puntos dentro de cualquiera de los intervalos de tolerancia representan elecciones que satisfarán al menos a un principal. En la Figura 36, este conjunto se etiqueta como "discreción cooperativa". Dada la supervisión cooperativa, el agente tiene la discreción de elegir cualquier punto dentro de ese conjunto, y elegirá *A*.

En comparación con la supervisión con un solo principal, la supervisión cooperativa con dos principales aumenta el poder discrecional del agente. En lugar de elegir dentro de un solo intervalo de tolerancia u otro, el agente puede elegir dentro de cualquiera de los dos. En términos generales, *agregar principales con supervisión cooperativa generalmente aumenta, y no puede disminuir, el poder discrecional del agente*[550].

[549] *Véase* Robert Cooter, The Strategic Constitution 158–59 (2000).

[550] *Véase id. en* 159–61. *Véase también* Craig Volden, *A Formal Model of the Politics of Delegation in a Separation of Powers System,* 46 Am. J. Pol. Sci. 111 (2002).

Con supervisión cooperativa, la discreción del agente depende en parte de los costos de monitoreo y *enforcement* de los principales. Sin embargo, también depende del nivel de desacuerdo entre los principales. Para entender por qué, asumamos que monitorear y sancionar al agente no tiene costo para los principales. En la Figura 36, esta suposición elimina los intervalos de tolerancia. Si el agente responde solo al Congreso, tendrá que elegir *C*, y si responde solo al Presidente, tendrá que elegir *P*. Bajo supervisión cooperativa, tiene más opciones. Supón que el agente elige el punto a medio camino entre *C* y *P*. El Congreso querría mover al agente hacia la izquierda, pero el Presidente no aceptará, y el Presidente querría mover al agente hacia la derecha, pero el Congreso no aceptará. La elección del agente es estable. En términos generales, el agente puede elegir cualquier punto entre *C* y *P*. Este es el conjunto de equilibrio, como se muestra en la figura. La discreción del agente resulta de la divergencia en los puntos ideales de los principales, no de los costos de monitoreo. A medida que los principales están más en desacuerdo, la discreción del agente crece.

Preguntas

1.7.1. Una ley federal estableció objetivos para el gasto gubernamental. Si el presupuesto del gobierno excedía los objetivos, el Contralor General recomendaba recortes de gasto al Presidente, quien (con algunas excepciones) estaba obligado a requerirlos. El Contralor General era nombrado por el Presidente. Sin embargo, la ley otorgaba al Congreso el poder de destituir al Contralor General. En *Bowsher v. Synar*, la Corte Suprema determinó que este arreglo transgredía la separación de poderes[551]. La Corte escribió: "El Congreso podría simplemente destituir, o amenazar con destituir, a un funcionario por ejecutar las leyes de una manera que considerara insatisfactoria. Este tipo de control legislativo sobre la ejecución de las leyes... es constitucionalmente inadmisible[552]". Analizaremos *Bowsher* utilizando la Figura 36, donde *C* representa el punto ideal del Congreso, *P* representa el punto ideal del Presidente y ambos actores tienen intervalos de tolerancia, como se indica en la figura.
(a) El Presidente nombra al Contralor General a partir de una lista de tres candidatos recomendados por el Congreso. En la Figura 36, ¿recomendaría alguna vez el Congreso a un candidato con un punto ideal que se sabe que está a la izquierda de *C* o a la derecha de *P*?
(b) Si el Congreso y el Presidente tuvieran que cooperar para destituir al Contralor General,

[551] 478 U.S. 714 (1986).

[552] *Id.* en 726–27.

¿cuál sería el rango de discreción del Contralor General? Dado su respuesta a la pregunta (a), ¿en qué subconjunto de ese rango de discreción esperarías que el Contralor General estableciera la política?
(c) Si solo el Congreso tuviera el poder de destituir al Contralor General, ¿cuál sería el rango de discreción del Contralor General? Dado su respuesta a la pregunta (a), ¿en qué subconjunto de ese rango de discreción esperaría que el Contralor General estableciera la política?
(d) Si el Contralor General solo pudiera ser destituido mediante un juicio político ("traición, soborno u otros delitos y faltas graves"[553]), ¿qué pasaría con los intervalos de tolerancia en la Figura 36? ¿Pueden los votantes beneficiarse de tener un agente tan independiente?

El Veto Legislativo

Jagdish Chadha, un inmigrante sin derechos de ciudadanía, permaneció ilegalmente en los Estados Unidos. En lugar de deportarlo, el Fiscal General decidió permitir que Chadha permaneciera porque su deportación resultaría excesivamente gravosas. La Cámara de Representantes ejerció un "veto legislativo" y revirtió la decisión del Fiscal General. Un veto legislativo permite que cualquiera de las cámaras del Congreso revierta una decisión tomada por un funcionario ejecutivo, como el Fiscal General o el jefe de una agencia. La ley de inmigración incluía un veto legislativo, por lo que la Cámara podía actuar en contra de Chadha por sí sola, sin el apoyo del Senado ni del Presidente.

En *INS v. Chadha*, la Corte Suprema invalidó el veto legislativo. Según la Corte, revocar la decisión de una agencia es un acto legislativo, y la Constitución solo permite actos legislativos que sigan un "procedimiento único, cuidadosamente elaborado y exhaustivamente considerado": bicameralismo y aprobación presidencial. El veto legislativo eludía ese procedimiento.

Nuestro modelo de delegación ilumina la decisión de la Corte. El bicameralismo y la aprobación presidencial suponen un modelo de supervisión cooperativa. Para revocar la decisión de una agencia, la Cámara, el Senado y el Presidente deben estar de acuerdo. La supervisión cooperativa tiende a aumentar la discreción de la agencia, especialmente

[553] *Id.* en 726–27.

cuando diferentes partidos políticos controlan las distintas ramas. El veto legislativo buscaba reemplazar la supervisión cooperativa con supervisión unilateral, reduciendo la discreción de la agencia. La Corte determinó que el Congreso no podía reemplazar la supervisión cooperativa con supervisión unilateral. La decisión de la Corte eliminó los vetos legislativos de aproximadamente 200 leyes federales.

Disintiendo en *INS v. Chadha*, el juez White puso énfasis en la consecuencia de la decisión de la Corte:

> Sin el veto legislativo, el Congreso se enfrenta a una elección de Hobson: abstenerse de delegar la autoridad necesaria, dejándose a sí mismo con la imposible tarea de redactar leyes con la especificidad requerida para cubrir innumerables circunstancias especiales en todo el panorama político, o... abdicar su función legislativa en favor del poder ejecutivo. Elegir la primera opción deja sin resolver problemas nacionales importantes; optar por la segunda viene con el riesgo de que formulen políticas personas que no fueron elegidos para desempeñar ese papel, y que no se puede hacer rendir cuentas .

El juez White expresó una visión funcional de la separación de poderes. El *funcionalismo* permite que haya flexibilidad, experimentación y cierta combinación de poderes para lograr los fines del estado, siempre que cada rama conserve su función y autoridad fundamentales. En contraste, el *formalismo* enfatiza la adhesión rígida a la estructura descrita en la Constitución, incluso si esto frustra los fines del gobierno.

Los lectores podrían asumir que los economistas favorecen el funcionalismo. Una vez que se entiende la diferencia entre supervisión unilateral y cooperativa, se puede ver por qué el veto legislativo podría reducir los costos de agencia. Sin embargo, las cosas no son tan simples. Así como los administradores pueden abusar de la discreción otorgada por los políticos, los políticos pueden abusar de la discreción otorgada por los ciudadanos. El formalismo otorga menos discreción a los políticos, por regla general. El funcionalismo otorga más discreción a los políticos, por regla general. Las reglas y los estándares son nuestro próximo tema.

2. El juego de las Reglas

Las leyes pueden ser precisas, como un límite de velocidad de 65 kilómetros por hora. O pueden ser imprecisas, como la directriz del estado de Montana de conducir a velocidades “razonables y

prudentes"[554]. Los académicos del derecho llaman a las leyes precisas "reglas" y a las leyes imprecisas "estándares". La distinción entre reglas y estándares es evidente en todo el derecho. La Constitución de los Estados Unidos, por ejemplo, incluye tanto reglas (el Presidente debe tener 35 años, cada estado tiene dos Senadores) como estándares (las personas tienen derecho a "igual protección," el Congreso puede legislar para el "bienestar general").

En las siguientes páginas, explicamos la conexión entre reglas, estándares y delegación. Luego de establecer la conexión, estudiamos una elección binaria: darle al agente una regla o un estándar. Luego analizamos una elección continua, en la que el principal puede hacer sus instrucciones más o menos precisas.

2.1. Reglas, Estándares y Delegación

Muchos factores afectan la elección entre reglas y estándares. Nos concentramos en un factor importante: la asignación de autoridad para la toma de decisiones. Cuando los legisladores adoptan una regla, reservan la autoridad de decisión para sí mismos. Cuando los legisladores adoptan un estándar, delegan autoridad de decisión a otra persona. Para ilustrarlo, contrastemos los límites de velocidad "65 kilómetros por hora" (regla) y "velocidades razonables y prudentes" (estándar). Al adoptar la regla, la legislatura decide cuándo las personas conducen demasiado rápido. Los oficiales de patrulla simplemente hacen cumplir la decisión de la legislatura. Al adoptar el estándar, la legislatura permite que los oficiales de patrulla decidan cuándo las personas conducen demasiado rápido. Los oficiales observan la velocidad de los conductores, consideran factores como el tráfico, el clima y el estado de la carretera, y luego deciden por sí mismos cuándo alguien ha violado la ley.

Como muestra este ejemplo, las reglas y los estándares están relacionados con la delegación. Un principal puede elegir entre restringir a su agente con una regla o darle más libertad con un estándar.

Podemos aplicar estas ideas a nuestro ejemplo recurrente. La Secretaria de Salud y Servicios Humanos tiene un plan para mejorar la atención prenatal. En lugar de implementar el plan por sí misma, ha decidido delegar la implementación en su administrador. Ahora tiene una elección. Puede restringir al administrador con una regla, como "gastar $50 millones en el plan," "contratar a diez especialistas más para estudiar el problema," o "distribuir 1,000 copias de un manual de las mejores

[554] *Véase* State v. Stanko, 974 P.2d 1132 (Mont. 1998). *Véase también* Cass R. Sunstein, *Problems with Rules*, 83 Cal. L. Rev. 953 (1995).

prácticas a obstetras". Alternativamente, puede darle discreción al administrador con un estándar, como "gastar los recursos según sea necesario para mejorar la atención prenatal".

La Secretaria prioriza la atención prenatal, pero el administrador prioriza la atención de emergencia. Si tiene la oportunidad, el administrador desviará recursos hacia su prioridad, creando costos de desviación para el principal. Al limitar la discreción del administrador, las reglas reducen la oportunidad del administrador para desviar recursos. Sin embargo, las reglas también limitan la flexibilidad del administrador. Recuerda nuestra discusión sobre la suerte. Muchos factores afectan el éxito del plan de la Secretaria, como la escasez de enfermeras, el comportamiento de los médicos y las políticas de las compañías de seguros. En comparación con las reglas, los estándares otorgan al administrador flexibilidad para responder a estas circunstancias impredecibles.

En resumen, las reglas disminuyen los costos de desviación, pero aumentan los costos de inflexibilidad, mientras que los estándares aumentan los costos de desviación pero reducen los costos de inflexibilidad. Para los principales, la elección entre una regla y un estándar depende de este *trade off*.

Preguntas

2.1.1. La *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) establece: "El gobierno no deberá imponer una carga sustancial al ejercicio de la religión de una persona"[555]. La RFRA limita el poder de las agencias a la hora de regular de maneras que interfieran con las creencias religiosas de las personas. ¿Es la RFRA una regla o un estándar? ¿Tendrían las agencias más o menos discreción sin la RFRA?

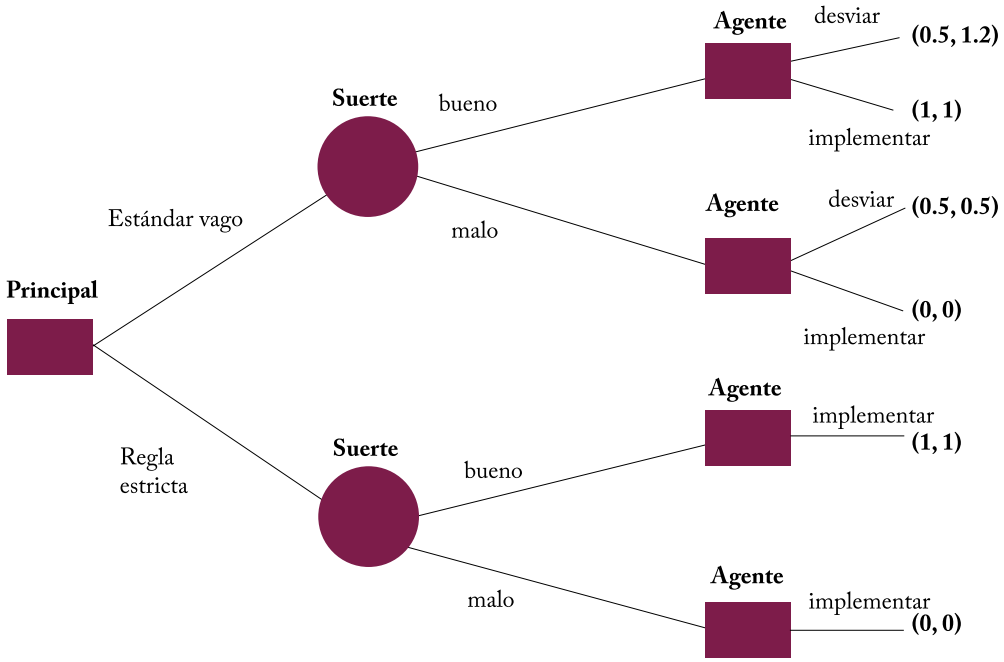
2.1.2. En los Estados Unidos, muchas leyes federales establecen "mínimos regulatorios". A modo de ejemplo, una ley federal ambiental podría prohibir niveles de contaminación superiores a X (ese es el mínimo) pero permitir que los estados que desean un ambiente más limpio establezcan límites aún más estrictos. ¿Las leyes que establecen mínimos regulatorios otorgan discreción a los estados? ¿Son tales leyes reglas o estándares?

[555] 42 U.S.C. § 2000bb-1.

2.2. El Juego Estratégico

Hemos descrito la elección del principal entre estándares y reglas en términos generales. Aquí analizamos la decisión de manera más precisa con un árbol de decisiones [556]. En la Figura 37, el principal primero decide si le da al agente un estándar o una regla. En segundo lugar, la suerte es buena o mala. El agente observa el estado de naturaleza, pero el principal no. En tercer lugar, el agente responde a la suerte, en la medida en que la discreción otorgada se lo permita. Podemos aclarar este último paso con nuestro ejemplo. Si la suerte es buena, el administrador puede implementar el plan prenatal del Secretario, lo que sería lo mejor para el Secretario, o el agente puede desviar recursos hacia la atención de emergencia. El administrador prefiere desviar, y la buena suerte oculta su deslealtad. Si la suerte es mala, el agente puede implementar el plan del principal, pero esto perjudicará a todos dado el estado de naturaleza. Los médicos no cooperan, por lo que el plan está condenado al fracaso. Alternativamente, el agente puede desviar algunos recursos para mejorar la atención de emergencia, lo cual, dadas las circunstancias, tanto él como el Secretario preferirían.

Figura 37. Supervisión unilateral y cooperativa



[556] Nuestro juego de las reglas se asemeja a uno en Robert Cooter, The Strategic Constitution 82 (2000). Nuestro juego de las reglas es simple. Para análisis más sofisticados, véase, por ejemplo, Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 Duke L.J. 557 (1992); Jeffrey K. Staton & Georg Vanberg, *The Value of Vagueness: Delegation, Defiance, and Judicial Opinions*, 52 Am. J. Pol. Sci. 504 (2008); Gillian K. Hadfield, *Weighing the Value of Vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law,* 82 Cal. L. Rev. 541 (1994).

Fíjate en que las Figuras 32 y 37 difieren en un aspecto pequeño pero importante. La Figura 32 representa al agente tomando una decisión entre desviar o implementar antes de que se defina cual es la suerte resultante. El agente debe decidir bajo incertidumbre. Para ilustrarlo con el ejemplo del Secretario, el administrador debe tomar algunas decisiones antes de saber si los médicos cooperarán o no. En contraste, la Figura 37 representa al agente decidiendo qué hacer después de que se defina cual es la suerte resultante. El agente puede responder de diferente manera según las circunstancias. Así, el administrador puede tomar algunas decisiones después de saber si los médicos cooperarán o no. Un estándar permite al agente responder con flexibilidad a nueva información, mientras que una regla impide que el agente responda con flexibilidad.

Ahora explicamos las recompensas en la Figura 37, procediendo de arriba hacia abajo. Si el principal impone un estándar, la suerte es buena y el agente desvía, el principal recibe 0.5 y el agente recibe 1.2. Si el principal impone un estándar, la suerte es buena y el agente implementa, el principal recibe 1 y el agente recibe 1. Si el principal impone un estándar, la suerte es mala y el agente desvía, el principal recibe 0.5 y el agente recibe 0.5. Si el principal impone un estándar, la suerte es mala y el agente implementa, el principal recibe 0 y el agente recibe 0.

Continuando hacia abajo, vemos las recompensas cuando el principal impone una regla que el agente debe implementar. Si el principal impone una regla y la suerte es buena, el principal recibe 1 y el agente recibe 1. La regla se ajusta a las circunstancias, como cuando el Secretario ordena al administrador gastar $50 millones en atención prenatal y los médicos utilizan el dinero de manera efectiva. Si el principal impone una regla y la suerte es mala, el principal recibe 0 y el agente recibe 0. La regla no se ajusta a las circunstancias, como cuando el Secretario ordena gastar $50 millones, pero los médicos no cooperan y el dinero es desperdiciado.

Preguntas

2.2.1. Si el principal en la Figura 37 le da al agente una regla y obtiene un beneficio de 0, ¿debería castigar al agente? ¿Por qué sí o por qué no?
2.2.2. Si el principal en la Figura 37 le da al agente un estándar y obtiene un beneficio de 0, ¿debería castigar al agente? ¿Por qué sí o por qué no?
2.2.3. Si el principal en la Figura 37 le da al agente un estándar y obtiene un beneficio de 0.5, ¿debería castigar al agente? ¿Por qué 7sí o por qué no?

2.3. Cuándo Usar Reglas y Estándares

Después de describir el juego de las reglas, ahora podemos encontrar su solución utilizando razonamiento recursivo. Si el principal impone un estándar y la suerte es buena, el agente se desvía del propósito del principal (prefiere el beneficio de 1.2 que obtiene de dicha desviación en lugar del beneficio de 1 de implementar). El agente desvía recursos hacia sus propios intereses, dejando al principal con un beneficio de 0.5. Si el principal impone un estándar y la suerte es mala, el agente desvía (prefiere el beneficio de 0.5 de desviar en lugar del beneficio de 0 de implementar). El principal obtiene 0.5. Por lo tanto, imponer un estándar da al principal un beneficio de 0.5 independientemente de si la suerte es buena o mala.

Alternativamente, si el principal impone una regla y la suerte es buena, el principal obtiene 1. Si el principal impone una regla y la suerte es mala, el principal obtiene 0. Al imponer una regla estricta, el beneficio del principal depende de la probabilidad de que haya buena suerte. Si la probabilidad de buena suerte es p y la probabilidad de mala suerte es $1 - p$, el beneficio esperado del principal con una regla es $1 \times p + 0 \times (1 - p)$, lo que equivale a p. En resumen, la solución del juego es:

Si $p \geq 0.5$, el principal impone una regla.
Si $p < 0.5$, el principal impone un estándar.

Por lo tanto, el principal impone una regla cuando es probable tener buena suerte, lo que significa que el agente perseguirá sus propios intereses. El principal impone un estándar cuando es probable tener mala suerte, lo que significa que el agente responderá con flexibilidad y perseguirá avanzar los intereses de todos.

Podemos aplicar la solución del juego a nuestro ejemplo médico. Si la probabilidad de tener buena suerte es mayor a 0.5, el Secretario impone una regla para evitar que el administrador desvíe recursos de la atención prenatal hacia la atención de emergencia. Si la probabilidad de tener buena suerte es menor a 0.5, el principal impondrá un estándar para permitir que el administrador tenga flexibilidad si, por ejemplo, los médicos no cooperan. El agente responderá a la mala suerte reasignando los recursos.

Como se explicó, los estándares dan más flexibilidad al agente que las reglas. Cuando aumenta la incertidumbre, la flexibilidad se vuelve más importante. En consecuencia, esperamos más estándares y menos reglas cuando las circunstancias cambian de manera impredecible.

Preguntas

2.3.1. En la Figura 37, supón que el principal entrega al agente un estándar y la suerte es buena, por lo que el agente desvía recursos. ¿Es eficiente el desvío del agente? Si los costos de transacción para negociar entre el principal y el agente son cero, ¿el agente desviará? ¿Qué podría ofrecerle el principal al agente para incentivarlo a implementar su plan?
2.3.2. En la Figura 37, supón que el beneficio del principal cuando el plan se implementa en un estado favorable aumenta de 1 a 1.5. ¿Cuál es la solución del juego?

¿La vaguedad aumenta la litigiosidad?

En 1938, el Congreso promulgó la *Food, Drug, and Cosmetic Act,* que otorgó a la Administración de Alimentos y Medicamentos (FDA) la autoridad de regular los "medicamentos" La ley define "medicamentos" como "artículos (que no sean alimentos) destinados a afectar la estructura o cualquier función del cuerpo". ¿Es la nicotina un medicamento? ¿Puede la FDA regular los cigarrillos? En 1996, la FDA concluyó que la respuesta era que sí. Sin embargo, la Corte Suprema posteriormente concluyó que la respuesta era que no. La Corte determinó que el Congreso no tenía la intención de que la palabra "medicamento" incluyera el tabaco, por lo que la FDA no tenía autoridad para regular los cigarrillos.

FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp. es un caso famoso sobre interpretación legal. Lo usamos para destacar un punto sobre reglas y estándares. En la *Food, Drug, and Cosmetic Act, el Congreso* (el principal) delegó autoridad a la FDA (el agente). El principal podría haber impuesto una regla enumerando exactamente los artículos que el agente puede regular (por ejemplo, "acetaminofén," "ácido ascórbico," "eritrosina"). Con una regla, la autoridad de la FDA sería fácil de determinar: ¿Aparece "nicotina" en la lista? En cambio, el principal impuso un estándar (la FDA puede regular "medicamentos"). Con un estándar, el alcance de la autoridad de la FDA era difícil de determinar, y la Corte Suprema tuvo que intervenir.

Generalizando a partir de casos como este, algunos académicos concluyen que las leyes vagas fomentan el surgimiento de litigios. ¿Cómo? El primer tema de este libro, la teoría de la negociación, proporciona una respuesta. Litigar es costoso para las partes (implica invertir tiempo, dinero, energía, y viene con desgaste emocional). Por lo tanto, las partes generalmente logran un mejor resultado si resuelven su disputa fuera de los tribunales y evitan esos costos. Diferentes factores dificultan llegar a acuerdos, estando dentro de dichos factores el

optimismo. Si el demandante espera ganar en la corte, demandará y exigirá mucho para llegar a un acuerdo. Si el demandado espera ganar en la corte, se resistirá y ofrecerá muy poco para llegar a un acuerdo. Las partes tienen dificultades para llegar a un acuerdo fuera del tribunal cuando ambas esperan ganar en la corte. Al menos una de las partes es falsamente optimista, y el falso optimismo lleva a que haya más litigios.

Leyes vagas pueden fomentar el optimismo. Los reguladores asumen que la palabra "medicamento" debe incluir la nicotina, y la compañía tabacalera asume que la palabra "medicamento" debe excluir la nicotina. Cada lado espera ganar, por lo que la compañía tabacalera demanda, y la agencia se niega a ceder. Considera otro ejemplo. Cuando el límite de velocidad es "velocidades razonables y prudentes," el oficial asume que la ley prohíbe conducir a 75 kilómetros por hora, y el conductor asume que la ley permite conducir a 75 kilómetros por hora. Cada lado espera ganar, por lo que el oficial emite la multa, y el conductor la impugna en la corte.

Este análisis implica que litigar es un costo que el principal asume al imponer estándares en lugar de reglas. ¿Asumen los principales, como el Congreso, esos costos? ¿Quién internaliza los costos del litigio?

2.4. Grados de precisión

La Figura 37 representa una elección binaria: el principal puede imponer un estándar o una regla. En la práctica, la elección suele operar en un continuo. El principal puede imponer un estándar especialmente vago, una regla especialmente precisa o directrices intermedias. Para ilustrarlo, una legislatura podría ordenar a una agencia de transporte que "promueva la seguridad," "promueva la seguridad exigiendo que los vehículos tengan cinturones de seguridad," o "promueva la seguridad exigiendo que los vehículos tengan cinturones de seguridad de tres puntos con retractores de bloqueo, pretensores y sujetadores de banda".

La Figura 38 representa la elaboración de reglas como una elección continua sobre cuan precisas han de ser éstas. El eje horizontal mide la precisión desde 0 % (estándar vago) hasta 100 % (regla precisa). Moverse de izquierda a derecha implica tener una regla más precisa y una mayor restricción del agente, mientras que moverse de derecha a izquierda implica un estándar más vago y menos restricción del agente. El eje vertical mide dos tipos de costos marginales: los costos de inflexibilidad

y desviación. Cuando hay reglas más precisas, la inflexibilidad aumenta y la desviación disminuye[557]. En la Figura 38, el óptimo es del 55 %—el punto donde los costos marginales de inflexibilidad son iguales a los costos marginales de desviación.

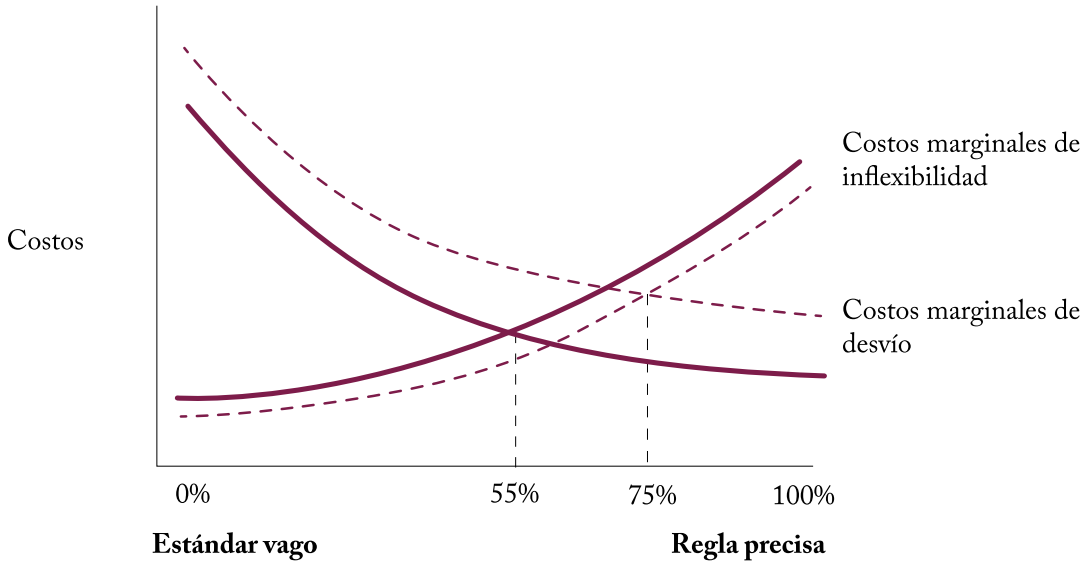
La Figura 38 predice cómo varios factores afectan el nivel óptimo de precisión de las reglas que ha de emitir el principal. Una reducción en los costos de inflexibilidad o un aumento en los costos de desviación hacen que el nivel óptimo de precisión aumente. Así, las líneas punteadas representan los cambios en las curvas y el aumento del óptimo de 55 a 75. Discutiremos algunas de las muchas causas de estos cambios en los costos de inflexibilidad y desviación.

Supón que la probabilidad p de buena suerte aumenta, lo que hace que la desviación sea más difícil de detectar para el principal. La Figura 38 representa este hecho desplazando hacia arriba la curva de costos de desviación. Por lo tanto, un aumento en la probabilidad de buena suerte provoca un aumento en el nivel de precisión óptima de las reglas del principal. En términos generales, cuando la oportunidad del agente para desviar recursos mejora, el incentivo del principal para restringir al agente con reglas más estrictas se fortalece. Cuando la oportunidad del agente para desviar recursos empeora—quizás porque monitorearlo o castigarlo se vuelve más fácil—el incentivo del principal para restringir al agente con reglas más estrictas se debilita.

Recuerda el principio del aliado. En general, la convergencia entre los intereses del principal y del agente favorece una mayor delegación. La Figura 38 representa este hecho. A medida que los intereses del principal y del agente convergen, la curva de costos de desviación se desplaza hacia abajo, lo que implica que es óptimo tener reglas menos precisas. Por el contrario, a medida que los intereses de las partes divergen, la curva de costos de desviación se desplaza hacia arriba, por lo que tener normas más precisas es óptimo.

[557] Asumimos que, a medida que un principal aumenta la precisión de las reglas, se enfoca primero en aquellos asuntos en que los costos de desviación son más altos. Esto explica por qué la curva de costos de desviación se aplana a medida que nos movemos hacia la derecha. Además, a medida que el principal aumenta la precisión de las reglas, restringe al agente, lo que le impide reasignar recursos según las circunstancias lo requieran. Esto explica por qué los costos de inflexibilidad aumentan. Suponemos que, a medida que un principal impone más reglas, se enfoca primero en aquellos asuntos donde la flexibilidad es menos valiosa. Esto explica por qué la curva de costos de inflexibilidad se vuelve más pronunciada a medida que nos movemos hacia la derecha.

Figura 38. Precisión Óptima



Finalmente, supón que las condiciones técnicas y sociales cambian de manera más rápida. Los agentes necesitan más flexibilidad para responder a las circunstancias cambiantes. La Figura 38 representa este hecho desplazando hacia arriba la curva de costos de inflexibilidad, lo que implica una disminución en la precisión óptima de las reglas.

Preguntas

2.4.1. En comparación con los estándares, las reglas reducen los costos de desviación. ¿Por qué? ¿Es porque los agentes deben obedecer las reglas—por ejemplo, los oficiales de patrulla deben multar a todos los que conduzcan a más de 65 kilómetros por hora? ¿O es porque los principales pueden detectar más fácilmente las transgresiones de las reglas que las transgresiones de los estándares?

2.4.2 ¿Esperarías que Google aplique reglas o estándares a sus empleados? Explica cómo el cambio tecnológico rápido en una industria afecta cuan estrictas son las reglas dentro de una empresa.

2.4.3. Explica por qué las reglas militares dan más espacio a la discreción después de que comienza una batalla que antes de que comience.

2.4.4. Algunas agencias federales, aunque forman parte del poder ejecutivo, están en gran medida fuera del control del Presidente. Por ejemplo, el Presidente no puede destituir

fácilmente al presidente de la Junta de la Reserva Federal, el banco central del país. ¿Deberían el Congreso y el Presidente otorgar reglas o estándares a la Junta de la Reserva Federal?

2.5. Redactar y aplicar—¿Invertir ahora o después?

Hemos discutido los costos de inflexibilidad y de desviación. Aquí abordamos el costo redactar normas. Un estándar describe el objetivo que el principal quiere lograr. Para redactar un estándar, el principal debe conocer sus objetivos. Redactar una descripción de los objetivos es relativamente fácil. En cambio, una regla describe los medios para alcanzar el objetivo. Para redactar una regla, el principal debe conocer asuntos sobre causas y efectos de los fenómenos sobre los que busca intervenir con la regla, para así saber cómo lograr su objetivo. Redactar una descripción de los medios que lograrán su objetivo es relativamente difícil. Por lo tanto, según la sabiduría convencional, las reglas son más costosas de redactar que los estándares[558].

Para ilustrarlo con el ejemplo médico, antes de redactar un estándar el Secretario necesita saber que quiere mejorar la atención prenatal. Sin embargo, antes de redactar una regla, necesita conocer los efectos de los diferentes procedimientos médicos en la atención prenatal. Especificar el objetivo es más fácil que especificar los medios. De manera similar, se requiere poca información para redactar un estándar que establezca que los conductores deben conducir a una "velocidad razonable y prudente". Por el contrario, redactar un límite de velocidad preciso requiere mucha información. Identificar el mejor límite de velocidad requiere comprender las prácticas de conducción y su relación con los accidentes.

Como muestra esta discusión, los estándares son más baratos de redactar que las reglas. Sin embargo, los estándares son más costosos de aplicar que las reglas. Supón que el Secretario ordena a su administrador "mejorar la atención prenatal". Sus costos de redacción son bajos, pero los costos de aplicación para el administrador son altos. La necesidad de hacer uso intensivo de información surge después de la redacción, cuando el administrador tiene que determinar qué medidas mejorarán mejor la atención prenatal. De manera similar, si la legislatura adopta un límite de velocidad de "velocidades razonables y prudentes," el oficial de patrulla debe decidir si la velocidad de cada

[558] Esta discusión se basa en Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 Duke L.J. 557 (1992). *Véase también* Isaac Ehrlich & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking,* 3 J. Legal Stud. 257 (1974).

conductor es razonable. La necesidad de hacer uso intensivo de información surge cuando se aplica la ley, no cuando se la redacta.

Hemos explicado que aumentar la precisión de las reglas transfiere costos al principal que las redacta, mientras que disminuir la precisión de las reglas transfiere costos al agente que las aplica. ¿Quién puede soportar mejor la carga? Si los costos de redacción son menores para el principal que los costos de aplicación para el agente, entonces los costos totales disminuyen cuando el principal redacta reglas precisas. Por el contrario, si los costos de redacción son mayores para el principal que los costos de aplicación para el agente, entonces los costos totales disminuyen cuando el principal redacta estándares. Los costos para el principal y el agente dependen de su acceso a la información. Si el principal tiene buena información hoy, puede redactar la regla a un costo relativamente bajo. Si el agente tendrá mejor información más adelante, después de que el estándar sea promulgado, entonces el agente podrá aplicar la ley posteriormente a un costo relativamente bajo.

Esta discusión aborda la precisión óptima de la ley basada en los costos de redacción y aplicación. Estas consideraciones son distintas de los costos de inflexibilidad y desviación. La mejor ley toma en cuenta todos los costos, incluidos los costos para agentes cuya actividad está regulada, como médicos y conductores.

Preguntas

2.5.1. En los Estados Unidos, la policía aplica límites de velocidad a millones de conductores. Mientras tanto, los reguladores aplican leyes de energía nuclear a aproximadamente 60 plantas de energía. ¿Por qué los legisladores podrían hacer que los límites de velocidad sean más precisos que las leyes sobre energía nuclear?
2.5.2. ¿El principal internaliza los costos de aplicación de las normas? ¿Esperas que los principales hagan sus directivas demasiado precisas o insuficientemente precisas?
2.5.3. Cuando ocurren accidentes de avión, los ciudadanos podrían culpar al Congreso o a la Administración Federal de Aviación (FAA). ¿Es más probable que la FAA sea culpada si el Congreso redacta una regla o si la FAA aplica un estándar? ¿Por qué el Congreso podría imponer un estándar incluso si sus costos de redacción son bajos?

¿Vaguedad o ambigüedad?

Al igual que el juego de la delegación, el juego de las reglas aplica a los tribunales. En *Brown v. Board of Education*, la Corte Suprema sostuvo el principio fundamental de que "estar separados no es igualitario". La decisión exigió que las escuelas públicas se integraran, pero ¿con qué rapidez? La Corte Suprema podría haber requerido la integración para una fecha específica—por ejemplo, el 1 de enero de 1957. Con esa regla, los tribunales inferiores tendrían que concluir que cualquier escuela que siguiera segregada después del 1 de enero de 1957 violaba la Constitución. En cambio, la Corte Suprema estableció un estándar, sosteniendo que las escuelas debían integrarse "con toda la celeridad posible". Con ese estándar, los tribunales inferiores tenían flexibilidad para decidir cuándo una escuela violaba la Constitución. La flexibilidad permitía a los tribunales considerar circunstancias locales, como la capacidad de las escuelas y la disponibilidad de autobuses. Sin embargo, en comparación con una fecha precisa como el 1 de enero de 1957, la flexibilidad prolongó la segregación.

A veces, los jueces deciden cuánta discreción otorgar a los tribunales, como en *Brown*. Otras veces, los legisladores deciden. Si la legislatura establece un límite de velocidad de "65 kilómetros por hora," los jueces tienen poca discreción. Por el contrario, si la legislatura establece una regla que exige que se conduzca a "velocidades razonables y prudentes," los jueces tienen mucha discreción. El oficial de patrulla decide a quién multar, pero el juez (o el jurado) toma la decisión final sobre quién es condenado.

Las instrucciones de las legislaturas a los tribunales pueden crear un problema especial de interpretación. El problema involucra a la vaguedad y ambigüedad. Una expresión es vaga si se refiere a un rango con fronteras inciertas. "Conducir a una velocidad razonable" es una expresión vaga. Muchas velocidades son razonables (el rango), y la frontera en la que una velocidad se vuelve poco razonable—¿75 kilómetros? ¿82 kilómetros? —es incierta. Una expresión es ambigua si tiene un significado particular, pero los lectores podrían no discernirlo. Aquí hay un ejemplo divertido. Supón que una ley prohíbe "ingresar bombas a un aeropuerto". La palabra "bombas" podría significar un artefacto explosivo diseñado para dañar personas o infraestructura, o podría significar un instrumento que sirve para mover fluidos, como una máquina utilizada en una piscina para recircular el agua. (El sentido común, pero no las palabras de la ley, nos dice que se refiere a artefactos explosivos.)

En general, las expresiones vagas llevan a delegaciones de poder. La legislatura pretende que el tribunal ejerza discreción. En contraste, las expresiones ambiguas presentan errores

en la redacción. Los legisladores tienen en mente un significado particular. Quieren que los tribunales descubran y apliquen ese significado, no que ejerzan discreción.
Encontrar el significado correcto de una expresión ambigua requiere esfuerzo. ¿Cuánto esfuerzo deberían invertir los tribunales para encontrar el significado correcto? Para un economista, la respuesta depende en parte de la diferencia entre el significado correcto y el incorrecto. Si la diferencia es trivial, los tribunales no deberían esforzarse demasiado. Después de hacer algún esfuerzo, deberían adivinar. Si la diferencia es significativa—¿"bomba" significa un artefacto explosivo o un instrumento para recircular agua—deberían esforzarse más.

3. Análisis Normativo de la Delegación

Hemos analizado las propiedades que en los hechos caracteriza a la delegación, incluyendo los casos en que esperamos que los principales deleguen y la medida en que esperamos que lo hagan. Ahora pasamos al análisis normativo. La delegación, ¿da buenos resultados? Como se explicó en un capítulo anterior, para el análisis económico un "buen resultado" es aquel que mejor satisface las preferencias de las personas. En el caso más simple, la delegación involucra a dos personas, el principal y el agente. Comenzamos considerando cuándo la delegación satisface las preferencias del principal, del agente o de ambos. Luego consideramos el caso difícil, donde la delegación involucra a muchas personas: millones de ciudadanos, decenas de funcionarios, cientos de administradores. En el gobierno, la delegación generalmente se asemeja al caso difícil, no al caso fácil.

3.1. Delegación como Oferta o como orden

Imaginemos un solo principal y un solo agente, como el Secretario y el administrador en nuestro ejemplo médico. El principal delegará cuando espere obtener un mayor beneficio de delegar que de ejercer el poder directamente. En tal caso, la delegación mejora la situación del principal. ¿Hace la delegación que el agente esté mejor? Si el agente puede rechazar la delegación de autoridad, la respuesta debería ser que sí. El agente solo aceptará la delegación cuando hacerlo lo beneficie más que no hacerlo. En esta situación, la delegación se asemeja a una negociación. En lugar de intercambiar dinero por un automóvil, el principal y el agente intercambian la autoridad que el principal da al agente por el esfuerzo que este último hará en perseguir los objetivos del principal. Si asumimos que el principal y el agente son racionales, solo aceptarán acuerdos que beneficien a ambos. Por lo tanto, la delegación es eficiente en términos de Pareto.

Al igual que la decisión de delegar, la extensión de la delegación es Pareto eficiente. Si el principal se beneficiaría de más (o menos) delegación, ofrecerá más (o menos) al agente. El agente aceptará más (o menos) delegación cuando hacerlo lo beneficie. En términos generales, el principal y el agente acordarán una asignación de autoridad entre ellos que sea Pareto eficiente.

Hemos explicado que el principal y el agente alcanzarán la eficiencia de Pareto. ¿Lograrán eficiencia en términos de costo-beneficio? Para ver la diferencia, imagina tres niveles de delegación: ninguna, baja y alta. "Ninguna" daría al principal y al agente beneficios de 0 y 0; "baja" les daría beneficios de 2 y 2; y "alta" les daría beneficios de 1 y 4. El principal ofrecerá "baja," ya que le otorga un mayor beneficio: 2. El agente prefiere "baja", con un beneficio de 2, en comparación con "ninguna", con un beneficio de 0, por lo que aceptará la oferta. "Baja" es Pareto eficiente[559]. Sin embargo, "alta" es eficiente en términos de costo-beneficio. El beneficio total de "alta" es 5, mientras que el beneficio total de "baja" es 4. Para lograr la eficiencia costo-beneficio, el agente podría ofrecer al principal un pago adicional de, digamos, 1.5 a cambio de una delegación "alta". Entonces, ambas partes preferirían "alta" (con beneficios de 2.5 y 2.5) a "baja" (con beneficios de 2 y 2). En términos generales, si el agente puede rechazar la oferta del principal, la delegación alcanzará la eficiencia en términos de Pareto. Si los costos de transacción de la negociación entre el principal y el agente son nulos, la delegación alcanzará eficiencia costo-beneficio. Esto es una aplicación de la vertiente de Derecho Público del Teorema de Coase.

Hemos supuesto que el agente puede rechazar una delegación de autoridad. En el derecho privado, esta suposición es razonable. Antes de que un agente deportivo represente a un jugador estrella, deben acordar términos en un contrato, y cualquiera de las partes puede retirarse de la negociación[560]. Sin embargo, en el derecho público, esta suposición suele ser poco representativa de la realidad. Muchos agentes públicos deben aceptar delegaciones de autoridad, incluso si no las desean. Si la Corte Suprema señala que se debe seguir cierto estándar, los jueces de tribunales inferiores deben aplicarlo, incluso si prefieren una regla. Cuando los agentes no pueden rechazar una delegación de poder, esta última se convierte en una orden en lugar de una oferta. Las órdenes no son necesariamente Pareto eficientes. El principal se beneficia, pero el agente podría no hacerlo.

[559] Recordemos que la eficiencia en términos de de Pareto se alcanza cuando no hay ningún cambio que pueda hacer que alguien esté mejor sin empeorar a otra persona. Desde "bajo", pasar a "ninguno" haría que ambas partes estuvieran peor, y pasar a "alto" haría que el principal estuviera peor.

[560] Incluso cuando el agente puede rechazar una delegación de poder, las partes aún pueden no lograr eficiencia en términos costo-beneficio. Los costos de agencia son un problema muy difícil de resolver, como muestran muchos textos sobre análisis económico.

Hemos explicado que la delegación forzosa puede ser ineficiente en términos de Pareto. De manera similar, la delegación forzosa puede ser ineficiente en términos de costo-beneficio. Para obtener un pequeño beneficio, el principal podría dar o quitar autoridad al agente y perjudicar gravemente a este último.

Como siempre, la negociación puede evitar que se llegue a resultados ineficientes. Si los costos de transacción de la negociación entre el principal y el agente son nulos, lograrán resultados eficientes[561]. Sin embargo, en el derecho público los costos de transacción de la negociación entre el principal y el agente suelen ser altos. Supón que el administrador en el ejemplo médico quisiera más autoridad para promover la atención de emergencia. Puede hablar con el Secretario, pero ¿qué puede ofrecerle? ¿Dinero? ¿Lealtad? Incluso si tuvieran algo que intercambiar, ¿pueden firmar un contrato exigible? En resumen, la delegación en el derecho público a menudo se asemeja más a una orden que a una negociación.

La delegación forzosa puede ser o no ser Pareto eficiente, y puede ser o no ser eficiente en términos de costo-beneficio.

Preguntas

3.1.1. A veces, la ley obliga a un agente a aceptar autoridad de un principal. ¿La ley alguna vez obliga a un principal a delegar autoridad a un agente? Analiza estos posibles ejemplos de la Constitución de los EE.UU.: el Artículo III exige que el poder judicial, y no el Presidente, interprete la ley; el Artículo I otorga parte del poder legislativo al Congreso Federal, mientras que el resto se reserva para los estados; la Sexta Enmienda exige que el juicio sea realizado por jurado en lugar de por un juez.

3.1.2. ¿La ley realmente *obliga* a los agentes a aceptar autoridad que no desean? Si la Corte Suprema otorga demasiados estándares a los tribunales inferiores, o si el Congreso otorga demasiadas responsabilidades a las agencias, ¿por qué los jueces de tribunales inferiores y los funcionarios públicos no renuncian? ¿Puede la amenaza de renuncia de un agente disciplinar la tendencia del principal a delegar en exceso?

[561] Si el agente no puede rechazar la delegación, entonces tiene una posición débil en la negociación. Su posición débil afectará la distribución (recibirá una menor recompensa), pero no afectará la eficiencia. Para ver por qué, recuerda el ejemplo de Coase sobre el agricultor, el ganadero y la cerca. Para llegar a un resultado eficiente se requiere que el agricultor construya la cerca. Si la ley establece "derechos del agricultor", entonces el ganadero tiene una posición débil en la negociación. El agricultor construirá la cerca, pero la recompensa del ganadero será baja. Si la ley estableciera "derechos del ganadero", el agricultor aún construiría la cerca, pero la recompensa del ganadero sería mayor. Cuando el agente no puede rechazar la delegación, se asemeja al ganadero cuando la ley favorece al agricultor, y cuando el agente puede rechazar la delegación, se asemeja al ganadero cuando la ley lo favorece.

3.2. Externalización y Aliados

Hemos explicado que la delegación en el derecho público podría no lograr eficiencia en lo que respecta al principal y al agente. Podemos precisar este punto aludiendo al concepto de externalización. Cuando el principal decide delegar, considera sus propios costos y beneficios, pero no los del agente. El principal externaliza los intereses del agente. Como se explicó en un capítulo anterior, las personas tienden a hacer demasiado de una actividad con externalidades negativas y muy poco de una actividad con externalidades positivas. Por lo tanto, esperamos que los principales deleguen en exceso cuando la delegación perjudica al agente y deleguen muy poco cuando la delegación beneficia al agente.

Podemos hacer la misma predicción para el agente. Cuando el agente ejerce autoridad delegada, considera solo sus propios costos y beneficios. El agente externaliza los intereses del principal. Así, esperamos que los agentes desvíen recursos de manera excesiva cuando dicha desviación perjudica al principal, y esperamos que los agentes sean demasiado rígidos cuando la flexibilidad beneficiaría al principal, y así sucesivamente. La externalización por parte del agente impone costos de agencia al principal.

Como hemos explicado a lo largo del libro, la negociación puede resolver las ineficiencias derivadas de la externalización. Para lograr esto en el derecho público, los costos de transacción de la negociación política deben ser bajos. Sin embargo, a menudo los costos de transacción de la negociación política son altos. Esto no significa que los principales y los agentes nunca puedan negociar para lograr un resultado eficiente, sino que, en el ámbito del derecho público, la negociación no puede de manera sistemática prevenir que se llegue a resultados ineficientes.

Si la negociación fracasa, los principales y los agentes pueden lograr un resultado eficiente internalizando los intereses del otro. Una forma de aproximarse a la internalización es mediante el nombramiento de personas con ideas afines. En nuestro ejemplo, el Secretario prioriza la atención prenatal y el administrador prioriza la atención de emergencia. Esta diferencia conduce a la ineficiencia, como cuando el administrador desvía demasiados recursos. Para resolver la ineficiencia, el Secretario podría elegir un administrador que comparta su opinión sobre la atención prenatal. El nuevo administrador no internaliza los valores del Secretario, sino que los comparte[562]. Al ejercer autoridad para su propio beneficio, el agente actúa de la mejor manera para el principal. De igual

[562] En lugar de compartir los objetivos del principal, el objetivo del agente puede ser servir al principal con lealtad. En ese caso, el agente *actúa* como si compartiera los valores del principal, aunque en realidad no lo haga. Desde la perspectiva del principal, esta diferencia es irrelevante.

manera, al delegar en función de sus propios intereses, el principal delega de una manera que también mejora la situación del agente.

En términos generales, *la delegación maximiza la eficiencia para el principal y el agente a medida que sus valores convergen.* Para el análisis económico, señalar que los valores de dos personas convergen significa que sus funciones de utilidad se alinean. Cuando las funciones de utilidad se alinean, la acción que mejor promueve la utilidad de una persona también promueve la utilidad de la otra. Por lo tanto, podemos reformular esta generalización de manera más abstracta. *La delegación maximiza el bienestar del principal y del agente a medida que sus valores convergen*. Ninguna combinación de principal y agente maximiza automáticamente su bienestar conjunto, ya que ninguna persona es idéntica a otra. Sin embargo, una mayor similitud entre el principal y el agente puede promover el bienestar.

Anteriormente, presentamos el principio del aliado como una predicción positiva: los principales delegarán más en agentes cuyos valores se asemejen a los propios. Este principio también tiene una implicación normativa: justifica otorgar a los principales un amplio poder para seleccionar a sus agentes.

Preguntas

3.2.1. ¿De qué maneras elegir a un aliado reduce los costos de transacción en la negociación entre un principal y su agente?
3.2.2. El Presidente nombra embajadores, y el Senado los confirma. Tanto el Presidente como el Senado desearían elegir un embajador que internalice sus intereses. ¿Es esto posible?
3.2.3. Supongamos que el Secretario en nuestro ejemplo médico elige a un administrador que, como ella, prioriza la atención prenatal. Rechaza al administrador que prioriza la atención de emergencia. La elección del Secretario aumenta su bienestar y el bienestar del administrador elegido, pero probablemente disminuye el bienestar del administrador rechazado. En el derecho público, ¿deberíamos priorizar el bienestar de alguien en particular?

Tu Abogado ¿es tu aliado?

Un político te demanda por difamación, un vecino choca contra tu automóvil o la agencia tributaria investiga tu negocio. ¿Cómo deberías responder? Podrías intentar aprender sobre las normas aplicables y representarte a ti mismo. Pero el derecho es complicado y el tiempo es

limitado. La mayoría de las personas contratan abogados en su lugar, creando una relación de agencia. El cliente es el principal y el abogado es su agente.

Como todos los principales, los clientes prefieren delegar en aliados. A veces esto es posible, como cuando un defensor de los derechos civiles contrata a un abogado activista que desea promover los derechos civiles. Sin embargo, pocos clientes pueden encontrar aliados perfectos. La persona cuyo negocio está siendo investigado quiere evitar que se lo multe y que se lo prive de su libertad. El abogado solo quiere que le paguen. Como en los negocios, en este tipo de relaciones el éxito o el fracaso de las relaciones de agencia a menudo depende de la manera en que se configura el contrato. El cliente firma un contrato con su abogado en el que acuerda intercambiar dinero por servicios legales. Los clientes pueden pagar a los abogados por hora (en realidad, por minuto). Esto crea un problema de incentivos. El abogado recibe un pago, gane o pierda el cliente, lo que significa que externaliza los costos de trabajar en el caso. El abogado podría alentar al cliente a litigar incluso si el caso es débil, o podría dedicar al caso más tiempo del que realmente debería dedicar. En lugar de pagar por hora, los clientes pueden pagar por servicio. Para ilustrarlo, un abogado podría cobrar $500 por cada contrato laboral que redacte o $5,000 por cada caso de divorcio que tome. Esto crea un problema de incentivos diferente. El abogado recibe el mismo pago, ya sea que su trabajo sea bueno o mediocre. Externaliza los beneficios de hacer un trabajo cuidadoso, por lo que podría trabajar de manera descuidada en su lugar. Finalmente, el cliente puede pagar al abogado un honorario condicional, como el 40 por ciento. Si un demandante gana $100,000 en daños, el abogado recibe $40,000, pero si el demandante pierde, el abogado no recibe nada. Los honorarios condicionales crean otro problema de incentivos. El abogado no internaliza todo el beneficio de trabajar en el caso (recibe el 40 por ciento, no el 100 por ciento). En consecuencia, no trabajará tan duro como debería.

Según el Teorema de Coase, las partes negociarán hasta alcanzar un resultado eficiente siempre que los costos de transacción sean nulos. Los clientes y sus abogados enfrentan un costo de transacción persistente que impide que haya una negociación eficiente: la asimetría de información. Por lo general, el abogado sabe mucho más que el cliente sobre la solidez del caso y la mejor estrategia jurídica a desarrollar. La experiencia del abogado es lo que atrae al cliente en primer lugar. Pero la misma experiencia del abogado dificulta que el cliente lo supervise. ¿El caso fracasó porque el abogado cometió un error o porque el juez se equivocó? Normalmente, el cliente no puede saberlo.

La sociedad ha desarrollado soluciones a los problemas de agencia en el mercado de abogados. Las facultades de derecho y los colegios de abogados imponen obligaciones éticas a los abogados, presionándolos para que pongan los intereses de sus clientes por encima de los propios. Además, la reputación es un factor crucial. Los abogados con buena reputación prosperan, mientras que los abogados con mala reputación generalmente fracasan. Para construir y mantener buenas reputaciones, los abogados deben lograr buenos resultados para sus clientes, lo suficientemente buenos como para que los clientes los recomienden a otras personas. Los abogados recién egresados pueden adquirir una buena reputación trabajando en grandes firmas con nombres reconocidos. La importancia de la reputación podría ayudar a explicar por qué decenas de grandes firmas, en lugar de cientos de pequeñas firmas, dominan los mercados legales más importantes.

3.3. Delegación y Representación

Hemos analizado la delegación de un principal a un agente. Hemos demostrado que el principal y el agente pueden maximizar su bienestar conjunto mediante la negociación o, alternativamente, alineando intereses, como cuando el principal delega tareas en un aliado cercano. En los negocios, un principal a menudo delega en un solo agente. Sin embargo, en el derecho público, la delegación rara vez es tan simple. A veces, el principal es una persona natural, como el Presidente, un gobernador o el Secretario de Salud y Servicios Humanos. Sin embargo, el principal suele ser un grupo, como el Congreso, la Corte Suprema o la Asamblea General de las Naciones Unidas. De manera similar, algunos agentes son personas naturales, pero muchos otros son grupos, como un comité del Congreso, el Departamento del Tesoro o la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios.

La delegación en el ámbito del derecho público tiene otras características importantes. Las cadenas de delegación son largas. El Congreso y el Presidente delegan en la Secretaria de Seguridad Nacional, quien delega en el Director del Servicio de Ciudadanía e Inmigración de los EE.UU., quien delega en el Jefe de la Oficina de Política y Estrategia, quien delega en un subordinado. El último "eslabón" en la cadena es un agente que solo tiene principales. En una democracia, el primer "eslabón" en la cadena es el pueblo. El pueblo solo tiene agentes, incluidos el Congreso y el Presidente.

En teoría, las mismas herramientas utilizadas para promover el bienestar del principal y del agente aplican en el ámbito del derecho público. Si todos los principales y agentes pudieran negociar sin costos, la delegación lograría resultados eficientes para todos ellos. Esta es una aplicación de la Vertiente de Derecho Público del Teorema de Coase. Por supuesto, ninguna democracia está a la

altura de este ideal, aunque algunas normas del derecho público lo promueven. Debates, audiencias, revisiones, sesiones de comités, asambleas partidarias, campañas políticas, procesos presupuestarios abiertos—estas y otras actividades ofrecen foros para que principales y agentes negocien.

Más allá de la negociación, los principales en el derecho público pueden promover el bienestar mediante el principio del aliado. El pueblo se beneficia cuando el Presidente comparte sus valores, el Presidente se beneficia cuando la Secretaria de Defensa comparte sus valores, y así sucesivamente. En la práctica, ninguna democracia tiene un gobierno dirigido por una cadena de aliados perfectos. El pueblo discrepa respecto de cuestiones valorativas, por lo que ningún agente puede reflejar de manera exacta cuales son esos valores. De manera similar, los agentes discrepan entre sí respecto de cuestiones valorativas (como se observa en el Congreso), por lo que ningún subagente—administradores, subcomités, funcionarios civiles—puede reflejar de manera exacta cuales son esos valores. En cada eslabón inferior de la cadena de delegación hay un poco de desviación respecto de los fines que tiene el eslabón superior. El derecho público intenta minimizar esta desviación mediante mecanismos como elecciones, audiencias en el Congreso y el poder de remoción del Presidente. Sin embargo, el derecho público nunca podrá eliminar la posibilidad de desviación por completo.

Hemos visto dos mecanismos que son usados para promover el bienestar al momento de delegar: la negociación y el principio del aliado. Ahora consideramos un tercer mecanismo: el castigo. Los principales pueden incentivar a sus agentes a ser leales por la vía de castigarlos cunado son desleales. Esta estrategia no requiere que los agentes compartan las preferencias de los principales. En cambio, los agentes tienen incentivos para comportarse *como si* compartieran las preferencias de los principales. En los juegos de la delegación y las reglas que analizamos anteriormente, la amenaza de castigo desalienta la evasión de responsabilidades por parte del agente.

El castigo podría no maximizar el bienestar entre el principal y el agente, especialmente cuando el agente no puede rechazar la delegación. Cuando el Presidente Trump ordenó que los inmigrantes que solicitaban asilo esperaran en México, los oficiales de asilo de EE.UU. objetaron, pero obedecieron bajo la amenaza de despido[563]. Como muestra este ejemplo, la amenaza de castigo puede beneficiar al principal mientras perjudica al agente.

[563] Maria Sacchetti, U.S. *Asylum Officers Say Trump's "Remain in Mexico" Policy Is Threatening Migrants' Lives, Ask Federal Court to End It*, Wash. Post, 27 de junio de 2019.

Para maximizar el bienestar, el derecho público debería contabilizar las preferencias de todos los actores, incluidos los agentes. Para lograr aproximarse al bienestar máximo, el derecho público debería considerar las preferencias del *pueblo*, el primer principal en la cadena. El pueblo supera en número a sus agentes, por lo que satisfacer al pueblo tiende a promover el bienestar, incluso si algunos agentes quedan insatisfechos. El derecho público busca satisfacer al pueblo castigando a sus agentes desleales mediante elecciones, leyes contra el soborno y demandas contra agentes abusivos, como los policías que ejercen su poder ilegalmente. El paso previo para que el pueblo castigue a un agente desleal, es observar sus malas acciones. Las libertades de expresión y de prensa, la *Freedom of Information Act*, las leyes de protección a denunciantes anónimos y otras normativas ayudan al pueblo a detectar la deslealtad de sus agentes.

En resumen, la delegación en el derecho público promueve el bienestar a medida que disminuyen los costos de transacción de la negociación, convergen las preferencias de los principales y los agentes, y crece la capacidad del pueblo para monitorear y castigar a sus agentes. En una república, los agentes son los representantes del pueblo. Cuando la delegación promueve el bienestar, podemos decir que la representación es buena.

Preguntas

3.3.1. En Gregory v. Ashcroft, la Corte Suprema confirmó la vigencia de una ley que obligaba a los jueces estatales a retirarse a los 70 años[564]. ¿Son los jueces representantes del pueblo? ¿Por qué un límite de edad para los jueces, pero no para los legisladores o funcionarios del poder ejecutivo, podría mejorar la representación?

3.3.2. Al elegir líderes, los votantes podrían investigar exhaustivamente las posiciones de los candidatos sobre muchos temas. En cambio, algunos votantes simplemente buscan candidatos con que compartan características como sexo, edad, raza y origen. ¿Cómo podría esta estrategia promover una buena representación?

3.3.3. En 2008, una crisis financiera en los Estados Unidos desencadenó una recesión global. Muchas personas culparon a funcionarios como el Secretario del Tesoro, el Presidente de la Junta de la Reserva Federal y el Presidente de la Comisión de Valores y Bolsa. Cuando estos funcionarios manejan mal la política económica, ¿internaliza el Presidente todos los costos? ¿Puede el pueblo confiar en que el Presidente supervisará a estos funcionarios?

[564] 501 U.S. 452 (1991).

4. Teoría Interpretativa de la Delegación

¿Cuándo delegarán los principales autoridad a los agentes? ¿Cuándo beneficiará la delegación a la sociedad? Hemos abordado estas preguntas desde la teoría positiva y la teoría normativa. Ahora pasamos a la teoría interpretativa. La teoría interpretativa responde las preguntas que plantean los abogados. Con respecto a la delegación, los abogados se preguntan: ¿Delegó el Congreso más autoridad de la que permite la Constitución? ¿Es inconstitucionalmente vaga una ley que exige la disposición "digna" de restos fetales[565]? Estas preguntas involucran la Constitución. Otras preguntas involucran leyes: ¿Puede la Agencia de Protección Ambiental (EPA) interpretar la frase "fuente estacionaria" en la *Clean Air Act* de forma tal que incluya una planta industrial?[566]

En los Estados Unidos, las preguntas de rango constitucional sobre delegación son poco frecuentes, mientras que las preguntas de rango legal sobre delegación son comunes. Todos los días, los tribunales deciden si las agencias actúan dentro del ámbito de autoridad que les ha sido delegado por ley. Dado que las preguntas estatutarias son frecuentes, nos enfocaremos en ellas primero. La economía no puede responder todas las preguntas estatutarias sobre delegación, pero puede ayudar.

4.1. Las reglas interpretativas

En el gobierno, los principales a menudo delegan autoridad a los agentes mediante leyes. Así, la *Clean Water Act* delega autoridad sobre "aguas navegables" a la EPA, y la *Food, Drug, and Cosmetics Act* (FDCA) delega autoridad sobre "medicamentos" a la FDA. Las agencias utilizan su autoridad para elaborar y hacer cumplir regulaciones. A menudo, las agencias actúan claramente autorizadas por la ley, pero a veces llevan su autoridad al límite. Para demostrarlo, la FDCA claramente otorgó a la FDA autoridad para tomar decisiones sobre los medicamentos con receta, pero no quedó claro si le entregó autoridad sobre los cigarrillos. Para decidir si la FDA tenía autoridad sobre los cigarrillos, los tribunales tuvieron que interpretar la FDCA.

Los tribunales comienzan a interpretar una ley leyendo su texto. A veces, el texto es claro. Para ilustrarlo, la *Endangered Species Act* prohíbe "tomar" un animal en peligro, donde "tomar" se define

[565] City of Akron v. Akron Ctr. for Reprod. Health, Inc., 462 U.S. 416 (1983).

[566] Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).

como, entre otras cosas, "disparar". La *Endangered Species Act* prohíbe claramente disparar con un arma de fuego a un animal en peligro de extinción[567].

Muchos casos no son tan sencillos. Recuerda la ley que prohíbe "ingresar bombas a un aeropuerto". El lenguaje podría parecer claro, pero no lo es. "Bombas" significar un artefacto explosivo diseñado para dañar personas o infraestructura, o podría significar un instrumento que sirve para mover fluidos, como una máquina utilizada en una piscina para recircular el agua. Para interpretar leyes como esta, los jueces recurren a los *reglas interpretativas*. Estas reglas son principios generales que guían la interpretación. Por ejemplo, la regla de la lectura sistemática instruye a los tribunales leer las palabras dentro del contexto de toda la ley[568]. Aplicando esta regla, un juez podría leer la ley sobre bombas en aeropuertos y descubrir que el preámbulo hace referencia "al peligro que conlleva ingresar armamento explosivo a un aeropuerto". Esta es una buena pista sobre el significado de "bombas". La regla de la lectura sistemática sugiere que la ley prohíbe los artefactos explosivos, pero no las bombas de agua.

Los jueces utilizan decenas de reglas interpretativas[569]. Algunas aplican en situaciones específicas, como la regla que ordena a los tribunales interpretar las leyes sobre veteranos en favor de los veteranos. Otras reglas tienen una aplicación más amplia, como la presunción de uso consistente, que establece que los tribunales deben interpretar una palabra con el mismo significado en toda una ley.

Los académicos dividen las reglas de interpretación en dos categorías: descriptivas y normativas[570]. Las reglas *descriptivas* proporcionan orientación sobre lo que probablemente quiso decir la legislatura al aprobar la ley. Ayudan a "describir" el acuerdo que alcanzaron los legisladores. La regla de la lectura sistemática es una regla descriptiva. Para determinar a qué se referían los legisladores con "bombas," se debe leer toda la ley. Las reglas *normativas*, en cambio, indican a los tribunales cómo resolver cuestiones interpretativas en favor de ciertos objetivos. Por ejemplo, cuando una ley penal puede ser interpretada de dos formas—una más benigna y otra más severa para los acusados—

[567] *Véase* Babbitt v. Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon, 515 U.S. 687 (1995).

[568] *Véase* William N. Eskridge, Jr., *Gadamer/Statutory Interpretation*, 90 Colum. L. Rev. 609 (1990).

[569] Para una lista completa, véase William N. Eskridge, Jr., Philip P. Frickey & Elizabeth Garrett, Cases and Materials on Statutory Interpretation 851–870 (2012).

[570] Esta categorización proviene de Stephen F. Ross, *Where Have You Gone, Karl Llewellyn—Should Congress Turn Its Lonely Eyes to You?*, 45 Vand. L. Rev. 561 (1992). Muchas reglas de interpretación encajan en ambas categorías. Otros académicos ofrecen diferentes categorizaciones. *Véase*, por ejemplo, Caleb Nelson, Statutory Interpretation 81–83 (2011); Cass R. Sunstein, *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, 103 Harv. L. Rev. 405 (1989).

la regla de interpretación pro reo ordena a los tribunales adoptar la interpretación más benigna. Esta regla refleja un juicio de política pública: cuando los jueces no pueden determinar el significado de la ley, deben "desempatar" en favor del acusado.

Las reglas de interpretación no son infalibles. A veces, diferentes reglas apoyan diferentes interpretaciones. Para ilustrarlo, retomemos la ley que prohíbe la "ingresar bombas a un aeropuerto". ¿Prohíbe esta ley ingresar a un aeropuerto una bomba de agua industrial? Supongamos que el preámbulo menciona "objetos de gran capacidad energética". Las bombas de agua industriales pueden ser "objetos de gran capacidad energética," por lo que quizás las bombas de agua industriales cuentan como las "bombas" cuyo ingreso a aeropuertos la ley prohíbe. Sin embargo, la mayoría de las personas no creería que ese tipo de "bombas" no deberían ingresar a aeropuertos, y castigar a alguien por llevar uno parece excesivo. La regla de la interpretación sistemática sugiere que las bombas de agua industriales son el tipo de "bombas" que no pueden ingresar a un aeropuerto, mientras que la regla de interpretación pro reo sugiere que no lo son.

Como muestra este ejemplo, las reglas interpretativas no siempre proporcionan respuestas claras. En lugar de guiar a los jueces hacia interpretaciones correctas, las reglas pueden otorgarles discrecionalidad. Un juez severo sostendrá que las bombas de aguas están prohibidas y citará la regla de la interpretación sistemática, mientras que un juez más benevolente sostendrá que no están prohibidas y citará la regla de la interpretación pro reo.

Como veremos en un capítulo posterior, los jueces ejercen discreción. Sin embargo, no todos los jueces buscan ejercer discreción en todo momento. A menudo parecen buscar la mejor interpretación de la ley que se les presenta. En algunos casos, las reglas que venimos discutiendo pueden ayudarlos a encontrar esa interpretación.

4.2. La regla de delegación

¿La *Food, Drug, and Cosmetics Act* otorga a la FDA autoridad sobre los cigarrillos[571]? ¿La Ley de Agua Limpia otorga a la EPA autoridad para regular humedales aislados[572]? Los jueces se enfrentan a preguntas como estas en casos importantes sobre delegación de autoridad. A veces, las leyes

[571] Food & Drug Admin. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 529 U.S. 120 (2000).

[572] Rapanos v. United States, 547 U.S. 715 (2006).

proporcionan respuestas claras a estas preguntas, pero en casos difíciles no lo hacen. Los jueces se beneficiarían de un principio de interpretación que los guíe hacia respuestas correctas en estos casos difíciles. El análisis económico de la delegación proporciona dicho principio.

Como se discutió, la delegación supone un *trade off* fundamental entre esfuerzo y desviación. Al delegar, un principal se ahorra los costos administrativos de hacer el trabajo por sí mismo, pero corre el riesgo de que el agente se desvíe de sus propósitos. Según el análisis anterior, los principales racionales delegarán hasta que sus ahorros esperados en costos administrativos sean iguales a sus pérdidas esperadas por desviación.

Podemos aplicar esta predicción al derecho. En casos sobre delegación, los jueces se preguntan si una agencia tenía autoridad para tomar cierta acción. Esto equivale a preguntar si el principal delegó el poder para tomar esa acción. Si delegar el poder hubiera ahorrado al principal más costos administrativos de los que habría generado en costos de desviación, es probable que el principal haya delegado el poder. Por el contrario, si delegar el poder hubiera ahorrado menos en costos administrativos de lo que generó en costos de desviación, es probable que el principal no haya delegado el poder.

Como se explicó en un capítulo anterior, los jueces que interpretan la ley a menudo preguntan qué "intentó" hacer la legislatura. Si pensásemos esto como economistas, la pregunta sería: "¿Qué acuerdo alcanzaron los legisladores?" En general, los legisladores no aceptarían un acuerdo que les impusiera más costos de los necesarios. Si pudieran reducir sus costos totales delegando más o delegando menos, presumiblemente lo harían.

Ahora podemos formular la regla de interpretación. Para determinar si una legislatura delegó cierto poder a una agencia, y suponiendo que los materiales legales, como el texto de la ley, no respondan la pregunta, los jueces deben preguntar: ¿Los ahorros administrativos de la legislatura por esta delegación exceden los costos de desviación de la legislatura? Si la respuesta es que sí, entonces la legislatura tenía la intención de delegar el poder, y viceversa. Esta es la *regla interpretativa de delegación* o la teoría de interpretación de la delegación.

La regla interpretativa de la delegación es descriptiva, no normativa. Proporciona una guía para determinar qué es aquello que acordaron los legisladores al redactar una ley efectivamente existente. No trata sobre lo que los legisladores deberían haber acordado en una ley *ideal*. Determinar qué deberían haber acordado los legisladores es una cuestión normativa que involucra complicaciones adicionales: si el agente podía rechazar la delegación, los costos de transacción de la negociación

entre principales y agentes, si los legisladores son buenos o malos representantes del pueblo, y así sucesivamente. Esta regla deja de lado esas complicaciones para abordar una cuestión interpretativa: ¿Los legisladores delegaron este poder?

Los tribunales no pueden medir con precisión los costos administrativos y los costos de desviación. Incluso si pudieran, la regla de la delegación a veces podría llevarlos por el camino equivocado. Los legisladores no siempre toman decisiones para minimizar sus costos administrativos y de desviación. Por ejemplo, podrían delegar incluso cuando los costos de desviación son altos. En tales casos, esta regla podría llevar a los tribunales a una respuesta incorrecta en lugar de una correcta. Como todas las reglas interpretativas, la regla de la delegación es una regla general que admite excepciones, no una ley de la naturaleza. Su propósito es afinar nuestra intuición y auxiliar el razonamiento judicial.

Preguntas

4.2.1. Los legisladores creen que cierta decisión será políticamente impopular. En lugar de tomar la decisión ellos mismos, acuerdan delegar la autoridad a una agencia para que tome la decisión. Sin embargo, los legisladores no redactan la ley de manera clara. Un tribunal aplica la regla de la delegación y concluye que los legisladores no delegaron autoridad a la agencia para tomar la decisión. En este caso, ¿la regla lleva a una buena respuesta desde el punto de vista jurídico? ¿Lleva a una buena respuesta desde la perspectiva de adoptar las mejores políticas públicas?

4.2.2. Las agencias "independientes" son dirigidas por administradores a quienes el Presidente no puede reemplazar fácilmente. Algunos comentaristas argumentan que los tribunales deberían conceder menos discreción a las agencias independientes que a otras agencias[573]. ¿La regla de delegación respalda este argumento?

4.3. Aplicación de la regla de delegación

No encontrarás la frase "regla de la delegación" en opiniones judiciales, ni tampoco encontrarás allí referencias a "costos administrativos" y "costos de desviación". Los jueces no usan estos términos. Sin

[573] *Véase*, por ejemplo, *Randolph J. May, Defining Deference Down: Independent Agencies and Chevron Deference*, 58 Admin. L. Rev. 429 (2006).

embargo, a veces razonan en estos términos. En consecuencia, la regla de la delegación no es una propuesta para un nuevo método de interpretación jurídica. Más bien, la regla etiqueta y sintetiza un tipo de razonamiento que los tribunales ya emplean. Los siguientes ejemplos lo ilustran.

La *Clean Air Act* requería permisos para ciertas "fuentes estacionarias" de contaminación del aire. La Agencia de Protección Ambiental (EPA) interpretó la frase "fuente estacionaria" para significar un conjunto industrial. Para aclararlo, supongamos que una fábrica emite contaminación desde dos chimeneas. Según la interpretación de la EPA, solo hay una "fuente estacionaria" (la fábrica), no dos (cada chimenea). Esta interpretación facilitaba que los contaminadores obtuvieran permisos.

¿Autorizaba la *Clean Air Act* esta interpretación de la EPA? En *Chevron v. Natural Resources Defense Council*[*], la Corte Suprema dijo que sí[574]. La decisión del tribunal estableció la doctrina Chevron, que abordaremos más adelante. Por ahora, consideremos parte del razonamiento del tribunal. Tras notar que la *Clean Air Act* es "técnica y compleja" y requiere equilibrar intereses ambientales y económicos, la Corte señaló que:

> El Congreso tenía la intención de acomodar ambos intereses, pero no lo hizo directamente con el nivel de especificidad que presentan estos casos. Quizás ese cuerpo deseaba conscientemente que el Administrador de la EPA decidiera como equilibrar esos intereses…, pensando que aquellos con mayor *expertise*… estarían en mejor posición para hacerlo; quizás simplemente no consideró la cuestión a este nivel; y quizás el Congreso no pudo forjar una coalición sobre ninguno de estos dos asuntos"[575].

Podemos reformular estos argumentos en nuestros propios términos: los costos administrativos para el Congreso de definir qué era una "fuente estacionaria" eran altos. Mientras tanto, la interpretación de la EPA parecía razonable, lo que significa que los costos de desviación parecían bajos. Según la regla de la delegación, estos hechos sugieren que el Congreso tenía la intención de permitir que la agencia decidiera, y eso es lo que sostuvo la Corte.

* Nota del traductor: esta sentencia fue derogada el 2024 por Loper Bright Enterprises v. Raimondo, 603 U.S. ___ (2024). Así, todo lo que se diga a continuación sobre ella debe leerse con cautela, pues la sentencia ya no tiene fuerza de precedente.

[574] 467 U.S. 837 (1984).

[575] *Id.* en 865.

Veamos otro ejemplo. La Corte Suprema tuvo que decidir si el Departamento de Trabajo tenía autoridad bajo la *Black Lung Benefits Act* para emitir ciertas regulaciones sobre beneficios gubernamentales. La Corte sostuvo que sí. Para justificar su decisión, señaló que:

> "La *Benefits Act* ha producido un programa regulatorio complejo y altamente técnico. La identificación y clasificación de los criterios médicos de elegibilidad necesariamente requieren de un conocimiento especializado significativo e implican el ejercicio de un juicio basado en consideraciones de *policy*. En tales circunstancias, los tribunales deben actuar deferentemente respecto de la agencia a la que el Congreso confió tales determinaciones de política"[576].

Dado que las decisiones requerían *expertise* técnico, los costos administrativos para el Congreso de tomar dichas decisiones serían altos. Mientras tanto, las regulaciones parecían razonables, lo que sugiere que los costos de desviación eran bajos. Estos hechos sugieren que el Congreso tenía la intención de delegar, y eso es lo que concluyó la Corte.

Ahora considera un problema diferente: la subdelegación. La *Clean Water Act* requiere un permiso para descargar ciertos contaminantes. Según la ley, "el Secretario del Ejército, actuando a través del Jefe de Ingenieros" expide los permisos[577]. Una empresa que construía un gasoducto obtuvo un permiso, pero no lo emitió el Jefe de Ingenieros. En cambio, lo otorgó un Ingeniero de Distrito, un subordinado del Jefe de Ingenieros. La cuestión controvertida en *United States v. Mango* era si la *Clean Water Act* permite al Jefe de Ingenieros delegar la autoridad de emisión de permisos a los Ingenieros de Distrito[578]. La corte sostuvo que sí. El Jefe de Ingenieros procesaba hasta 11,000 permisos por año. El tribunal señaló que: "La magnitud de la tarea es tal que es razonable suponer que el Congreso no contempló que fuera realizada por una sola persona"[579].

El tribunal en *Mango* razonó de manera consistente con la regla de delegación. Los costos administrativos de no delegar eran excepcionalmente altos. El Jefe de Ingenieros asumiría los costos directamente—procesaría miles de permisos por año—pero el Congreso soportaría los costos indirectamente. Sobrecargado con la emisión de permisos, el Jefe de Ingenieros no podría cumplir con las otras misiones que el Congreso le encargó. Mientras tanto, la subdelegación no parecía

[576] Pauley v. BethEnergy Mines, Inc., 501 U.S. 680, 697 (1991).

[577] 33 U.S.C. § 1344(d).

[578] United States v. Mango, 199 F.3d 85 (2d Cir. 1999).

[579] *Id.* en 91.

generar costos de desviación significativos. Estos hechos sugieren que el Congreso tenía la intención de permitir que el Jefe de Ingenieros delegara. Eso fue lo que sostuvo el tribunal.

Hemos examinado algunos casos en los que los tribunales razonaron según la regla de la delegación y dieron su visto bueno a la acción de la agencia. Ahora considera algunos casos en los que los tribunales usaron el mismo tipo de razonamiento pero no dieron su visto bueno a la acción de la agencia.

El estado de Oregón permitió a los médicos prescribir medicamentos letales a pacientes terminales que deseaban poner fin a sus vidas. Estos medicamentos estaban regulados por la *Controlled Substances Act* (CSA). El Fiscal General de EE.UU. determinó que estos medicamentos no tenían un propósito médico legítimo. Sin un propósito legítimo, la CSA prohibía a los médicos prescribir estos medicamentos. Así, la determinación del Fiscal General bloqueó la asistencia médica al suicidio en Oregón. ¿Delegó la CSA poder al Fiscal General para decidir qué constituye un propósito médico legítimo? En *Gonzalez v. Oregon*, la Corte Suprema dijo que no[580]. Entre otros argumentos, la Corte declaró que la CSA no podría: "ceder la posibilidad de hacer juicios médicos a un funcionario del poder ejecutivo que carece de *expertise* médico"[581].

La regla de la delegación respalda este razonamiento. A mayor costo de desviación, menor probabilidad de delegación por parte del Congreso. Los costos de desviación aumentan cuando los agentes carecen de *expertise*. Un agente sin conocimientos técnicos tiene menos probabilidades de lograr realizar los objetivos del Congreso, especialmente en áreas especializadas[582]. Tras concluir que el Fiscal General no tenía experiencia en asistencia médica al suicidio, la Corte Suprema sostuvo que el Congreso no delegó esta autoridad.

Consideremos un caso de subdelegación. La *Telecommunications Act* de 1996 buscaba hacer más competitivo el mercado de las telecomunicaciones. Requería que las compañías de telefonía fija permitieran a sus competidores usar sus redes a cambio de una tarifa razonable[583]. La ley otorgó a la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) autoridad para definir los detalles.

[580] 546 U.S. 243 (2006).

[581] *Id.* en 266.

[582] Aquí hay una ilustración del punto. Supón que un familiar enfermo necesita una operación y tu objetivo es que se mejore. Podrías realizar la operación tú mismo, pero no tienes conocimientos médicos. Alternativamente, podrías delegar la operación a un cirujano o a un abogado que, como tú, no tiene experiencia médica. El cirujano tiene más probabilidades de lograr tu objetivo que el abogado. Si el abogado afirmara que delegaste la operación en él, un juez debería mostrarse escéptico.

[583] 47 U.S.C. § 251(c)(3) (1996).

Sin embargo, la FCC subdelegó la autoridad a agencias estatales de telecomunicaciones. Un tribunal sostuvo que la FCC no podía subdelegar esta autoridad:

"Los casos reconocen una distinción importante entre *subdelegación* a un subordinado y *subdelegación* a una entidad externa. La jurisprudencia sugiere firmemente que las subdelegaciones a externos se presumen inadecuadas a menos que haya una autorización expresa del Congreso...
Esta distinción es completamente razonable. Cuando una agencia delega autoridad a su subordinado, la responsabilidad -y, por tanto, la posibilidad de hacerle rendir cuenta- permanece claramente dentro de la agencia federal. Pero cuando una agencia delega poder a entidades externas, las líneas de responsabilidad pueden volverse borrosas… La delegación a entidades externas aumenta el riesgo de que estas partes no compartan la visión nacional de la agencia, lo que puede llevar a resultados incompatibles con los objetivos de la agencia y con el esquema legal subyacente. En resumen, la subdelegación a entidades externas agrava el riesgo de desviación inherente a cualquier relación principal-agente"[584].

El razonamiento del tribunal coincide con la regla de la delegación. La subdelegación de la FCC a agencias estatales aumentaría los costos de desviación para el Congreso. A mayor costo de desviación, menor probabilidad de que el Congreso autorice la delegación.

Estos ejemplos muestran que los jueces razonan como economistas sobre la delegación. El canon de delegación captura un razonamiento que los tribunales ya emplean.

> icar leyes fuera de los Estados Unidos a menos que el Congreso lo autorice explícitamente. La presunción contra la extraterritorialidad limita la autoridad de las agencias[585]. Por ejemplo, las agencias estadounidenses no pueden aplicar el Título VII de la *Civil Rights Act in Saudi Arabia*, y solo pueden aplicarlo en EE.UU., porque el Título VII no indica claramente que se aplique en el extranjero[586]. ¿Es la presunción contra la extraterritorialidad consistente con

[584] U.S. Telecom Ass'n v. F.C.C., 359 F.3d 554, 565–66 (D.C. Cir. 2004).

[585] *Véase* Cass R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U. Chi. L. Rev. 315, 316 (2000).

la regla de la delegación? ¿Por qué podrían ser mayores los costos de desviación cuando las agencias actúan fuera de los Estados Unidos?

4.3.2. La *Food, Drug, and Cosmetic Act* de 1938 otorgó a la FDA autoridad para regular "medicamentos". ¿Es el tabaco un "medicamento"? Sabemos por el caso *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp*. que la Corte Suprema dijo que no. Para llegar a esa conclusión, la Corte identificó seis leyes aprobadas por el Congreso después de 1938 que regulaban el tabaco. Según la Corte, la existencia de estas seis leyes implicaba que el Congreso tenía la intención de regular el tabaco directamente, y no de delegar autoridad a la FDA[587]. ¿Es esto consistente con la regla de la delegación? ¿Qué nos dicen, si acaso nos dicen algo, esas seis leyes sobre los costos administrativos del Congreso?

[586] *Véase* E.E.O.C. v. Arabian Am. Oil Co., 499 U.S. 244 (1991). Esto ha cambiado desde el caso. *Véase* Renee S. Orleans, *Extraterritorial Employment Protection Amendments of 1991: Congress Protects U.S. Citizens Who Work for U.S. Companies Abroad,* 16 Md. J. Int'l L. & Trade 147 (1992).

[587] Food & Drug Admin. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 529 U.S. 120, 122–23 (2000). ("Bajo estas circunstancias, es evidente que el Congreso ha ratificado la posición que anteriormente, y durante un largo tiempo la FDA tuvo de que carece de jurisdicción para regular los productos del tabaco tal como estos son habitualmente comercializados. El Congreso ha creado un esquema distinto para abordar el tema, y ese esquema excluye cualquier papel para la regulación de la FDA").

Conclusión

Los partidos políticos ofrecen programas a los votantes, los votantes eligen entre estos programas en las elecciones, y los jefes de agencias o ministros de estado dirigen a los funcionarios públicos para que implementen estos programas. Cada eslabón en la cadena de autoridad consiste en un principal y un agente. Delegar autoridad en agentes reduce los costos administrativos para los principales y otorga a los agentes la oportunidad de desviar recursos. Los principales prefieren delegar poder cuando sus costos de oportunidad son altos y cuando pueden monitorear y castigar la desviación de los agentes. Estas ideas iluminan la decisión de delegar por parte de ciudadanos, presidentes, legisladores y jueces. De manera similar, explican la elección entre reglas y estándares. El siguiente capítulo aplicará estas generalizaciones a una variedad de problemas y casos.

Novena Parte
Aplicaciones de la teoría de la Delegación

Aplicaciones de la teoría de la Delegación

En *The Federalist Papers*, Madison examinó el "poder delegado por la Constitución propuesta al gobierno federal"[588]. Llegó a una conclusión "innegable": "ninguna fracción de poder es innecesaria o inapropiada para lograr los objetivos necesarios de la Unión"[589]. Los redactores de la Constitución de los EE. UU. se centraron en la delegación al redactarla. Hoy en día, los legisladores se centran en la delegación al redactar otras leyes: tratados, estatutos, ordenanzas municipales y opiniones judiciales. La delegación es fundamental para el derecho público. El capítulo anterior proporcionó un análisis general de los aspectos positivos, normativos e interpretativos de la delegación. Aquí aplicamos esas ideas a problemas legales particulares. Abordamos cuestiones como estas:

> *Ejemplo 1*: Las agencias producen miles de regulaciones cada año. Al igual que los estatutos, las regulaciones requieren interpretación. Las agencias a menudo interpretan sus propias regulaciones. En *Auer v. Robbins*, la Corte Suprema sostuvo que los jueces deben ser deferentes con las interpretaciones que las agencias hacen de sus propias regulaciones, a menos que la interpretación sea "claramente errónea o inconsistente con la regulación"[590]. *Auer* otorga a las agencias mucha discreción a la hora de determinar el significado de sus regulaciones. ¿Beneficia esto a las agencias? ¿Beneficia a sus principales (el Congreso, el Presidente, los ciudadanos)?
>
> *Ejemplo 2:* El alcalde de Fort Lee, Nueva Jersey, no apoyó la candidatura a la reelección del gobernador Chris Christie. Para castigarlo, funcionarios crearon un estudio de tráfico falso y cambiaron los carriles en un puente, causando un embotellamiento en Fort Lee. Los funcionarios fueron condenados bajo un estatuto federal que penaliza "cualquier esquema o artificio para defraudar, o para obtener dinero o propiedad mediante falsas pretensiones, representaciones o promesas fraudulentas" [591]. En *Kelly v. United States*, la Corte Suprema

[588] The Federalist No. 44, en 233 (James Madison) (Ian Shapiro ed., 2009).

[589] *Id.*

[590] 519 U.S. 452, 461 (1997). *Pero véase* Kisor v. Wilkie, 139 S. Ct. 2400, 2416 (2019) ("[N]o toda interpretación razonable de una norma genuinamente ambigua por parte de una agencia debe recibir deferencia según *Auer*".).

[591] 18 U.S.C. § 1343.

ordenó la liberación de los funcionarios[592]. Según la Corte, la reasignación de carriles por parte de los funcionarios fue un ejercicio del poder regulatorio, no una apropiación de dinero o propiedad, por lo que no violaron la ley. ¿Estás de acuerdo?

Ejemplo 3: En *Citizens United*, la Corte Suprema sostuvo que la Primera Enmienda otorga a las corporaciones estadounidenses el derecho a gastar cantidades ilimitadas en anuncios para influir en las elecciones de EE. UU[593]. El juez Kennedy escribió: "el faccionalismo debe ser controlado por la vía de permitir a todas las facciones hablar... y confiar en que el pueblo juzgue qué es verdadero y qué es falso[594]". El juez Scalia escribió: "Deberíamos celebrar en lugar de condenar que este discurso se sume al debate público[595]". Si tener más discusión pública es mejor, ¿por qué la ley estadounidense prohíbe a las corporaciones extranjeras publicar anuncios para influir en las elecciones de EE. UU.?

Como muestran las preguntas, algunos problemas de delegación en el derecho público involucran las operaciones diarias en que se involucra el estado, como agencias emitiendo regulaciones. Otras cuestiones de delegación afectan la estructura del estado o "las reglas del juego". Discutiremos ambas, comenzando con las agencias y regulaciones y luego pasando a temas como la corrupción, el financiamiento de campañas y el cabildeo. Para analizar estos temas, combinamos razonamientos positivos, normativos e interpretativos.

1. Agencias y Derecho Administrativo

En los Estados Unidos, el Congreso y el Presidente aprueban pocos estatutos, mientras que las agencias administrativas emiten muchas regulaciones. Las regulaciones abordan temas como la seguridad alimentaria, la conservación de energía, los procedimientos de inmigración, los préstamos estudiantiles, las enfermedades transmisibles y las aves migratorias. Para promulgar estas regulaciones, las agencias siguen ciertos procedimientos, algunos de los cuales son opcionales y otros obligatorios. Un vasto cuerpo normativo llamado "derecho administrativo" rige estos procedimientos. Gran parte del

[592] 140 S. Ct. 1565 (2020).

[593] Citizens United v. F.E.C., 558 U.S. 310 (2010). Específicamente, las corporaciones tienen el derecho de gastar cantidades ilimitadas en "gastos políticos independientes". *Véase Id.*

[594] *Id.* en 355.

[595] *Id.* en 393 (Scalia, J., concurrente).

derecho administrativo gira en torno a una pregunta: ¿Cómo deben los tribunales revisar las acciones de las agencias? ¿Deben mostrar deferencia, permitiendo que las agencias tengan mayor discreción, o no deben mostrar deferencia, lo que limitaría su discreción? Analizaremos esta elección.

1.1. La Doctrina Chevron

El capítulo anterior introdujo *Chevron v. Natural Resources Defense Council*, un caso famoso en el derecho administrativo de EE. UU[596]. Aquí describimos los detalles. La *Clean Air Act* de 1963 tenía como objetivo controlar la contaminación del aire a nivel nacional. En virtud de esta ley, la Agencia de Protección Ambiental (EPA) estableció estándares de calidad del aire. No todos los estados cumplieron con estos estándares. En 1977, una nueva ley exigió que los estados incumplidores regularan las "fuentes estacionarias principales nuevas o modificadas" de contaminación del aire. Según esta nueva ley, no se podía construir o modificar ciertas "fuentes estacionarias" de contaminación sin un permiso. Obtener un permiso era complicado. En consecuencia, la definición de "fuente estacionaria" era importante. Si cada chimenea se consideraba una "fuente estacionaria," entonces las fábricas necesitarían muchos costosos permisos.

El estatuto no incluía una definición de "fuente estacionaria". Por lo tanto, la EPA proporcionó una, eligiendo una definición a nivel de "planta". Según esta definición, las plantas industriales, en lugar de cada una de sus secciones individuales, se consideraban "fuentes estacionarias". Para ver la diferencia, imagina una fábrica con dos edificios. El jefe quiere cerrar la producción en el primer edificio, eliminando una chimenea, y comenzar a producir en el segundo edificio, agregando una nueva chimenea. Bajo una definición estricta de "fuente estacionaria," el jefe necesitaría un permiso para agregar la nueva chimenea. Bajo la definición de la EPA, el jefe no necesitaría un permiso siempre que la contaminación total de la fábrica no aumentara.

Los grupos ambientalistas impugnaron la definición de la EPA. La cuestión era interpretativa: ¿qué significa "fuente estacionaria"? La Corte Suprema no pudo encontrar una respuesta. El estatuto no proporcionaba una definición y la historia legislativa era inconsistente. Para que la ley funcionara, alguien tenía que elegir una definición, y la pregunta era quién debía hacerlo. ¿Debería la EPA seleccionar una definición o deberían hacerlo los jueces?

[596] 467 U.S. 837 (1984).

La Corte Suprema estableció una prueba de dos pasos para casos como este. Primero, los jueces deben preguntarse si "el Congreso se ha referido a la cuestión precisa en disputa"[597]. En otras palabras, ¿el Congreso proporcionó una respuesta a la cuestión interpretativa? Si es así, la elección del Congreso prevalece. Si no, los jueces deben avanzar al segundo paso y preguntar si la agencia eligió "una interpretación permisible del estatuto" [598]. En otras palabras, ¿la agencia proporcionó una respuesta razonable a la cuestión interpretativa? Si es así, la elección de la agencia prevalece.

Para aclarar cómo operan los dos pasos de *Chevron*, considera un ejemplo. El Congreso promulga un estatuto confuso que podría significar *A*, *B* o *C*. Una agencia interpreta el estatuto en el sentido de C. Bajo Chevron, la primera pregunta para los tribunales es si el Congreso hizo una elección entre *A*, *B* o *C*. Los jueces leen el estatuto, aplican las reglas interpretativas y consultan otras fuentes legales.Si concluyen que la respuesta es que el Congreso sí realizó una elección (por ejemplo, el Congreso eligió *B*), entonces la elección del Congreso prevalece (la agencia se equivocó al elegir *C*, debe elegir *B*). Si la respuesta es que el Congreso no tomó una decisión, entonces la pregunta para los tribunales es si la interpretación de la agencia es razonable. Si las fuentes legales respaldan las interpretaciones *A* y *B* pero excluyen *C*, entonces la agencia se equivocó; debe elegir entre *A* y *B*. Si las fuentes legales respaldan *B* y *C* pero excluyen *A*, entonces la elección de *C* por parte de la agencia es permisible.

Los jueces han aplicado la doctrina *Chevron* en miles de casos. Mientras tanto, los académicos la han analizado en cientos de artículos. Existen fuertes desacuerdos sobre si el caso fue decidido correctamente desde el punto de vista legal y si fomenta un comportamiento bueno o malo por parte de las agencias. El análisis económico puede iluminar esta controversia.

Preguntas

1.1.1. Según el juez Gorsuch, *Chevron* otorga a las "burocracias el poder de absorber enormes cantidades de poder judicial y legislativo... de una manera que parece más que un poco difícil de conciliar con el diseño de la Constitución de los redactores[599]". ¿Tiene razón? Considera lo siguiente:

[597] *Id.* en 842.

[598] *Id.* en 843.

[599] Gutierrez-Brizuela v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurrente). El juez Gorsuch escribió esto como juez de circuito, esto es, antes de su nombramiento en la Corte Suprema.

(a) Chevron otorga discreción a las agencias cuando la ley es vaga y cuando la ley es ambigua. La vaguedad suele indicar una delegación de autoridad, mientras que la ambigüedad suele señalar un error en la redacción. ¿Quién está más capacitado para resolver errores de redacción, las agencias o los tribunales[600]?

(b) Una ley está sujeta a tres interpretaciones: *A*, *B* y *C*. La agencia elige *C*. Tras una revisión cuidadosa, un juez determina que *C* es una interpretación razonable. Sin embargo, el juez considera que *B* es la mejor interpretación. ¿La doctrina Chevron exige que la agencia cambie de la interpretación *C* a *B*?

(c) "Es, enfáticamente, la competencia y el deber del poder judicial señalar cuál es el contenido de la ley[601]". La declaración del presidente de la Corte Suprema Marshall implica que los jueces tienen la última palabra al interpretar la ley. Supón que un estatuto es vago. El tribunal de primera instancia interpreta el estatuto y concluye que la mejor interpretación es *A*. Posteriormente, la agencia encargada del estatuto concluye que la mejor interpretación es *B*. Según Chevron, la interpretación del tribunal de primera instancia prevalece si concluye que el estatuto inequívocamente significa *A*. Sin embargo, si el tribunal de primera instancia admitió que el estatuto es poco claro, entonces la interpretación de la agencia prevalece sobre la del tribunal[602]. ¿Esto contradice al presidente de la Corte Suprema Marshall?

1.2. ¿Qué maximizan las agencias?

Chevron ordena a los tribunales que sean deferentes con las agencias en ciertos casos. ¿Esto promueve buenas medidas de *policy*? La respuesta depende de cuan competentes son las agencias. La competencia de una agencia depende, en parte, de los objetivos de las personas que la integran. Los directores ejecutivos maximizan las ganancias, los monjes maximizan la iluminación y los médicos maximizan la salud. ¿Qué maximizan los burócratas?

Como buenos representantes, las agencias podrían tratar de maximizar el interés público. Un agente benevolente regula e impone normas hasta que los beneficios marginales para la sociedad de sus esfuerzos sean iguales a los costos marginales de dichos esfuerzos. La Figura 39 representa esta

[600] *Véase* Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *The Unbearable Rightness of Auer*, 84 U. Chi. L. Rev. 297, 307 (2017).

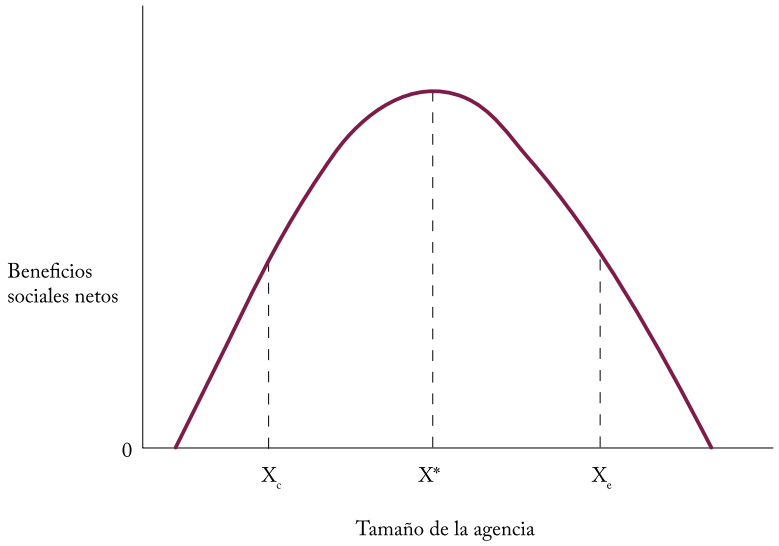
[601] Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 177 (1803).

[602] *Véase* Nat'l Cable & Telecomm. Ass'n v. Brand X Internet Servs., 545 U.S. 967 (2005).

posibilidad[603]. El eje horizontal representa el tamaño de la agencia, que podría medirse en términos de su presupuesto, personal o poder. El eje vertical indica los beneficios para la sociedad (beneficios sociales netos, es decir, beneficios menos costos) generados por la agencia. Desde la izquierda hacia la derecha, la agencia se expande y los beneficios sociales netos aumentan. Los beneficios sociales netos alcanzan su máximo cuando el tamaño de la agencia es igual a x*, el óptimo social.

Las agencias a menudo imponen costos a las personas que regulan, como cuando la EPA obliga a las plantas de energía a reducir sus emisiones. Sin embargo, no todas las personas que son reguladas sufren a causa de la regulación. Algunas personas buscan se regule cierto ámbito para así restringir la competencia. Las aerolíneas podrían querer que los reguladores fijen tarifas y rutas para asfixiar a sus competidores, o los agricultores podrían querer subsidios extensivos (hablaremos más sobre los subsidios más adelante). Regulaciones nuevas y más flexibles pueden reemplazar regulaciones antiguas y más estrictas, reduciendo los costos para las partes reguladas. Bajo el gobierno del presidente Trump, la EPA emitió nuevas regulaciones que relajaban los requisitos de uso de combustible en los automóviles. En casos extremos, la industria captura a la agencia que la regula. Los regulados utilizan al regulador para extraer valor para sí mismos, como ocurre con las ganancias monopólicas[604]. La captura implica que la agencia no regula lo suficiente en interés del público. En la Figura 39, la agencia tiene un tamaño como x_c, que es subóptimo.

Figura 39. Agencias y beneficios sociales



[603] Esta cifra y análisis se basan en Robert D. Cooter, The Strategic Constitution 151–52 (2000).

[604] *Véase* Einer Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?,* 101 Yale L.J. 31 (1991); George Stigler, The Citizen and the State (1975).

Ahora considera una última posibilidad: los reguladores se sirven a sí mismos. Los reguladores tienen sus propios intereses. Siendo humanos, confunden lo que es mejor para ellos con lo que es mejor para la sociedad. A medida que una agencia se expande, sus administradores suelen obtener más responsabilidades, prestigio, poder y salario. En consecuencia, los administradores pueden favorecer una expansión más allá del tamaño socialmente óptimo. Según el principio de *engordamiento**, los administradores se esfuerzan por maximizar el tamaño de su agencia, medido en términos de presupuesto o personal[605]. En la Figura 39, un agente que busca expandirse querrá avanzar lo más posible hacia la derecha en el eje horizontal, digamos, hasta el punto x_e.

La Figura 39 representa los intereses de los reguladores, los regulados y el público en general. Los reguladores podrían preferir una organización inflada en x_e, los regulados prefieren una organización pequeña en x_e, y el público en general prefiere el óptimo social x^*. ¿Quién suele ganar en política? A veces, los resultados siguen la regla de la mediana, lo que puede llevar al óptimo social, como explicaron los capítulos sobre votación. Sin embargo, el público en general suele estar desorganizado, desinformado y carece de influencia. En contraste, las partes reguladas y los administradores a menudo tienen un interés intenso en una agencia en particular, por lo que se organizan para obtener mejor información y mayor influencia. En algunas ocasiones, los administradores ganan la competencia política y la agencia se vuelve demasiado grande, mientras que en otras ocasiones los regulados ganan la competencia política y la agencia se vuelve demasiado pequeña.

Preguntas

1.2.1. Los críticos argumentan que la revisión judicial de las acciones de las agencias impone costos altos a éstas últimas. Los defensores de la revisión judicial sostienen que ésta mejora la calidad y "legitimidad" de las acciones de las agencias.
(a) El argumento a favor de la revisión judicial, ¿depende de qué maximiza la agencia?
(b) Imagina un espectro de revisión judicial que va desde la deferencia total (sin revisión) hasta la ausencia total de deferencia (revisión rigurosa). Desde un punto de vista teórico,

* Nota del traductor: en su versión original, el libro se refiere al "principle of engorgement", significando "engorgement" el estado de una parte del cuerpo que se ha inflamado con o llenado de un líquido. La traducción más inmediata de "engorgement" es "engurgitación". Se optó por el término "engordamiento", el cual es de uso más común e igualmente puede transmitir la idea de que se ha llegado a un tamaño indeseado.

[605] *Véase* William A. Niskanen, Bureaucracy and Representative Government (1971).

¿cuál es el grado óptimo de deferencia a las acciones de las agencias? ¿Qué información necesitarías para determinar si el grado de deferencia existente es óptimo? ¿Alguien posee esta información?

Patrullas Policiales versus Alarmas de Incendio

Los abogados se preocupan de que las agencias no se desvíen de sus fines, como cuando un administrador capturado sirve a la industria en lugar de al público general. ¿El Congreso se preocupa por la desviación de las agencias? Durante muchos años, los académicos pensaron que la respuesta era que "no". Basaron esta conclusión en la ausencia de supervisión legislativa. Después de delegar poder a las agencias, uno podría esperar que el Congreso monitoree su comportamiento. Por ejemplo, uno podría esperar que los senadores realicen audiencias sobre las actividades de las agencias, exijan informes mensuales de los expertos de las agencias o incluso visiten sus instalaciones. En realidad, el Congreso hizo poco de esto. En lugar de supervisar a las agencias, el Congreso parecía ignorarlas. Un académico escribió: "[L]a supervisión es una función congresional vital pero descuidada".

Mathew McCubbins y Thomas Schwartz pensaban lo contrario. Ellos distinguieron dos formas de supervisión. Primero, el Congreso podría monitorear a las agencias de manera sistemática y continua. Esto podría incluir audiencias rutinarias, informes e inspecciones. A esto se le llama supervisión tipo *patrulla policial* porque se asemeja a policías patrullando las calles. La mayoría de las revisiones no descubren nada, pero ocasionalmente sirve funciones disuasorias o revelan algún problema. Segundo, el Congreso podría permitir a ciudadanos y grupos de interés monitorear las agencias. Por ejemplo, los estatutos podrían exigir que las agencias realicen audiencias públicas, soliciten comentarios de las partes reguladas y publiquen sus decisiones. Además, los estatutos podrían permitir impugnaciones en los tribunales, donde los jueces pueden corregir las acciones de las agencias. A esto se le llama supervisión tipo *alarma de incendio*. El Congreso instala alarmas de incendio y los actores privados las activan cuando las agencias se comportan de manera indebida.

McCubbins y Schwartz argumentan que el Congreso prefiere las alarmas de incendio. Gran parte de la supervisión tipo patrulla policial desperdicia tiempo y esfuerzo. En cambio, la supervisión tipo alarma de incendio es más precisa. El Congreso solo presta atención cuando un ciudadano activa la alarma. Además de esto último, y de manera relacionada, los miembros del Congreso buscan la reelección. Las alarmas de incendio ayudan al Congreso

a responder a los ciudadanos más necesitados, generando apoyo político, mientras que la supervisión rutinaria tipo patrulla policial no lo hace. Finalmente, las alarmas de incendio transfieren costos. En lugar de gastar sus propios recursos en una supervisión continua, la mayor parte de la cual no detecta problemas, el Congreso empodera a los actores privados para que monitoreen. Esos actores gastan sus propios recursos para mantener a las agencias bajo control.

Según McCubbins y Schwartz, el Congreso no deja de lado la labor de supervisión del estado administrativo. En cambio, usa alarmas de incendio, que son descentralizadas y más difíciles de percibir para los ciudadanos comunes que la supervisión tipo patrulla policial. Este sistema probablemente sea el que mejor sirve los intereses del Congreso. ¿Es también el que mejor sirve a los tribunales? ¿El que mejor sirve a la sociedad?

1.3. Competencia Institucional

Los académicos han estudiado extensamente el diseño de agencias, su captura y su engordamiento. Sin embargo, la mayoría de los abogados no participan en el diseño de agencias. En los tribunales, los jueces no hacen preguntas como: "¿Qué maximiza la agencia?" o "¿Cómo reestructuraría la EPA?" En cambio, hacen preguntas como las siguientes: "¿Es razonable la definición de 'fuente estacionaria' de la EPA?" Las cuestiones interpretativas parecen ser independientes de las cuestiones de diseño institucional. En consecuencia, el diseño institucional podría parecer irrelevante para la interpretación.

Pero esto no es del todo correcto. Algunas preguntas interpretativas no tienen una solución determinable. Muchos jueces inteligentes analizaron los materiales legales en *Chevron* y no pudieron ponerse de acuerdo sobre una definición de "fuente estacionaria". Algunos estatutos permiten múltiples interpretaciones entre las cuales los intérpretes deben elegir. En tales casos, la respuesta a las preguntas interpretativas depende de la deferencia con que los tribunales traten a las agencias. Si los tribunales son deferentes, entonces las agencias resuelven las preguntas interpretativas, como en *Chevron*. Si los tribunales no son deferentes, entonces los jueces resuelven las preguntas interpretativas.

Las decisiones sobre deferencia generalmente las toman los jueces e influyen en ellas los abogados. Los tribunales suelen elegir si serán deferentes o no. Esa elección depende y debería depender de cuan competente es la agencia[606]. La competencia de una agencia depende de su diseño.

[606] *Véase* Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Interpretation and Institutions,* 101 Mich. L. Rev. 885 (2003).

Para profundizar, recuerda que la delegación plantea un *trade off* fundamental: el principal ahorra costos administrativos, pero incurre en costos de desviación. En el derecho administrativo, el Presidente y el Congreso son los principales, y agencias como la EPA son los agentes. Los tribunales son un tercer jugador en el juego. No son exactamente agentes del Presidente o del Congreso. Como escribió el presidente de la Corte Suprema Marshall, los jueces sirven "la voluntad de la ley"[607]. Lo que exige la ley puede diferir de lo que quieren el Presidente y el Congreso, o al menos el Presidente y el Congreso del momento actual[608]. Del mismo modo, los tribunales no son principales de las agencias. Las agencias reciben la mayoría de sus instrucciones y recompensas de los legisladores que promulgan estatutos, no de los jueces que deciden casos. Así, los tribunales complican el juego.

Supón que el Congreso y las agencias son "enemigos" (las agencias se desviarán cuando puedan), mientras que el Congreso y los tribunales son aliados (lo que es bueno para el Congreso es bueno para los tribunales). Los tribunales impondrán menos costos de desviación que las agencias. Manteniendo todo lo demás constante, los tribunales deberían resolver las preguntas interpretativas ellos mismos en lugar de deferir a las agencias. Esto reduciría los costos de desviación del Congreso. Si el Congreso representa a los ciudadanos, esto también reduciría los costos de desviación para la sociedad.

¿Son los tribunales aliados del Congreso como hemos supuesto? Tal vez. El Senado confirma a los jueces federales, y presumiblemente los senadores no confirmarán a "enemigos". Pero los jueces a menudo permanecen en el tribunal mucho después de que los senadores que los confirmaron dejan el cargo. Además, los jueces son independientes. La independencia podría hacer de ellos intérpretes desinteresados de la ley. Pero la independencia también va de la mano con poder, y el poder puede corromper. Los Anti-Federalistas que se opusieron a la Constitución de EE. UU. temían que los jueces fueran "independientes del pueblo, de la legislatura y de todo poder bajo el cielo"[609]. Hablaremos más sobre la independencia judicial más adelante. Por ahora, el punto es que las agencias responden ante el Congreso y el Presidente, mientras que los jueces no operan así. En consecuencia, los jueces podrían

[607] Osborn v. Bank of United States, 22 U.S. 738, 866 (1824).

[608] Aquí está la cita completa del Presidente del Tribunal Marshall: "El poder judicial nunca se ejerce con el propósito de dar efecto a la voluntad del juez, sino siempre con el propósito de dar efecto a la voluntad de la legislatura; o, en otras palabras, a la voluntad de la ley". Marshall equipara la "voluntad de la legislatura," o lo que podríamos llamar intención legislativa, con la "voluntad de la ley". Esto es controvertido entre algunos juristas modernos, pero dejemos eso de lado. Los legisladores podrían promulgar intencionadamente un estatuto que viole la Constitución, pero la Constitución prevalece. Por lo tanto, los jueces no pueden ser agentes perfectos del Congreso.

[609] *Essays of Brutus XV*, en The Anti-Federalist: Writings by the Opponents of the Constitution 182, 183 (Herbert J. Storing ed., 1985).

imponer costos de desviación más altos que las agencias[610]. Si lo hacen (manteniendo todo lo demás constante), los jueces deberían deferir a las agencias.

Habiendo discutido los costos de desviación, ahora consideremos los costos administrativos. La delegación ahorra tiempo y recursos al Congreso. Esos ahorros aumentan cuando el asunto requiere *expertise*. Para ilustrarlo, pocos miembros del Congreso saben de medicina. En consecuencia, sería difícil para el Congreso redactar buenas normas para prevenir una pandemia, como el coronavirus que comenzó a propagarse en 2019. Delegar a un agente competente ahorra al Congreso mucho esfuerzo. Si una agencia como el Departamento de Salud y Servicios Humanos es más competente que los tribunales, entonces los tribunales deberían deferir a sus interpretaciones, manteniendo todo lo demás constante. Por supuesto, las agencias no siempre son competentes. La Administración de Alimentos y Medicamentos tardó 12 años en definir el término "mantequilla de maní"[611]. Si los tribunales son más competentes que las agencias, los jueces no deberían deferir.

En resumen, los tribunales deberían deferir cuando las agencias tienen menores costos de desviación y costos administrativos, y los tribunales deberían decidir por sí mismos cuando las agencias tienen mayores costos de desviación y costos administrativos. En la práctica, los jueces podrían tener menores costos de desviación (porque tienden a respetar los acuerdos legislativos), y las agencias podrían tener menores costos administrativos (porque tienden a poseer más *expertise*). Los tribunales deberían deferir cuando la ventaja de la agencia en *expertise* supere la ventaja del tribunal en costos de desviación. Cabe señalar que estas son afirmaciones de *policy*, no afirmaciones jurídicas. La ley podría exigir que los tribunales defieran incluso cuando hacerlo genere un mal *policy*, y viceversa.

Hemos analizado los tribunales y las agencias por separado, como si las decisiones de uno no afectaran al otro. En la práctica, sus decisiones interactúan. La decisión ex post de un tribunal sobre si será deferente o no, es decir, la decisión que toma después de que la agencia actúa, afecta el comportamiento que la agencia tendrá ex ante. Al revisar la decisión de una agencia, los tribunales generalmente hacen más que leer la ley. Sujetan muchas acciones de las agencias a una revisión estricta[612]. La

[610] Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Interpretation and Institutions*, 101 Mich. L. Rev. 885, 935 (2003) ("Si los jueces son corruptos, parciales, mal informados o por cualquier otra razón no se puede confiar en ellos, difícilmente tendría sentido confiarles [el poder de revisar agencias]".).

[611] El presidente Jimmy Carter dijo: "[N]o debería haber tomado 12 años y un expediente de más de 100.000 páginas para que la FDA decidiera qué porcentaje de maní debería haber en la mantequilla de maní". Angie M. Boyce, *"When Does It Stop Being Peanut Butter?": FDA Food Standards of Identity, Ruth Desmond, and the Shifting Politics of Consumer Activism, 1960s–1970s*, 57 Tech. & Culture 54 (2016). El arduo proceso no fue enteramente culpa de la FDA. *Véase* Richard A. Merrill & Earl M. Collier, Jr., *"Like Mother Used to Make": An Analysis of FDA Food Standards of Identity*, 74 Colum. L. Rev. 561 (1974).

[612] *Véase*, por ejemplo, Cass R. Sunstein, *In Defense of the Hard Look: Judicial Activism and Administrative Law,* 7 harv. j.l. & pub. pol'y 51 (1984).

agencia, ¿recopiló hechos, realizó audiencias, acudió al conocimiento científico, consultó a la industria, consideró costos y beneficios y explicó su decisión? Si los tribunales examinan minuciosamente, entonces las agencias deben emplear procedimientos exhaustivos; de lo contrario, los tribunales rechazarán sus decisiones.

El análisis económico aclara esta relación. Una revisión exigente por parte de los tribunales eleva los costos de acción de las agencias. Cuando el costo de producir automóviles aumenta, la gente produce menos automóviles. De manera similar, cuando el costo de regular aumenta, las agencias emiten menos regulaciones. En lugar de realizar procedimientos más básicos o simples para hacer dos regulaciones rápidamente, ambas de las cuales serán rechazadas por los tribunales, las agencias podrían optar por realizar procedimientos exhaustivos para producir una regulación que los tribunales acepten. En resumen, una revisión exigente por parte de los tribunales tiende a reducir la acción de las agencias. Los académicos del derecho que notaron este fenómeno lo llamaron "osificación"[613].

La osificación, ¿es buena o mala? La respuesta depende de muchos factores. Si las regulaciones tienden a ser dañinas porque las agencias son incompetentes, entonces la osificación es beneficiosa. Si procedimientos exhaustivos solo desperdician tiempo, deberían ser eliminados. Si procedimientos exhaustivos mejoran las regulaciones, entonces una revisión exigente por parte de los tribunales crea un *trade off*: las agencias producen pocas regulaciones de alta calidad en lugar de muchas regulaciones de baja calidad. Para ilustrar este *trade off*, imagina dos problemas sociales: la pobreza y la salud. El Departamento de Salud y Servicios Humanos puede abordar la pobreza con una regulación de alta calidad, dejando la salud sin abordar, o puede abordar la pobreza y la salud con dos regulaciones de menor calidad. A veces, la primera opción es mejor; otras veces, la segunda opción es preferible.

Considera otra complicación: el costo de la revisión. Un escrutinio cuidadoso por parte de los jueces aumenta los costos de las agencias, pero también aumenta los costos de los tribunales. En lugar de leer rápidamente una ley, los jueces deben consultar registros, leer transcripciones y revisar procedimientos. Esto les quita tiempo y atención de otros casos. Para decidir si revisar en profundidad vale la pena, es necesario considerar todos los costos, incluidos los costos del sistema judicial.

[613] *Véase* Thomas O. McGarity, *Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process*, 41 Duke L.J. 1385 (1992).

Finalmente, considera un tema de un capítulo anterior: los costos de transición. Estos incluyen los costos que enfrentan las personas al adaptarse a nuevas leyes. Los costos de transición aumentan cuando la ley cambia con mayor frecuencia. La revisión judicial de las acciones de las agencias puede hacer que la ley cambie con mayor frecuencia. Para ilustrarlo, considera la contaminación del aire en los Estados Unidos. En 2005, la EPA promulgó la *Clean Air Interstate Rule.* En 2008, un tribunal federal anuló la norma, declarando que la "EPA debe rehacer su análisis desde cero" sin importar las "consecuencias disruptivas"[614]. En 2011, la EPA promulgó una norma de reemplazo llamada *Cross-State Air Pollution Rule* (CSAPI). En 2012, un tribunal federal anuló la CSAPI[615]. En 2014, la Corte Suprema revocó la decisión del tribunal inferior y restableció la CSAPI[616]. Sin revisión judicial, la regulación de la contaminación del aire podría haberse mantenido estable. En cambio, cambió cuatro veces en diez años. Cualesquiera que sean sus beneficios, la revisión judicial de la EPA introdujo numerosos costos de transición.

Preguntas

1.3.1. Sin supervisión judicial, una agencia técnica podría contratar a muchos científicos que se centren en regular. Con supervisión judicial, la agencia debe reemplazar a algunos científicos con abogados que se enfoquen en posibles litigios. La supervisión por parte de los jueces cambia el personal y las prioridades de las agencias[617]. ¿Es esto bueno o malo?
1.3.2. Supón que una agencia quiere promulgar tres normas. Puede promulgarlas individualmente, generando tres regulaciones menores, o puede "agruparlas" en una única regulación mayor. ¿Aconsejarías a la agencia agruparlas? Al responder, considera estos hechos. Las agencias necesitan la aprobación de la *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) para promulgar normas "económicamente significativas," pero no para otras normas. Los tribunales otorgan mayor deferencia cuando las regulaciones son técnicas y complejas, pero otorgan menos deferencia cuando perciben mala fe por parte de las agencias[618].

[614] *Véase* North Carolina v. E.P.A., 531 F.3d 896, 930 (D.C. Cir. 2008). En la nueva audiencia, el tribunal decidió remitir el caso sin anularlo. 550 F.3d 1176 (D.C. Cir. 2008).

[615] EME Homer City Generation, L.P. v. E.P.A., 696 F.3d 7 (D.C. Cir. 2012).

[616] E.P.A. v. EME Homer City Generation, L.P., 572 U.S. 489 (2014).

[617] *Véase* Frank B. Cross, *Pragmatic Pathologies of Judicial Review of Administrative Rulemaking,* 78 N.C. L. Rev. 1013 (2000).

[618] Sobre esta cuestión, *véase* Jennifer Nou & Edward Stiglitz, *Regulatory Bundling*, 128 Yale L.J. 1174 (2019).

1.4. *Chevron* Revisitado

Según la doctrina *Chevron*, los tribunales deben deferir a las interpretaciones razonables de una agencia sobre estatutos poco claros. ¿Es esto una buena idea? Hemos demostrado que el grado óptimo de deferencia a las agencias depende de muchos factores: la competencia relativa de las agencias y los tribunales, su capacidad de responder al Congreso, el costo de la revisión judicial, entre otros. Con tantos factores en juego, decidir si un tribunal debe deferir en un caso determinado parece un desafío. Decidir si todos los tribunales deben deferir en la mayoría de los casos parece imposible y, sin embargo, esto es lo que exige *Chevron*[619]. Una vez que comprendes la magnitud del problema, verás por qué evaluar *Chevron* es difícil.

El análisis económico no puede resolver la controversia en torno a *Chevron*. Eso requeriría datos sobre costos y beneficios que no poseemos. Sin embargo, el análisis económico sí puede arrojar luz sobre el debate. Más allá de las consideraciones institucionales descritas anteriormente, que son relevantes para toda revisión judicial de las agencias, el análisis económico ofrece una perspectiva sobre dos características específicas de Chevron.

La deferencia de *Chevron* no se aplica a todas las acciones de las agencias. Según *United States v. Mead*, solo aplica en ciertas circunstancias[620]. Ese caso comenzó cuando el *U.S. Customs Service* clasificó los "planificadores diarios" de *Mead Corporation* como "diarios, cuadernos y agendas". Esa clasificación significaba que se aplicaba un arancel al producto de *Mead*. *Mead* impugnó la clasificación en los tribunales. La Corte Suprema señaló que el *Customs Service* emite miles de clasificaciones arancelarias cada año, y ninguna de ellas tiene valor como precedente. Así, la decisión sobre los planificadores diarios de *Mead* solo se aplicaba a esos productos específicos y no establecía un principio general para otros productos de otras empresas. La Corte no aplicó la deferencia de *Chevron*. Según la Corte, *Chevron* solo se aplica cuando "el Congreso delegó a la agencia la autoridad general para emitir reglas con fuerza de ley," y la interpretación de la agencia en cuestión "fue promulgada en el ejercicio de esa autoridad"[621].

[619] Por razones como esta, el juez Breyer se resiste a aplicar una única doctrina a diferentes tipos de casos. *Véase* Stephen Breyer, *Judicial Review of Questions of Law and Policy*, 38 Admin. L. Rev. 363 (1986).

[620] 533 U.S. 218 (2001).

[621] *Id.* en 226–27. El lenguaje citado podría sugerir que *Chevron* nunca se aplica a la adjudicación, es decir, a una decisión de agencia sobre un caso particular, pero esto es incorrecto. Si el Congreso autoriza a una agencia a llevar a cabo una "adjudicación formal," los resultados de dicha adjudicación podrían recibir deferencia según *Chevron*.

Podemos simplificar el lenguaje de la Corte. *Chevron* se aplica cuando (1) el Congreso otorgó a la agencia el poder de emitir reglas, y (2) la agencia actúa en virtud de ese poder[622]. La clasificación de los planificadores diarios de *Mead* no contaba como un ejercicio de de dicho poder de reglamentación. No se creó una norma general; la clasificación no obligaba a ninguna otra parte más que a Mead. En consecuencia, *Chevron* no aplicaba.

El análisis económico respalda la decisión de la Corte en *Mead*. El capítulo anterior introdujo la regla de la delegación, una regla para determinar si el Congreso autorizó una acción específica de una agencia. La regla de la delegación invita a realizar un experimento mental: ¿Superarían los ahorros administrativos de esta delegación los costos de desviación? Si la respuesta es que sí, entonces probablemente el Congreso tenía la intención de delegar. En general, el Congreso no otorgaría a una agencia el poder de emitir reglas a menos que esperara que sus ahorros administrativos superaran sus costos de desviación. Cuando la agencia ejerce ese poder, avanza el plan del Congreso. En consecuencia, cuando (1) el Congreso otorgó a la agencia el poder de emitir reglas, y (2) la agencia actúa en virtud de ese poder, el canon de delegación respalda la acción de la agencia. *Mead* aplica *Chevron* en estas circunstancias. Al indicar a los tribunales que defieran, *Chevron* respalda la acción de la agencia.

El análisis económico también respalda *Mead* de otra manera. La Corte Suprema decide menos de 100 casos al año. Por lo tanto, la mayoría de las impugnaciones a las acciones de las agencias se resuelven en tribunales de distrito federales, de los cuales hay 94, o en tribunales de apelaciones, de los cuales hay 13. Los jueces a veces discrepan entre sí sobre cuál es la correcta interpretación de la ley. En conjunto, estos hechos significan que la revisión judicial de las acciones de las agencias puede generar resultados inconsistentes. Un tribunal de distrito podría anular la acción de la agencia, solo para que un tribunal de circuito la restablezca. Un tribunal de circuito podría confirmar una acción de la agencia, mientras que otro tribunal de circuito la rechaza.

Un capítulo posterior analiza en detalle cómo opera la adjudicación inconsistente. Aquí solo hacemos un punto. Para decisiones únicas, como la clasificación arancelaria en *Mead*, los costos para las agencias de una adjudicación inconsistente son bajos. Para reglas como la definición de "fuente estacionaria," los costos para las agencias de una adjudicación inconsistente son mucho más altos. En lugar de un programa nacional unificado, la norma de la agencia se convierte en un mosaico. "Fuente estacionaria" podría significar una cosa en Arizona, donde la novena corte de apelaciones

[622] Esta declaración busca resumir la conclusión en *Mead*, pero no captura el rango completo de circunstancias en las que los tribunales otorgan deferencia a las agencias bajo *Chevron* y casos relacionados.

tiene jurisdicción, y algo diferente en el estado vecino de Nuevo México, donde la décima corte de apelaciones tiene jurisdicción[623].

La decisión en *Mead* puede mitigar este problema. Ordena a los tribunales aplicar *Chevron*, es decir, generalmente deferir a las agencias, cuando estas emiten reglas. En lugar de que muchos tribunales lleguen a conclusiones diferentes, la mayoría de los tribunales llegan a la misma conclusión: la acción de la agencia es permisible. Esto preserva los programas regulatorios nacionales. Esto beneficia a las agencias y probablemente también al Congreso[624].

Abordaremos un último tema: la excepción de los "asuntos importantes". En *Mead*, la Corte Suprema sostuvo que la deferencia de *Chevron* se aplica cuando (1) el Congreso otorgó a la agencia el poder de emitir reglas y (2) la agencia actúa en virtud de ese poder. Sin embargo, casos posteriores parecen haber modificado esta fórmula. La Corte Suprema ha sugerido que *Chevron* no aplica cuando las agencias interpretan disposiciones legales "importantes," incluso si se cumplen los dos requisitos de *Mead*.

Para ilustrarlo, consideremos *FDA v. Brown & Williamson*, que mencionamos en un capítulo anterior[625]. Un estatuto federal otorgó a la *Food and Drug Administration* (FDA) la autoridad para regular "medicamentos". La FDA concluyó que la nicotina es un "medicamento" y, en consecuencia, que tenía autoridad para regular los cigarrillos. La FDA tenía el poder de emitir reglas y reguló los cigarrillos en virtud de ese poder. No obstante, la Corte rechazó la interpretación de la agencia, afirmando que:

> La deferencia bajo *Chevron* a la interpretación de una agencia sobre un estatuto que administra se basa en la teoría de que la ambigüedad del estatuto constituye una delegación implícita del Congreso a la agencia para llenar los vacíos normativos. En casos extraordinarios, sin embargo, puede haber razones para dudar antes de concluir que el Congreso tenía la intención de realizar tal delegación implícita...

[623] De hecho, el Congreso anticipó este problema. La Ley de Aire Limpio canaliza la revisión de las reglas de la EPA a un solo tribunal de circuito. *Véase* 42 U.S.C.A. § 7607 (West).

[624] Estos temas se discuten en Peter L. Strauss, *One Hundred Fifty Cases per Year: Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action*, 87 Colum. L. Rev. 1093 (1987).

[625] 529 U.S. 120 (2000). *Véase también* Util. Air Reg. Grp. v. E.P.A., 573 U.S. 302 (2014); Massachusetts v. E.P.A., 549 U.S. 497 (2007).

> Este no es un caso común. Contrario a sus representaciones al Congreso desde 1914, la FDA ahora ha afirmado tener jurisdicción para regular una industria que constituye una parte significativa de la economía estadounidense[626].

El problema no era que la interpretación de la agencia fuera irrazonable según el segundo paso de *Chevron*. Más bien, la Corte dudaba de que el Congreso hubiera tenido la intención de delegar autoridad sobre un "asunto importante" como el tabaco. En consecuencia, *Chevron* no se aplicó, y la Corte no fue deferente con la agencia.

La excepción de los asuntos importantes ha desconcertado a los académicos. La Corte no ha explicado qué constituye una disposición legal "importante". Tampoco ha aplicado la excepción de manera consistente[627]. La regla de la delegación puede ayudar. Esta regla asume que los legisladores buscan minimizar la suma de sus costos administrativos y costos de desviación. Así, si los ahorros administrativos derivados de delegar una decisión a una agencia superan los costos de desviación, los legisladores probablemente tenían la intención de delegar la decisión.

En comparación con decisiones "menores," delegar decisiones "importantes" probablemente genera mayores costos de desviación. La FDA puede causar más perjuicio al Congreso cuando regula el tabaco, una industria de miles de millones de dólares, que cuando regula productos que tienen un mercado reducido, como las almejas picadas[628]. Sin embargo, delegar decisiones "importantes" probablemente también ahorra más costos administrativos al Congreso. Debe ser más difícil para los legisladores regular una industria grande que regular un solo producto[629]. Dado estos efectos contrapuestos, el Congreso podría tener la intención de delegar más asuntos importantes, no menos.

Las ventajas y desventajas de delegar no dependen de si el asunto es "menor" o "importante". Más bien, dependen de los costos administrativos y de desviación. Esto sugiere un refinamiento

[626] F.D.A. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 529 U.S. 120, 159 (2000).

[627] Tras revisar varios casos relacionados con la excepción, un comentarista escribe: "La excepción de los asuntos importantes desafía la justificación doctrinal, y es tentador descartarla como un comodín judicial inexplicable, pero afortunadamente raro". *Major Question Objections*, 129 Harv. L. Rev. 2191, 2203 (2016).

[628] 21 C.F.R. § 102.49 trata sobre el etiquetado de un alimento "no estandarizado," "almejas fritas hechas con almejas picadas".

[629] Para reformular el punto, la experiencia de las agencias puede ser especialmente valiosa en asuntos de gran importancia. *Véase* Cass R. Sunstein, Chevron *Step Zero*, 92 Va. L. Rev. 187, 236–44 (2006).

de la prueba de la Corte Suprema. La pregunta no debería ser si la interpretación de la agencia involucra una disposición "importante" de la ley. La pregunta debería ser si involucra una disposición "importante" de la ley *sobre la cual la agencia carece de expertise*. Esto se deriva de la regla de la delegación. Los costos de desviación aumentan especialmente cuando las agencias abordan cuestiones importantes fuera de su especialidad. A medida que aumentan los costos de desviación, es más probable que los legisladores no tengan la intención de delegar, lo que significa que los tribunales deberían examinar a las agencias con mayor rigor.

Para ver esta lógica en un caso, consideremos *King v. Burwell*[630]. La *Affordable Care Act* otorga créditos fiscales a las personas que compran un seguro de salud a través de un mercado de seguros "establecido por el Estado". ¿Es un mercado de seguros creado por el gobierno federal—en lugar de, por ejemplo, el estado de California—un mercado "establecido por el Estado"? El *Internal Revenue Service* (IRS) dijo que sí. La Corte Suprema tuvo que decidir si debía ser deferente con la determinación del IRS. La Corte aplicó la excepción de asuntos importantes y concluyó que no tenía que deferir al IRS:

> Los créditos fiscales son una de las reformas clave de la Ley, involucrando miles de millones de dólares en gastos cada año y afectando el precio del seguro de salud para millones de personas. Si esos créditos están disponibles en los Mercados de Seguros Federales es, por lo tanto, una cuestión de gran "importancia económica y política" que es central para este esquema normativo. Es especialmente improbable que el Congreso haya delegado esta decisión al IRS, que no tiene experiencia en diseñar políticas de seguros de salud de este tipo... Este no es un caso para el IRS[631].

Al carecer de *expertise* en la materia, era poco probable que el IRS lograra los objetivos del Congreso. La importancia del tema agravó el problema. Por lo tanto, los costos de desviación probablemente eran altos. Manteniendo todo lo demás constante, costos de desviación más altos implican que el Congreso no tenía la intención de que la agencia tomara la decisión[632].

[630] 135 S. Ct. 2480 (2015).

[631] *Id.* en 2489.

[632] Al final, la Corte llegó a la misma decisión que el IRS, sosteniendo que el mercado de seguros de salud del gobierno federal constituye un mercado "establecido por el Estado".

King v. Burwell sugiere que la excepción de asuntos importantes requiere que haya tanto una cuestión importante como una falta de *expertise* por parte de la agencia. Esto es consistente con la teoría económica de la delegación.

Preguntas

1.4.1. Las agencias emiten reglas generales y toman decisiones que aplican a casos particulares. Las reglas generales, como la *Cross-State Air Pollution Rule* de la EPA, afectan a muchas personas. Las decisiones particulares, como la clasificación de los planificadores diarios de *Mead*, afectan a pocas personas. La revisión judicial de reglas generales debe generar más costos de transición que la revisión judicial de decisiones particulares. ¿Deberían los tribunales ser más deferentes con las reglas de las agencias que con sus decisiones particulares?
1.4.2. La adjudicación inconsistente por parte de los tribunales inferiores puede fragmentar las regulaciones nacionales, como cuando "fuente estacionaria" significa una cosa en el Novena Corte de Apelaciones y otra en la Décima Corte de Apelaciones.
(a) Si dirigieras una agencia, ¿preferirías la revisión de parte de tribunales inferiores, cada uno con jurisdicción regional? ¿O preferirías la revisión de parte de la Corte Suprema, que tiene jurisdicción nacional?
(b) La Regulación G aborda el cultivo de soja y la Regulación S aborda la venta de soja. ¿Por qué el Departamento de Agricultura podría preferir que los tribunales inferiores revisen la Regulación G y que la Corte Suprema revise la Regulación S?

¿Atrincherar *Chevron*?

En ciertos casos, *Chevron* ordena a los tribunales deferir a las interpretaciones razonables de una agencia sobre una ley. ¿Los tribunales realmente son deferentes? Estudios empíricos muestran que algunos tribunales son más deferentes que otros, mientras que algunas agencias prevalecen en los tribunales con mayor frecuencia que otras. Además, la visión política de los jueces parece influir en cómo se falla al alero de *Chevron*. Los jueces liberales, por ejemplo, parecen aprobar regulaciones liberales con más frecuencia que regulaciones conservadoras.

¿Por qué *Chevron* produce resultados inconsistentes? La respuesta probablemente se relacione con lo flexible que es la doctrina. Para aplicar *Chevron*, los tribunales preguntan: ¿Proporcionó el

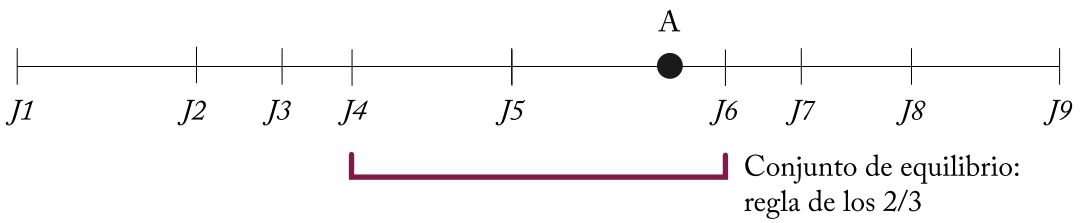
Congreso una respuesta clara a la cuestión interpretativa? ¿Es razonable la interpretación de la agencia? Los jueces discrepan sobre asuntos interpretativos, por lo que también discrepan sobre estas preguntas. "Es relativamente infrecuente," escribió el juez Scalia, "que *Chevron* me obligue a aceptar una interpretación que, aunque razonable, no adoptaría personalmente".

Para promover la deferencia a las agencias, *Chevron* impone una restricción doctrinal a los jueces. La flexibilidad de la doctrina debilita esta restricción. ¿Qué pasaría si *Chevron* impusiera una restricción procesal en su lugar? Los tribunales deciden los casos mediante la regla de la mayoría. Para promover la deferencia a las agencias, podrían revisar estos casos utilizando una regla de supermayoría.

Considera la Figura 40, que representa a los nueve jueces de la Corte Suprema en sus puntos ideales. La dimensión representa el rango de interpretaciones de una ley. A modo de ejemplo, ¿qué es una "fuente estacionaria"? El juez 1 tiene una interpretación muy restrictiva (cada dispositivo que emite contaminación es una "fuente estacionaria"), mientras que el juez 9 tiene una interpretación muy amplia (cada zona industrial es una "fuente estacionaria"). La interpretación de la agencia corresponde al punto A.

Chevron otorga mucha discreción a los jueces. Cinco de ellos, una mayoría, prefieren puntos a la izquierda de A, por lo que podrían rechazar la interpretación de la agencia en lugar de actuar deferentemente. En lugar de la regla de la mayoría, supongamos que la Corte utilizara una regla de votación de dos tercios. Solo cinco jueces prefieren puntos a la izquierda de A, y solo cuatro jueces prefieren puntos a la derecha de A.

Figura 40. Supermayorías en la Corte Suprema



Bajo una regla de votación de dos tercios, serían necesarios seis jueces para rechazar la interpretación de la agencia, por lo que la interpretación se mantendría. Al crear un conjunto de equilibrio, la regla de supermayoría conferiría mayor poder discrecional a las agencias. ¿Llevaría la restricción "dura" de una regla de votación de dos tercios a mayor deferencia por parte de la Corte Suprema que la "blanda" restricción doctrinal?. La respuesta depende de factores evidentes, como qué tan en serio toman los jueces la doctrina. También depende de factores no evidentes, como el nivel de desacuerdo entre los jueces 4 y 6.

2. Límites legales a la delegación

Durante la Gran Depresión, millones de personas perdieron su trabajo, la bolsa se desplomó y la pobreza se disparó. Para estimular la economía, el Congreso promulgó la *National Industrial Recovery Act* de 1933 (NIRA). La NIRA facultó al Presidente para regular la industria—salarios, horas de trabajo, precios, condiciones laborales, y más. En *Schechter Poultry v. United States*, la Corte Suprema sostuvo que la NIRA violaba la Constitución[633]. Según la Corte, el estatuto otorgaba demasiado poder al Presidente. Este podía "regular toda la economía con base en un estándar no más preciso que estimular la economía asegurando una 'competencia justa'" [634].

La mayoría de los economistas consideran que la NIRA fue un fracaso, pero dejemos eso de lado. ¿Tenía razón la Corte al invalidar el estatuto? ¿Por qué la Constitución limita el poder que el Congreso puede delegar? Esta sección ofrece respuestas.

2.1. La doctrina de no delegación

La NIRA autorizaba al Presidente a crear leyes. Según la Corte en *Schechter Poultry*, esto transgredía el Artículo I de la Constitución, que otorga "todos los Poderes legislativos" al Congreso. *Schechter Poultry* estableció un principio conocido como la doctrina de no delegación. Según esta doctrina, un poder del estado no puede delegar su autoridad constitucional a otro. Por lo tanto, el Congreso (poder legislativo) no puede delegar el poder de hacer leyes al Presidente (poder ejecutivo), la Corte Suprema (poder

[633] A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935).

[634] Este fraseo proviene de *Whitman v. Am. Trucking Ass'ns*, 531 U.S. 457 (2001), donde la Corte explica su decisión en *Schechter*.

judicial) no puede delegar el poder de adjudicación al Congreso, y así sucesivamente.
La doctrina de no delegación es más fácil de enunciar que de aplicar. La Constitución exige cierta separación de poderes, pero no una separación total. Para ilustrarlo, el Congreso generalmente no puede hacer leyes sin la firma del Presidente, y el Presidente generalmente no puede ejecutar leyes sin un presupuesto del Congreso. Esto probablemente sea una buena medida. Una visión estricta de la separación de poderes podría impedir que el gobierno logre los fines para los que fue diseñado.

La Corte Suprema ha reconocido esto. En un caso sobre la doctrina de no delegación, la Corte escribió:

> El Congreso, en términos manifiestos, no puede... transferir a otros las funciones legislativas esenciales. [Pero] [i]ndudablemente, la legislación debe a menudo adaptarse a condiciones complejas que implican una multitud de detalles con los que la Legislatura nacional no puede tratar directamente. Nunca se ha interpretado la Constitución como si esta negara al Congreso los necesarios recursos de flexibilidad y practicidad que le permitan desempeñar su función de establecer políticas públicas …, mientras deja a instrumentos seleccionados la función de crear normas subordinadas dentro de límites prescritos. Sin la capacidad de otorgar autorizaciones de ese tipo, tendríamos la anomalía de un poder legislativo que, en muchas circunstancias... sería casi una futilidad[635].

Para equilibrar la practicidad y la separación de poderes, la Corte ha desarrollado la prueba del principio inteligible. Si una delegación del Congreso contiene un "principio inteligible" que guíe la discreción del delegado, entonces la delegación es permisible; de lo contrario, es impermisible. Para demostrarlo, la NIRA no contenía un principio inteligible; el Presidente podía regular la industria como mejor le pareciera. Esto violaba la doctrina de no delegación. En contraste, consideremos la *Sentencing Reform Act* de 1984. Este estatuto transfirió parte del poder legislativo del Congreso a una comisión dentro del poder judicial con autoridad para reformar la imposición de penas en materia penal. La Corte Suprema confirmó la constitucionalidad del estatuto, señalando que la "delegación de autoridad... es lo suficientemente específica y detallada como para cumplir con los requisitos constitucionales"[636]. La *Sentencing Reform Act* no transgredía la doctrina de no delegación. La *Sentencing Reform Ac*t suponía una delegación del Congreso al poder judicial. Muchos otros estatutos implican delegaciones del Congreso al poder ejecutivo. Agencias como la *Environmental*

[635] Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388, 421 (1935).

[636] Mistretta v. United States, 488 U.S. 361, 374 (1989).

Protection Agency y el *Department of Transportation* pertenecen al poder ejecutivo, y de manera rutinaria emiten regulaciones que tienen la misma fuerza que una legislación ordinaria. Así, la doctrina de no delegación no prohíbe toda delegación. Prohíbe una delegación excesiva.

Preguntas

2.1.1. En la década de 1930, la Corte Suprema utilizó la doctrina de no delegación para invalidar dos leyes. Desde entonces, la Corte no ha vuelto a invocar esta doctrina. Algunos académicos afirman que la doctrina está "muerta". ¿El hecho de que la Corte no haya invocado la doctrina en los últimos 80 años significa que ya no existe? ¿Significa que la doctrina no afecta las delegaciones de poder entre los distintos poderes del gobierno?
2.1.2. La *Sex Offender Registration and Notification Act* exige que las personas condenadas por ciertos delitos sexuales registren sus nombres, direcciones y otra información ante las autoridades. Esta información ayuda a rastrear a los ofensores tras su liberación de prisión. La ley proporciona instrucciones detalladas para las personas condenadas por delitos sexuales después de su promulgación. Para aquellos que cometieron delitos antes de la promulgación, la ley establece que:

El Fiscal General tendrá la autoridad para especificar la aplicabilidad de los requisitos de este subcapítulo a los delincuentes sexuales condenados antes de la promulgación de este capítulo... y para prescribir reglas para el registro de cualquier delincuente sexual de este tipo[637].

¿Satisface este lenguaje la prueba del "principio inteligible"? Otros fragmentos del estatuto y su historial legislativo sugieren que la ley debe aplicarse a los ofensores anteriores a su promulgación, lo que significa que el Fiscal General solo tiene discreción para determinar cómo y cuándo aplicarla. ¿Esto ayuda?[638]

[637] 34 U.S.C.A. § 20913(d) (West).

[638] Esta cuestión se basa en *Gundy v. United States*, 139 S. Ct. 2116 (2019). La Corte Suprema sostuvo que la ley cumplía con el test de principio inteligible. Tres jueces disintieron.

Nulidad por Vaguedad

El 20 de abril de 1969, Margaret Papachristou y Betty Calloway, dos mujeres blancas, viajaban en un automóvil con Eugene Eddie Melton y Leonard Johnson, dos hombres negros. Se detuvieron cerca de un lote de autos usados que había sido recientemente asaltado, pero no cometieron ninguna infracción. Un oficial de policía se acercó al automóvil a las 2:20 a.m. y acusó a los ocupantes de violar la ley de vagancia de Florida. La ley establecía lo siguiente:

> Bribones y vagabundos, o personas disolutas que se dedican a mendigar; jugadores comunes, personas que practican juegos de manos o juegos ilícitos, borrachos habituales, merodeadores nocturnos comunes, ladrones, rateros o carteristas, comerciantes de bienes robados, personas lascivas, inmorales y lujuriosas, administradores de casas de juego, pendencieros y alborotadores comunes, personas que deambulan o vagan de un lugar a otro sin un propósito u objeto lícito, holgazanes habituales, personas desordenadas... serán considerados vagos y, tras una condena en el Tribunal Municipal, serán castigados.

Este lenguaje plantea muchas preguntas de interpretación. ¿Es una persona con insomnio que camina de noche para relajarse un "merodeador nocturno común"? ¿Son adolescentes reunidos en una esquina "holgazanes habituales"? ¿Los cuatro ocupantes del automóvil participaron en alguna de las actividades enumeradas?

En *Papachristou v. City of Jacksonville*, la Corte Suprema revisó la ley de vagancia de Florida. La Corte determinó que la ley era nula por vaga, lo que significa que violaba la Constitución porque no proporcionaba un aviso adecuado sobre qué conductas prohibía. Según la Corte, el lenguaje otorgaba una "discreción ilimitada" a la policía, lo que podía resultar en una "aplicación arbitraria y discriminatoria de la ley". La policía podía explotar esa discreción y acusar a cualquiera de un delito. Incluso podían dirigir las acusaciones contra un grupo particular, como los hombres negros.

Al igual que el requisito del principio inteligible, la doctrina de nulidad por vaguedad exige que algunas leyes alcancen un cierto nivel de especificidad. No existe una doctrina de "nulidad por especificidad". ¿Por qué no?

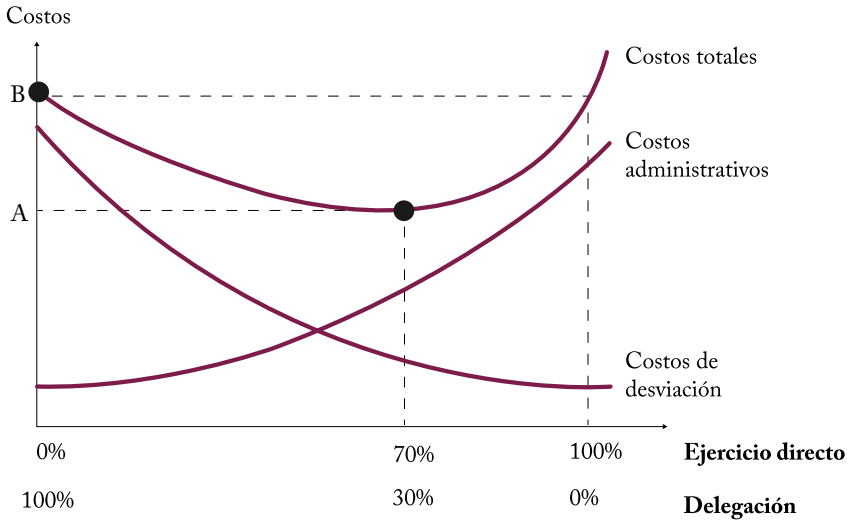
2.2. El Costo de prohibir la delegación

Nuestro análisis del capítulo anterior arroja luz sobre la doctrina de no delegación. Sin restricciones legales, un principal equilibrará los costos de desviación y los costos administrativos para alcanzar su grado óptimo de delegación. Con una prohibición contra la delegación, el principal puede no lograr este equilibrio. La ley podría impedirle delegar tanto como le gustaría.

Para ilustrarlo, considera la Figura 41 Moviéndose de izquierda a derecha, el ejercicio directo del poder por parte del principal aumenta del 0 por ciento al 100 por ciento, y la delegación del poder por parte del principal disminuye del 100 por ciento al 0 por ciento. El eje vertical mide los costos administrativos y de desviación. A medida que el principal dedica más tiempo a ejercer el poder directamente (movimiento hacia la derecha en la figura), sus costos administrativos aumentan y sus costos de desviación disminuyen.

Para minimizar sus costos, el principal debería delegar el 30 por ciento de su autoridad, lo que corresponde al punto más bajo en la curva de costos totales. Eso le impone un costo total de A, como se indica en el eje vertical. Ahora supón que la ley prohíbe al principal delegar autoridad. La delegación se reduce del 30 por ciento a cero, y los costos totales aumentan a B. La prohibición de la delegación impone costos adicionales al principal equivalentes a B – A.

Figura 41. Costos de la no delegación



Los costos de hacer que un poder sea indelegable dependen de la curva de costos totales, que a su vez depende de los costos de desviación y de los costos administrativos. Si el tiempo del principal se vuelve más valioso, si monitorear al agente se vuelve más fácil o si el agente se vuelve más leal, la delegación óptima aumenta. En consecuencia, el costo de prohibir la delegación también aumenta. Por el contrario, si castigar a un agente se vuelve más difícil o si un principal tiene más tiempo libre, el grado óptimo de delegación disminuye. En ese caso, el costo de prohibir la delegación se reduce. En términos generales, la doctrina de no delegación impone costos mayores cuando la desviación del agente es menos probable y el tiempo del principal es más valioso.

Preguntas

2.2.1. Supón que la doctrina de no delegación prohíbe que el principal en la Figura 41 delegue más del 40 por ciento de su poder. ¿Esto afecta la decisión del principal de delegar? ¿Qué sucede si la doctrina prohíbe delegar más del 20 por ciento de su poder?
2.2.2. Podemos adaptar la Figura 41 a la doctrina de nulidad por vaguedad. Moviéndose hacia la derecha desde el origen, la legislatura hace que la ley sea menos vaga y más precisa.
(a) ¿Por qué aumentan los costos administrativos de la legislatura a medida que nos movemos hacia la derecha?
(b) ¿Qué significan los costos de desviación en este contexto y por qué disminuyen a medida que nos movemos hacia la derecha?

2.3. El principio de no delegación y representación

Nuestro análisis muestra que las prohibiciones a la delegación pueden imponer costos a los principales. Entonces, ¿por qué existen estas prohibiciones?[639] La respuesta está relacionada con la representación. A veces, la sociedad puede beneficiarse de una prohibición a la delegación, incluso si el principal sufre, porque el principal no representa los intereses de la sociedad.

En el capítulo anterior, interpretamos la "desviación" en el juego de la delegación como una conducta en que el agente seguía sus propias preferencias en lugar de implementar la política del principal.

[639] La Corte Suprema de EE.UU. no ha utilizado la doctrina de no delegación para invalidar una delegación de autoridad del Congreso a una agencia administrativa desde 1935. Algunos académicos sostienen que la doctrina está "muerta".

Para ilustrarlo, el administrador en nuestro ejemplo médico destinó recursos a la medicina de emergencia en lugar de a la atención prenatal. Ambos fines son valiosos, pero son distintos. Una interpretación más siniestra de la desviación involucra la corrupción. En lugar de canalizar recursos hacia su política preferida, un agente puede canalizarlos hacia su propio beneficio. La administración a menudo sufre de corrupción, incluso en los modernos Estados Unidos. Recientemente, se acusó a empleados del Internal Revenue Service (IRS) de utilizar información privada de otras personas para presentar declaraciones de impuestos fraudulentas[640].

Los funcionarios corruptos transgreden leyes y distorsionan políticas públicas a cambio de sobornos. Al difuminar y oscurecer quién es responsable de qué en estas relaciones, la delegación aumenta las oportunidades de corrupción. A los estadounidenses les resulta difícil monitorear a sus representantes en el Congreso, y aún más a los empleados del IRS. Si bien la corrupción puede perjudicar a los principales en el gobierno, puede perjudicar aún más al público. En consecuencia, el público podría beneficiarse de una administración más directa por parte del principal, incluso si este preferiría delegar más.

Podemos expresar estas ideas de forma más precisa. Cuando los agentes desvían recursos, imponen costos, algunos de los cuales son internalizados por sus principales y otros de los cuales son externalizados. Cuando los empleados del IRS se involucran en actos corruptos, el Comisionado del IRS (su principal) soporta algunos costos, el Presidente (el principal del Comisionado) soporta algunos costos, pero el público en general (el principal de todos) soporta aún más costos. Cuando los principales externalizan los costos de desviación, delegan en exceso. Las prohibiciones a la delegación evitan que los principales deleguen demasiado. El argumento a favor de prohibir la delegación se fortalece a medida que los principales externalizan más costos de delegación.

Ahora considera otra justificación para limitar la delegación en el gobierno. La delegación de poder puede ocurrir dentro de un mismo poder del Estado o entre poderes del Estado. La delegación intrapoder ocasionalmente puede violar la Constitución. En *INS v. Chadha,* la Corte Suprema sostuvo que la Constitución prohíbe al Congreso delegar su poder legislativo a la Cámara de Representantes o al Senado de manera individual[641]. Sin embargo, en general, la delegación *intra*poder no altera el equilibrio constitucional. El equilibrio de poder entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial permanece

[640] Cleve R. Wootson, *Jr., Her Job Was to Help Victims of Identity Theft. Instead, She Used Them to Steal from the IRS,* Wash. Post, 11 de agosto de 2016.

[641] 462 U.S. 919 (1983).

igual, ya sea que el Secretario de Salud y Servicios Humanos administre el programa directamente o lo delegue a un subordinado. La delegación interpoder, por otro lado, a menudo altera el equilibrio de poder. Para ilustrarlo, la Constitución de EE. UU. separa el poder judicial y el poder legislativo, por lo que, si bien la Corte Suprema puede devolver un caso a un tribunal de primera instancia, no puede devolverlo al Congreso. La delegación *inter*poder conlleva una revisión del orden constitucional sin que se sigan los procedimientos prescritos para una enmienda constitucional. Esto es un problema legal, pero también una posible fuente de daño para la sociedad.

La delegación interpoder tiende a concentrar el poder del Estado[642]. Así como la concentración en la industria puede llevar a un monopolio económico, la concentración en el estado puede llevar a un monopolio político, más conocido como dictadura. Para ilustrarlo, los tribunales podrían destruir el estado de derecho al delegar su poder sobre disputas legales al ejecutivo. Prohibir la delegación interpoder ayuda a mantener un gobierno competitivo, lo que define la democracia y restringe la dictadura.

Si la delegación interpoder conlleva el riesgo de dictadura, ¿por qué los tribunales, el Presidente u otros funcionarios del gobierno la permitirían? La respuesta, nuevamente, está relacionada con la representación. Si el partido del Presidente tiene mayoría en el congreso, entonces la legislatura puede votar con entusiasmo para transferir parte de su poder al Presidente. Al reducir la competencia, la delegación interpoder beneficia a los políticos del partido gobernante, aun cuando perjudica a la población general. Relacionando esto con las ideas anteriores, los funcionarios que participan en la delegación interpoder externalizan algunos de los costos de esa delegación (no sufren plenamente el daño de una dictadura), lo que los lleva a delegar en exceso. Dado esta lógica, el hecho de que los legisladores y el ejecutivo quieran concentrar poder sin modificar formalmente la Constitución no es motivo para que un tribunal lo permita. Los tribunales no deberían esperar a que haya un desacuerdo entre el ejecutivo y el legislativo para vigilar que se mantenga la separación de poderes.

Hemos explicado por qué la delegación interpoder puede ser dañina para la sociedad, pero no hemos explicado cómo determinar cuándo ocurre dicha delegación. Las disputas sobre delegación interpoder a menudo surgen porque hay definiciones vagas en lo que respecta a los poderes constitucionales que tiene cada rama del estado. Para ilustrarlo, el Artículo I de la Constitución de EE. UU. otorga "todos los poderes legislativos" al Congreso, y el Congreso no puede delegar este poder al

[642] Vale la pena notar que la delegación intrapoder puede dispersar el poder antes que concentrarlo. Por ejemplo, una legislatura relativamente poderosa puede delegar poderes a un poder ejecutivo relativamente débil. Con todo, usualmente funciona de manera inversa.

ejecutivo. ¿El ejecutivo ejerce "poderes legislativos" en violación del Artículo I al imponer controles de precios y salarios en la economía, o al imponer regulaciones onerosas a los empleadores[643]? El Contralor General, una repartición legislativa, ¿ejerce "poderes ejecutivos" al imponer límites al gasto gubernamental para reducir el déficit[644]? De manera similar, el Parlamento alemán debe resolver disputas que sean "políticas," mientras que el Tribunal Constitucional alemán debe decidir disputas que sean "constitucionales". Así, la cuestión de quién debe decidir si se pueden desplegar misiles nucleares en Alemania depende de si es una cuestión política o jurídica[645].

Los juristas han desarrollado técnicas para ayudar a responder estas preguntas, pero algunas parecen más formales que lógicas. Al decidir si una delegación de poder del Congreso a una agencia administrativa viola la Constitución, los tribunales estadounidenses se preguntan si el Congreso ha proporcionado un "principio inteligible" al que la agencia debe ajustarse. Un mejor enfoque podría ser preguntar si la delegación concentra poder. Detrás de lo que dicen, los tribunales podrían estar haciendo exactamente esa pregunta.

Preguntas

2.3.1. Un estado *unificado* es aquel en que un solo partido político controla tanto el poder legislativo como el ejecutivo, mientras que un estado *dividido* es aquel en que distintos partidos políticos controlan estos poderes. Delegar poder bajo un estado unificado ¿contribuye más o menos a concentrar el poder delegar el poder bajo un estado dividido[646]? ¿Puedes relacionar tu respuesta con los costos de transacción en la negociación entre políticos?
2.3.2. Según la Corte Suprema, "el grado de discreción que es aceptable varía según el alcance del poder conferido por el Congreso... Mientras que el Congreso no necesita proporcionar

[643] *Véase*, por ejemplo, Indus. Union Dep't, AFL-CIO v. Am. Petroleum Inst., 448 U.S. 607 (1980); Mistretta v. United States, 488 U.S. 361 (1989).

[644] Bowsher v. Synar, 478 U.S. 714 (1986).

[645] Pershing II and Cruise Missile... Decision II, BVerfGE 68, 1 2 BvE 13/83 (1984) ("Las evaluaciones y valoraciones de la política exterior o de defensa son competencia del Gobierno Federal. La Ley Fundamental solo impone el límite de la arbitrariedad evidente al poder de juicio que en consecuencia corresponde al Gobierno Federal. Dentro de este límite extremo, el Tribunal Constitucional Federal no tiene que revisar si las evaluaciones o valoraciones del Gobierno Federal son correctas o incorrectas, ya que no existen criterios legales para ello; la responsabilidad de estas decisiones es política".).

[646] Daryl J. Levinson & Richard H. Pildes, *Separation of Parties, not Powers*, 119 Harv. L. Rev. 2311, 2358–68 (2006). Para evidencia de que la legislatura delega más bajo un gobierno unificado, véase David Epstein & Sharyn O'Halloran, Delegating Powers: A Transaction Cost Politics Approach to Policy Making under Separate Powers 121–62 (1999). *Véase también* John D. Huber & Charles R. Shipan, Deliberate Discretion? The Institutional Foundations of Bureaucratic Autonomy 139–70 (2002).

ninguna orientación a la EPA sobre la manera en que debe definir a cuáles 'elevadores de grano', no van a aplicar las regulaciones para nuevas fuentes estacionarias... sí debe proporcionar una orientación sustancial en la fijación de estándares de aire que afectan a toda la economía nacional[647]". ¿Por qué?

2.3.3. Los políticos pueden delegar para aprovechar el *expertise* de las agencias. O pueden delegar para eludir la culpa (si un avión se estrella, la culpa recae en la FAA[648]). ¿Pueden los tribunales distinguir entre ambos casos? Al responder, considera este hecho: la Corte Suprema no ha utilizado la doctrina de no delegación para invalidar una ley desde la década de 1930.

2.3.4. Cuando los principales externalizan los costos de la delegación, tienden a delegar en exceso. ¿Puedes pensar en circunstancias en las que los principales externalicen los beneficios de la delegación?

3. Cabildeo, Búsqueda de Rentas y Captura de Agencias

Hemos discutido los problemas de agencia en el derecho administrativo. Ahora consideremos los problemas de agencia en la democracia en términos más generales. En una democracia, los funcionarios electos para representar al pueblo son quienes realizan la mayor parte de la negociación política. Entonces, la negociación política beneficia a los representantes. Pero, ¿beneficia también al pueblo? Los políticos tienen sangre en sus venas y ambición en sus corazones. En la competencia política, la autopromoción a menudo supera al idealismo. Para los políticos exitosos, alcanzar y retener el poder suele ser su prioridad principal. En una democracia, los políticos obtienen poder ganando elecciones. Idealmente, ganan elecciones haciendo lo que los votantes desean.

En el mejor escenario, la competencia política se asemeja a la competencia económica. En la caracterización de Adam Smith, una "mano invisible" guía a las empresas a aumentar la riqueza nacional al aumentar su propia riqueza[649]. De manera similar, una "mano invisible" en las elecciones puede guiar a los políticos a promover el interés público al promover sus propios intereses. Las elecciones llenan los cargos mediante el voto popular de la misma manera en que los mercados

[647] Whitman v. Am. Trucking Ass'ns, 531 U.S. 457, 475 (2001).

[648] Sobre el desvío de responsabilidades, véase Peter H. Aranson, Ernest Gellhorn & Glen O. Robinson, *A Theory of Legislative Delegation,* 68 Cornell L. Rev. 1, 55–63 (1982); Morris P. Fiorina, *Legislative Choice of Regulatory Forms: Legal Process or Administrative Process?*, 39 Pub. Choice 33, 46–54 (1982).

[649] Adam Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations 335 (Charles Jesse Bullock ed., 1909).

suministran bienes según la demanda popular. El interés privado de los políticos y el interés público de los ciudadanos convergen a través de la competencia electoral.

Lamentablemente, la competencia política no siempre funciona bien. Como se explicó en un capítulo anterior, la mayoría de los votantes sabe poco sobre las actividades diarias de los políticos. A menudo tienen información sobre los resultados, como las tasas de desempleo, los precios de los alimentos, el estado de las carreteras y la calidad de las escuelas, pero esta información es imprecisa. Esto conduce a errores en la rendición de cuentas. Por ejemplo, el Presidente recibe crédito y también es culpado por el estado que tiene la economía durante su mandato, aunque no pueda controlarlo. Los votantes sufren del problema *free riding*; cada uno espera que alguien más supervise a sus representantes. Finalmente, los votantes tienen pocas herramientas para castigar a los políticos que se alejan del interés público. Las elecciones ocurren con años de diferencia.

Por razones como estas, los políticos se asemejan al agente en el juego de la delegación. Pueden seguir sus propios intereses en lugar de los del principal. Cuando las ambiciones de un político se desvían de su concepción del interés público, éste debe tomar una decisión: "¿Debo perseguir mi propio beneficio o hacer lo correcto para la sociedad?" Muchos políticos se ponen a sí mismos en primer lugar y a la sociedad en segundo lugar. En algunos países, la tensión entre ambición y moralidad es tan grande que los políticos no solo tienen sangre en sus venas, sino también en sus manos.

3.1. Subsidios y Regulaciones

Para entender por qué y cómo los políticos se benefician primero a sí mismos, contrastemos dos actividades gubernamentales: los subsidios y las regulaciones. Un *subsidio* es una transferencia de dinero u otros recursos del gobierno a actores privados. Un país u otro subsidia teléfonos, bancos, autos eléctricos, ferrocarriles, producción de acero, agricultores, vuelos de avión, molinos de viento, minas de carbón, proveedores de internet, negocios cuyos propietarios pertenecen a minorías, y más. Para pagar un subsidio a un grupo, el gobierno debe recaudarlo de otro. Los subsidios operan en direcciones opuestas en diferentes países. A modo de ejemplo, en la Argentina de Perón y la Rusia de Stalin, los agricultores subsidiaban a los trabajadores urbanos, mientras que hoy los trabajadores urbanos subsidian a los agricultores en Estados Unidos, la Unión Europea y Japón[650].

[650] Robert D. Cooter & Hans-Bernd Schäfer, Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations 41 (2012).

Los subsidios pueden volverse un medio que los políticos utilicen para enriquecer a sus aliados. Las regulaciones son otro medio para hacer lo mismo. Funcionan restringiendo la competencia. En distintos sectores y países, todo tipo de personas disfrutan de protección legal contra la competencia: farmacéuticos, contratistas de defensa, analistas de bonos, profesores, trabajadores sindicalizados, y más. Los mecanismos para restringir la competencia incluyen licencias, permisos, órdenes, privilegios y contratos gubernamentales. A través de estos mecanismos, los administradores y políticos determinan dónde puede ubicarse una fábrica, qué bienes puede producir, a quién debe vender y a quién debe emplear.

Para hacer esto más concreto, considera algunas regulaciones típicas que restringen la competencia: medallones o permisos para operar taxis (medallions), zonificación que impide la construcción de apartamentos, requisitos de certificación para ejercer el derecho (debes ser miembro del colegio de abogados), o permisos requeridos para exportar café. Algún país puede prohibir la venta de aspirina sin licencia, la publicidad de precios por optometristas y la ubicación de una tintorería a menos de un kilómetro de otra. Algún país puede exigir que los bancos presten dinero a sus aliados políticos a tasas inferiores a las del mercado, que los agricultores vendan sus granos de café exclusivamente a una agencia estatal, y que los trenes cobren a los pasajeros menos de lo que cuesta transportarlos. Para enriquecerse, basta con obtener una licencia exclusiva para operar taxis en un aeropuerto internacional, fabricar autos tras la protección de aranceles, o controlar a los reguladores que fijan los precios en una industria. Carlos Slim se convirtió en una de las personas más ricas del mundo cuando el gobierno de México le otorgó un monopolio sobre el servicio telefónico.

Los economistas tienen un término especial para describir las ganancias obtenidas a partir de restricciones regulatorias a la competencia. Una "renta" es un ingreso derivado de la propiedad de algo escaso, como un edificio de apartamentos en una ciudad universitaria o un pozo de petróleo en el Golfo. Las regulaciones que restringen la competencia crean escasez artificial, lo que genera rentas. Los actores privados participan en política con la esperanza de obtener regulaciones que restrinjan la competencia. A esta actividad se le llama búsqueda de rentas[651]. Las regulaciones enriquecen a los amigos de los políticos al protegerlos de la competencia, y estos amigos retribuyen a los políticos con apoyo electoral, donaciones y sobornos. La búsqueda de rentas es una competencia política cuyo objetivo es evitar la competencia económica.

[651] Véase Anne O. Krueger, *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*, 64 Am. Econ. Rev. 291 (1974). *Véase también* Gordon Tullock, *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft*, 5 Western Econ. J. 224 (1967).

Hasta ahora, hemos descrito los subsidios y las regulaciones en términos negativos. En la práctica, algunos subsidios y regulaciones transfieren riqueza a intereses privados sin una justificación válida. Sin embargo, otros subsidios y regulaciones protegen al público por buenas razones. Como se explicó en un capítulo anterior, las regulaciones pueden limpiar el aire, informar a los consumidores y romper monopolios. Los subsidios pueden redistribuir la riqueza de los ricos a los pobres.

Independientemente de si los subsidios y regulaciones están al servicio del ciudadano común o enriquecen a grupos de interés, sus beneficiarios los describen en términos positivos: equidad, empleo, crecimiento económico, seguridad nacional, igualdad de oportunidades, justicia social, salud pública, protección al consumidor, reducción de la contaminación, entre otros. Se hacen las mismas afirmaciones grandilocuentes, ya sea que la política tenga un propósito público o no. Ideologías opuestas sobre subsidios y regulaciones chocan entre sí como témpanos de hielo en el Ártico. ¿La mayoría de las regulaciones benefician o perjudican al público? Tu respuesta dice mucho sobre tu visión política.

En resumen, los subsidios y regulaciones benefician a algunas personas e imponen costos a otras. Como con los helados, las personas están dispuestas a pagar por leyes que les favorezcan. A veces, la promesa de pago lleva a los representantes a favorecer intereses particulares a expensas del bien común.

Preguntas

3.1.1. Para determinar el costo para los contribuyentes de los subsidios al azúcar, basta con leer el presupuesto público. ¿Cómo se puede determinar el costo para los consumidores de los aranceles al azúcar? ¿Por qué las empresas azucareras podrían preferir los aranceles a los subsidios[652]?
3.1.2. Los subsidios transfieren dinero de un grupo a otro. El acto de transferir dinero consume parte de este (por ejemplo, al pagar a los recaudadores de impuestos). Por lo tanto, los subsidios disminuyen la cantidad total de dinero disponible. ¿Aumentan los subsidios el bienestar?
3.1.3. Uber llenó las calles con conductores comunes que transportan personas en autos comunes. Al aumentar la competencia en el mercado de transporte, Uber redujo los precios y llevó a la bancarrota a muchos taxistas. En la ciudad de Nueva York, el precio de un

[652] *Véase* Dan T. Coenen, *Business Subsidies and the Dormant Commerce Clause*, 107 Yale L.J. 965, 985–93 (1998).

medallion de taxi (un permiso necesario para operar un taxi legalmente) cayó de 1.3 millones de dólares a 160,000 dólares[653]. Para lograr su éxito, Uber violó muchas leyes. En general, los conductores de Uber no cuentan con seguro comercial, registro comercial, placas especiales, licencias de conductor especial o los *medallions* requeridos a los taxistas. Durante años, los conductores de Uber no fueron sometidos a verificaciones de antecedentes[654]. ¿Uber perjudicó a los consumidores al desafiar leyes pensadas para el interés público? ¿O ayudó a los consumidores al romper el monopolio de los taxis?

¿Profesionalismo o Monopolio?

John Bates y Van O'Steen abrieron un despacho de abogados para atender a clientes de bajos ingresos en Arizona. Para mantener bajos los costos, se enfocaron en asuntos simples, como divorcios donde no hubiera una disputa. En lugar de obtener grandes ganancias de unos pocos clientes, esperaban obtener pequeñas ganancias de muchos clientes. Para atraer a numerosos clientes, publicaron un anuncio en el periódico ofreciendo "servicios legales a tarifas muy razonables". Su anuncio violaba la Regla Disciplinaria 2-101(b), que establecía:

> Un abogado no deberá publicitarse a sí mismo, ni a su socio, ni a su asociado, ni a ningún otro abogado afiliado con él o con su firma, como abogado, a través de anuncios en periódicos o revistas, anuncios en radio o televisión, anuncios exhibidos en la ciudad o en directorios telefónicos, ni por otros medios de publicidad comercial, ni deberá autorizar o permitir que otros lo hagan en su nombre.

La Corte Suprema de Arizona había adoptado la Regla Disciplinaria 2-101(b) en el marco de su regulación del Colegio de Abogados de Arizona.
Bates y O'Steen argumentaron que la norma violaba su libertad de expresión. ¿Tienen los abogados un derecho constitucional a publicitar sus precios? En *Bates v. State Bar of Arizona*, la Corte Suprema respondió afirmativamente. Al llegar a esta conclusión, la Corte examinó la justificación de la Regla Disciplinaria 2-101(b). Según el Colegio de Abogados de Arizona, la norma promovía el profesionalismo:

[653] Sam Harnett, *Cities Made Millions Selling Taxi Medallions, Now Drivers Are Paying the Price*, NPR, 15 de octubre de 2018.

[654] *Véase Id.;* Benjamin Edelman, *Uber Can't Be Fixed—It's Time for Regulators to Shut It Down*, Harv. Bus. Rev., 21 de junio de 2017.

> [L]a publicidad traerá consigo la comercialización, lo que socavará el sentido de dignidad y autoestima del abogado. La presión del mercado afectará negativamente la orientación de servicio de la profesión y dañará irreparablemente el delicado equilibrio entre la necesidad del abogado de ganar dinero y su obligación de servir desinteresadamente. Además, se argumenta que la publicidad erosionará la confianza del cliente en su abogado: una vez que el cliente perciba que el abogado está motivado por la ganancia, su confianza en que el abogado actúa por un compromiso con su bienestar se verá comprometida. Además, se dice que la publicidad empaña la digna imagen pública de la profesión.

La Corte rechazó esta explicación. Incluso sin publicidad, las personas saben que muchos abogados trabajan para ganar dinero. Los médicos e ingenieros publicitan sus servicios, y sin embargo sus profesiones siguen siendo dignas. Además, la prohibición de la publicidad podría hacer más daño que bien. En lugar de preservar el profesionalismo, podría obstaculizar la representación legal. Sin anuncios, algunas personas no pueden encontrar abogados para defender sus derechos.

Estos argumentos son de sentido común. La Corte presentó un argumento final basado en el análisis económico: "El cinismo respecto a la profesión puede ser causado por el hecho de que durante mucho tiempo ha repudiado públicamente la publicidad, mientras que permite que abogados actúen de forma tal que estructuran sus lazos sociales o cívicos para generar contactos con posibles clientes". La prohibición de anuncios no impedía que los abogados compitieran. Solo cambiaba el lugar donde ocurría la competencia: de los periódicos y la radio a reuniones cívicas y eventos privados. Cualquier abogado podía publicitarse en los primeros pagando, mientras que solo los abogados más experimentados y con reputación podían hacerlo en los segundos, haciendo uso de conexiones y relaciones personales. Así, la prohibición impuesta por el colegio de abogados sofocaba la competencia. Favorecía a los abogados veteranos con reputación establecida y perjudicaba a los abogados jóvenes que intentaban construir su carrera.

¿Estás de acuerdo en que la Primera Enmienda protege el derecho de un abogado a hacer publicidad? ¿Debería también proteger el derecho de una empresa tabacalera a hacer publicidad dirigida a niños?

3.2. Cabildeo

¿Cómo consiguen los grupos leyes favorables? La respuesta habitual es que lo hacen a través del cabildeo. A cambio de dinero, quienes se dedican al cabildeo informan e influyen en los representantes del pueblo. En los Estados Unidos, personas y organizaciones gastan miles de millones de dólares cada año en personas que se dedican al cabildeo. A veces, los cabilderos alientan a los representantes a redactar proyectos de ley que favorezcan a sus clientes. Otras veces, los cabilderos escriben los proyectos de ley ellos mismos y piden a los representantes que los patrocinen.

Para muchos actores privados, pagarle a alguien para que haga cabildeo por ella es una decisión racional. Para ilustrarlo, supón que Abe fabrica pantallas de computadora y tiene dinero para invertir en dos actividades: producir más pantallas o invertir en cabildeo para imponer aranceles a las pantallas importadas. Si gasta el dinero en fabricar más pantallas, generará ganancias de 1 millón de dólares, mientras que si lo gasta en cabildeo, reducirá la competencia y generará ganancias de 2 millones de dólares. Abe maximiza sus beneficios invirtiendo en cabildeo. De manera general, *las personas racionales invierten en cabildeo hasta que la tasa marginal de retorno iguala la tasa marginal de retorno de otras actividades, como fabricar más pantallas de computadora.*

La fabricación y el cabildeo difieren en un aspecto importante: mientras que la fabricación beneficia al fabricante, el cabildeo beneficia a toda la industria. Un arancel sobre pantallas importadas beneficia a todos los fabricantes nacionales de pantallas, no solo a Abe. Respecto del cabildeo, todos en la industria tienen incentivos para aprovecharse del esfuerzo de otros (*free riding*). Por ejemplo, todos los maestros de escuelas públicas se benefician de los subsidios a la educación pública, pero muchos prefieren que sean otros quienes paguen a los cabilderos que consiguen la aprobación de esas leyes.

Superar el problema del *free riding* es más fácil cuando hay pocos *free riders* y lo que está en juego es muy importante. Supongamos que Abe y Brianna son los únicos fabricantes nacionales de pantallas de computadora. Un arancel sobre pantallas importadas les generaría a cada uno 2 millones de dólares. Con tanto dinero en juego, ambos consideran que hacer cabildeo vale la pena. Como son solo dos, pueden monitorearse mutuamente para asegurarse de que ninguno se aproveche sin contribuir.

¿Quién paga los costos del arancel que beneficia a Abe y Brianna? Los compradores de pantallas de computadora. Como consecuencia del arancel, miles o incluso millones de compradores pagarán un poco más por cada pantalla, digamos, 400 dólares en lugar de 350. Con tan poco dinero en juego para cada comprador, la mayoría no considerará que hacer cabildeo vale la pena. Con tantos compradores dispersos, prevenir el *free riding* entre ellos parece imposible.

Tabla 8. Matriz de Difusión-Concentración

	Beneficios Difusos	**Beneficios Concentrados**
Costos Difusos	Seguridad Social, gasto en infraestructura	Aranceles a computadoras, subsidios al azúcar
Costos Concentrados	Libre comercio, impuesto al tabaco	Normas laborales de salud, negociación salarial

Generalizando, los grupos concentrados pueden organizarse y acudir al cabildeo con mayor facilidad que los grupos dispersos. Esta diferencia es fundamental para la lógica política de la búsqueda de rentas. La Tabla 8 resume esta lógica[655]. A veces, la democracia produce leyes dentro del cuadrante superior izquierdo, donde los costos difusos (como impuestos que casi todos pagan) financian políticas con millones de beneficiarios. Sin embargo, otras veces, la democracia produce leyes dentro del cuadrante superior derecho. Pocos beneficiarios, como Abe y Brianna, invierten en realizar cabildeo para obtener leyes favorables, mientras que la oposición dispersa (millones de compradores de pantallas) no logra organizarse para resistir. El libre comercio perjudica a industrias concentradas, como los fabricantes de acero, pero reduce los precios de productos hechos con acero para millones de consumidores, por lo que encaja en el cuadrante inferior izquierdo. Los sindicatos ayudan a millones de trabajadores a organizarse, y los empleadores son relativamente pocos en número. Ambas partes pueden superar el problema del *free riding* e invertir en cabildeo, por lo que gran parte de la legislación laboral encaja en el cuadrante inferior derecho.

Estas ideas se engloban dentro de la teoría de los grupos de interés. Esta teoría ayuda a explicar muchas características de la vida política en una democracia. A través de los sindicatos, los maestros de escuelas públicas se vuelven un grupo fuerte, mientras que los contribuyentes no logran formar un sindicato (¿cómo podrían irse a huelga?). Para superar el *free riding*, muchas organizaciones

[655] La figura se basa en James Q. Wilson, Political Organizations 332–37 (1973). La base de la teoría de grupos de interés es Mancur Olson, The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups (1971). *Véase también* George J. Stigler, T*he Theory of Economic Regulation, 2 Bell J. Econ. & Mgmt. Sci. 3* (1971); Sam Peltzman, *Toward a More General Theory of Regulation*, 19 J.L. Econ. 211 (1976).

invierten en cabildeo a través de recaudar dinero mediante cuotas obligatorias. Por ejemplo, la mayoría de los médicos deben ser miembros de la *American Medical Association*, que recauda cuotas y financia el cabildeo en nombre de todos los médicos.

En contraste, el aire limpio y el agua potable tienen beneficiarios dispersos que no necesitan pertenecer a una organización con cuotas obligatorias. Las donaciones al *Environmental Defense Fund* son puramente voluntarias, a diferencia de las cuotas que pagan los miembros de la *American Medical Association*. Este problema genera un doble fracaso en la protección del medio ambiente: una externalidad de mercado y un problema de *free riding* político. Por eso, los legisladores suelen enfocarse en médicos y aseguradoras de salud en lugar del medio ambiente.

Preguntas

3.2.1. Usa la teoría de los grupos de interés para explicar cómo una industria pequeña podría "capturar" una agencia administrativa como la *Securities Exchange Commission* o la *Environmental Protection Agency.*

3.2.2. En nuestro ejemplo, el arancel sobre pantallas de computadora genera para Brianna 2 millones de dólares en ganancias y le cuesta a cada comprador 50 dólares.

(a) ¿Cuánto pagaría Brianna a los cabilderos para asegurar el arancel?

(b) ¿Cuánto pagaría cada comprador a los cabilderos para evitar el arancel?

(c) ¿El dinero gastado en cabildeo es productivo, como fabricar más pantallas? ¿O es redistributivo, como robar un banco[656]?

3.2.3. La ley federal exige el *disclosure* de algunas actividades de cabildeo. Muchas personas no desean revelar su cabildeo. En consecuencia, la ley podría desalentar a las personas de participar en la discusión política y de ejercer su derecho de petición al estado, actividades protegidas por la Primera Enmienda. En *United States v. Harriss*, la Corte Suprema confirmó la obligación de *disclosure* del cabildeo frente a una impugnación constitucional[657]. La Corte afirmó que, sin *disclosure*, "la voz del pueblo podría ser fácilmente ahogada por la voz de grupos de interés especial que buscan un trato privilegiado mientras se hacen pasar por defensores del bienestar público"[658].

(a) Usa la teoría de los grupos de interés para apoyar o criticar la declaración de la Corte.

[656] *Véase*, por ejemplo, Gordon Tullock, *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft*, 5 Western Econ. J. 224 (1967).

[657] 347 U.S. 612 (1954).

[658] *Id.* en 625.

(b) La Corte en *Harriss* también declaró que prohibir el *disclosure* quitaría al Congreso "el poder de autodefensa"[659]. ¿Cómo podría la obligación de *disclosure* del cabildeo "proteger" a los miembros del Congreso?

3.2.4. En los Estados Unidos, los abogados no pueden ejercer la abogacía sin una licencia. Para obtenerla, la mayoría de los abogados deben asistir a la escuela de derecho (lo que implica tres años de estudio y una matrícula costosa), aprobar el examen del colegio de abogados (que implica rendir el examen de la barra, meses de estudio y pago de una tarifa por el examen) y unirse al colegio de abogados (pago de cuotas anuales).

(a) Al aumentar el costo de convertirse en abogado, estos requisitos reducen la oferta de abogados. ¿Cómo afecta la reducción de la oferta de abogados a los salarios de los abogados?[660]

(b) ¿Qué es mejor para la sociedad: menos abogados costosos con mayor calidad promedio, o más abogados baratos con menor calidad promedio?

(c) ¿Deberíamos exigir licencias a los abogados que litigan ante la Corte Suprema pero no hacerlo con abogados que litigan en los tribunales del tránsito?

Sindicatos y el Problema *free riding*

Miles de empleados no pueden negociar con su empleador ni hacer cabildeo ante los congresistas. La acción colectiva es demasiado difícil de ejecutar. Para superar este desafío, los empleados se organizan en sindicatos. En lugar de presentar demandas diferentes y conflictivas, los sindicatos presentan demandas unificadas a los empleadores. Al amenazar con irse a huelga, los sindicatos fortalecen su posición en la negociación (una huelga de todos los trabajadores cuesta mucho más a los empleadores que la huelga de un solo trabajador). Los sindicatos pueden organizarse y hacer cabildeo de manera más efectiva que individuos aislados. En el lenguaje de la teoría de los grupos de interés, la sindicalización convierte a los trabajadores dispersos en un grupo concentrado.

Los sindicatos necesitan dinero para pagar a sus dirigentes, organizar elecciones y contratar cabilderos. Para recaudar dinero, los sindicatos cobran cuotas a los trabajadores que representan. La recaudación de cuotas lleva a que aparezca el problema del *free riding.* En general, todos los trabajadores se benefician de condiciones laborales favorables y de leyes que los protegen, incluso si no contribuyeron a su implementación. Por lo tanto, los trabajadores

[659] *Id.*

[660] *Véase* Mario Pagliero, *What Is the Objective of Professional Licensing? Evidence from the US Market for Lawyers,* 29 Int'l J. Indus. Org. 473 (2011).

tienen un incentivo para aprovecharse del esfuerzo de otros sin pagar. Pueden decidir no unirse al sindicato, aunque se beneficien de sus actividades. El mismo *free riding* que impide que los trabajadores negocien y hagan cabildeo por su cuenta puede llevar a la quiebra a los sindicatos que lo hacen por ellos.

Para evitar el *free riding,* algunos estados exigían que los trabajadores pagaran cuotas al sindicato que los representaba, incluso si no se afiliaban o no lo apoyaban. Mark Janus impugnó una de estas leyes ante los tribunales. Trabajaba para el estado de Illinois y el sindicato que lo representaba promovía políticas con las que no estaba de acuerdo, como aumentos salariales para empleados estatales en medio de una crisis presupuestaria. Janus argumentó que la ley que lo obligaba a pagar cuotas lo forzaba a subvencionar un discurso político con el que no estaba de acuerdo, en violación de la Primera Enmienda. En *Janus v. AFSCME,* la Corte Suprema le dio la razón. Según la Corte, "obligar a las personas a expresar apoyo a ideas que encuentran objetables viola ese mandato constitucional cardinal" de la Primera Enmienda. Además, la Corte sostuvo que "los argumentos sobre *free riding*... generalmente no son suficientes para superar objeciones basadas en la Primera Enmienda". Para defender esta conclusión, la Corte señaló lo siguiente:

> Supón que un grupo determinado hace cabildeo o se pronuncia en nombre de lo que considera que son las necesidades de los adultos mayores, veteranos o médicos. ¿Podría el gobierno exigir que todos los adultos mayores, veteranos o médicos paguen por ese servicio, aunque se opongan? Nunca se ha considerado que esto sea permisible... [L] a Primera Enmienda no permite que el gobierno obligue a una persona a financiar el discurso de otra solo porque el gobierno cree que dicho discurso beneficia los intereses de la persona que no quiere pagar.

Este argumento ciertamente parece ser convincente. Nadie quiere verse obligado a financiar cada grupo que dice representarlo. Sin embargo, considera un límite a esta lógica. Al igual que los sindicatos, los gobiernos participan en muchas actividades, algunas de las cuales los llevan a participar de la discusión pública. Esta discusión puede incluir mensajes en patentes de autos ("Vive libre o muere"), eslóganes ("Solo tú puedes prevenir incendios forestales") y posturas en materia de política exterior ("Irán patrocina el terrorismo", "el comunismo es malo"). Los ciudadanos que se oponen a estos mensajes aún deben financiarlos pagando impuestos. ¿Esto significa que los impuestos obligan a las personas a subvencionar discursos en violación de la Primera Enmienda? La Corte Suprema dijo que no. Según la Corte, "las personas no tienen un derecho de la Primera Enmienda a no financiar el discurso del gobierno".

Esta conclusión puede parecer difícil de justificar. Para evitar el *free riding*, el estado puede obligarte a pagar por su discurso, pero no puede obligarte a pagar por el discurso del sindicato. ¿Por qué la Primera Enmienda funciona de manera diferente en estos casos? El análisis económico ofrece una justificación. El número de personas que pagan impuestos supera con creces el número de trabajadores representados por un sindicato. La amenaza del *free riding* aumenta con el número de personas afectadas. Sin cuotas obligatorias, el *free riding* podría llevar a la quiebra del sindicato. Sin impuestos obligatorios, el *free riding* ciertamente llevaría a la quiebra del estado (recordemos los Artículos de la Confederación).

Después del fallo en Janus, muchos temían que el financiamiento de los sindicatos desapareciera. Sin embargo, al parecer estaban equivocados. Según un informe, la membresía sindical cayó solo un 1% en los seis meses posteriores al caso. Para retener afiliados, los sindicatos pueden ofrecer beneficios exclusivos a sus miembros. En Nueva York, por ejemplo, solo los miembros que pagan cuotas reciben asesoría legal gratuita y orientación financiera de su sindicato. Si los sindicatos colapsaran, los estados podrían rescatarlos con subsidios.

3.3. *Lochnerismo*

La teoría de los grupos de interés arroja luz sobre un período importante en la historia constitucional de los EE. UU., conocido como la era *Lochner*. En 1894, el estado de Luisiana promulgó una ley que prohibía a sus ciudadanos contratar con compañías de seguros fuera del estado, a menos que dichas compañías emplearan un agente dentro del estado. Una empresa de Luisiana violó la ley al asegurar un cargamento de algodón con una aseguradora de Nueva York. En lugar de pagar la multa, la empresa impugnó la ley de Luisiana ante la Corte Suprema.

En *Allgeyer v. Louisiana*, la Corte invalidó la ley basándose en la Cláusula de Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda[661]. Dicha cláusula prohíbe a los estados privar a "cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal"[662]. Según la Corte, la palabra "libertad" en esa cláusula:

[661] 165 U.S. 578 (1897).

[662] *Véase Constitu. EE.UU.*, enmienda XIV, § 1 ("Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos, y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del estado en que residen. Ningún estado podrá dictar o hacer cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni podrá privar a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal; ni negar a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes".).

> no solo significa el derecho del ciudadano a estar libre de una mera restricción física de su persona, como el encarcelamiento, sino que el término se entiende como la facultad del ciudadano de disfrutar libremente de todas sus capacidades, de usarlas de manera lícita, de vivir y trabajar donde desee, de ganarse la vida en cualquier ocupación legal, de ejercer cualquier oficio o vocación, y, para ese propósito, de celebrar todos los contratos que sean adecuados, necesarios y esenciales para llevar a cabo con éxito los fines mencionados anteriormente[663].

La ley de Luisiana restringía esta libertad al impedir que las personas celebraran contratos voluntarios para ganarse la vida[664]. En resumen, violaba la "libertad de contratación".
Ocho años después de *Allgeyer*, la Corte amplió la noción de libertad de contratación en *Lochner v. New York*[665]. Una ley estatal prohibía a los panaderos trabajar más de 10 horas al día y 60 horas a la semana. Un dueño de una panadería que se llamaba Joseph Lochner argumentó que la ley violaba la Cláusula de Debido Proceso. El estado de Nueva York defendió la ley, argumentando que protegía la salud y seguridad de los panaderos, quienes a menudo trabajaban largas horas en habitaciones calurosas y llenas de polvo de harina. Sin embargo, la Corte Suprema rechazó la defensa del estado y anuló la ley. La Corte escribió:

> La ley no es, en ningún sentido razonable del término, una ley enfocada en la salud, sino una interferencia ilegal con los derechos de los individuos, tanto empleadores como empleados, de celebrar contratos sobre el trabajo en los términos que consideren más adecuados. Las leyes de esta naturaleza, que limitan las horas en que hombres y mujeres adultos e inteligentes pueden trabajar para ganarse la vida, son meras interferencias innecesarias con los derechos del individuo[666].

En su voto disidente, el juez Harlan cuestionó la conclusión de la Corte de que la ley de Nueva York no constituía una "ley enfocada en salud". Argumentó que, aunque los hechos eran inciertos, la ley podría promover la salud, y la Corte debía respetar el juicio del legislador en esta cuestión[667]. Pero el juez Peckham, quien escribió la opinión mayoritaria, rechazó este argumento sin dar explicaciones.

[663] Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578, 589 (1897).

[664] Cabe señalar que esto se refiere a una visión sustantiva del debido proceso, no a una visión sustancial de éste.

[665] 198 U.S. 45 (1905).

[666] *Id.* en 61.

[667] *Véase Id.* en 65–74 (1905) (Harlan, J., disidente).

Simplemente afirmó que la "limitación de las horas de trabajo no tiene una relación directa ni un efecto sustancial sobre la salud del empleado"[668]. Según el juez Peckham, la ley fue aprobada "en realidad, con otros motivos"[669].

¿Qué motivos? Peckham nunca los señaló, pero la teoría de los grupos de interés podría dar la respuesta. En lugar de perseguir el bien público, los legisladores podrían haber respondido a los deseos de grupos organizados y concentrados. Analicemos la industria panadera en Nueva York en la época de *Lochner*. Las grandes panaderías competían con las pequeñas panaderías. Una limitación en las horas de trabajo no afectaría a las grandes panaderías, cuyos trabajadores sindicalizados ya trabajaban en turnos cortos. Sin embargo, esta misma limitación sí afectaría a las pequeñas panaderías, donde los panaderos no sindicalizados trabajaban turnos más largos. Según algunos relatos, Nueva York promulgó la ley de limitación de horas en respuesta a la presión del sindicato de panaderos. Pero el sindicato no estaba preocupado por la salud de los trabajadores; quería suprimir la competencia de las pequeñas panaderías[670].

La teoría de los grupos de interés ofrece una explicación similar para la ley de Luisiana sobre agentes de seguros. La ley podría haber protegido a los ciudadanos frente a posibles fraudes, como cuando una aseguradora de otro estado vende coberturas falsas[671]. Pero la ley también protegía a las compañías de seguros de Luisiana. Al dificultar la operación de aseguradoras de otros estados, la ley favorecía a las compañías locales, que obtenían ganancias asegurando cargamentos desde y hacia el concurrido puerto de Nueva Orleans. Al igual que un sindicato de panaderos, uno puede imaginar un grupo concentrado de aseguradoras presionando por leyes favorables.

La era *Lochner* duró 40 años. Durante ese tiempo, la Corte Suprema invalidó docenas de leyes. Por ejemplo, en *Coppage v. Kansas*, la Corte anuló una ley que prohibía los contratos *yellow-dog*[672] (un contrato *yellow-dog* hace que el empleo dependa de que el trabajador no se una a un sindicato).

[668] *Id.* en 64.

[669] *Id.*

[670] Este análisis se desarrolla en David E. Bernstein, Rehabilitating Lochner: Defending Individual Rights Against Progressive Reform (2011), y David E. Bernstein, Lochner v. New York: *A Centennial Retrospective*, 83 Wash. U. L.Q. 1469 (2005). *Véase también* Bernard H. Siegan, Economic Liberties and the Constitution 113–20 (1980). Para una discusión clara, véase Maxwell Stearns, Todd J. Zywicki & Thomas J. Miceli, Law and Economics: Private and Public 456–57 (2018).

[671] *Véase* Herbert Hovenkamp, *The Political Economy of Substantive Due Process*, 40 Stan. L. Rev. 379, 447 (1988) ("Sin embargo, se puede argumentar que el estatuto condenado en *Allgeyer* fue diseñado para proteger a los consumidores de prácticas fraudulentas en los seguros".).

[672] 236 U.S. 1 (1915).

En *Adkins v. Children's Hospital*, la Corte anuló una ley que establecía un salario mínimo para mujeres[673]. En el infame caso de *Hammer v. Dagenhart*, la Corte invalidó una ley federal destinada a limitar el trabajo infantil[674].

¿Por qué la Corte anuló tantas leyes, especialmente en materia laboral? Muchas personas lo atribuyen al activismo judicial. La "libertad de contratación" no aparece en la Constitución[675]. Algunas personas dicen que los jueces inventaron esta idea para proteger a las élites adineradas a expensas de los trabajadores pobres y los consumidores[676]. Esta explicación puede tener algo de mérito, pero es incompleta. Los historiadores del derecho han ofrecido una interpretación diferente según la cual la Corte perseguía el "principio de neutralidad"[677]. Este principio rechazaba la legislación "especial" o "de clase" que redistribuía la propiedad de un actor privado a otro, sin importar la riqueza o el estatus del beneficiario[678].

En 1937, la Corte Suprema decidió *West Coast Hotel Co. v. Parrish*[679]. La cuestión discutida era si una ley de salario mínimo para mujeres violaba la Constitución. Anteriormente, la Corte había invalidado un salario mínimo, pero en *West Coast Hotel*, revirtió su postura y confirmó el salario mínimo. La Corte escribió:

> [L]a violación alegada por quienes atacan la regulación del salario mínimo para mujeres es la privación de la libertad de contratación. ¿Qué es esta libertad? La Constitución no habla de libertad de contratación. Habla de libertad... La garantía de libertad no excluye de la supervisión legislativa ese amplio ámbito de actividad que consiste en la celebración de

[673] 261 U.S. 525 (1923).

[674] 247 U.S. 251 (1918).

[675] De hecho, la Corte Suprema rara vez se basó en la libertad de contrato para invalidar leyes en esta época. *Véase* Barry Cushman, *Teaching the Lochner Era*, 62 St. Louis U. L.J. 537 (2018).

[676] Para exposiciones de la visión convencional, véase Id. en 540–41 n.9. Véase también Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 75 (1905) (Holmes, J., disidente) ("Este caso se decide sobre una teoría económica que una gran parte del país no comparte".).

[677] Howard Gillman, The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence *61–100 (1993).*

[678] *Véase* Barry Cushman, *Teaching the Lochner Era*, 62 St. Louis U. L.J. 537 (2018). *Véase también* John Harrison, *Substantive Due Process and the Constitutional Text*, 83 Va. L. Rev. 493, 518 (1997) ("La ley de A a B es el ejemplo paradigmático de privación legislativa y siempre lo ha sido".); Charles W. McCurdy, *Justice Field and the Jurisprudence of Government Business Relations: Some Parameters of Laissez-Faire Constitutionalism, 1863–1897, 61* J. Am. Hist. 970, 971–73 (1975) (discutiendo los esfuerzos del juez Field por distinguir la regulación permisible de la confiscación impermisible).

[679] 300 U.S. 379 (1937).

> contratos, ni niega al gobierno el poder de proporcionar salvaguardias restrictivas. La libertad implica la ausencia de restricción arbitraria, no inmunidad frente a regulaciones razonables[680].

La decisión de la Corte en *West Coast Hotel* puso fin a la era *Lochner*. Los jueces dejaron de examinar y anular la legislación económica.

¿Qué causó el cambio de postura de la Corte? Una respuesta común apunta a lo que sucedió en la arena política. El presidente Franklin D. Roosevelt gozaba de un inmenso apoyo[681], y favorecía el tipo de legislación económica que la Corte había rechazado. Cuando Roosevelt amenazó con "empaquetar" la Corte con jueces seleccionados a mano, los jueces existentes cedieron[682]. Pero quizás esta explicación sea demasiado simple. Según los historiadores del derecho, Lochner dependía de un conjunto de supuestos que se desmoronaron a medida que la economía crecía y surgían nuevos casos[683]. *West Coast Hotel* resultó de cambios graduales en el derecho y la sociedad, no de una presión política repentina.

La teoría de los grupos de interés ofrece una explicación sobre el fin del *Lochnerismo*. La mayoría de las leyes benefician a un grupo u otro, por lo que la mayoría de las leyes tienen defensores, incluidos aquellos con intereses concentrados en juego. Considera las leyes sobre trabajo infantil en *Hammer v. Dagenhart*[684]. Prohibir que los niños trabajen en condiciones peligrosas y alentarlos a jugar y asistir a la escuela beneficia a los niños y a la sociedad. Pero también beneficia a algunos intereses específicos. Las grandes fábricas apoyaban las leyes sobre trabajo infantil, no porque necesariamente estuvieran en contra del trabajo infantil, sino porque muchas pequeñas fábricas dependían de él. Al prohibir el trabajo infantil, las grandes empresas podían reducir la competencia[685]. Incluso las leyes benéficas disfrutan del apoyo de grupos de interés.

[680] *Id.* en 391–92.

[681] En las elecciones de 1936, Roosevelt obtuvo el 60,8 % del voto popular y el 98,5 % del voto en el colegio electoral.

[682] La interpretación convencional se presenta en forma caricaturesca *en* Barry Cushman, Rethinking the New Deal Court: The Structure of a Constitutional Revolution (1998).

[683] *Véase Id.* en 139–225.

[684] 247 U.S. 251 (1918).

[685] *Véase* Audrey B. Davidson, Elynor D. Davis & Robert B. Ekelund, Jr., *Political Choice and the Child Labor Statute of 1938: Public Interest or Interest Group Legislation?*, 82 Pub. Choice 85 (1995).

Los tribunales no pueden invalidar todas las leyes que benefician a un grupo de interés a expensas de otros. Esto paralizaría la democracia. En cambio, los tribunales pueden filtrar, como hizo la *Corte Lochner* al atacar la legislación "de clase". Los jueces pueden confirmar leyes que benefician a la sociedad en general e invalidar leyes que solo benefician a grupos concentrados. Pero hacer esta distinción es difícil. ¿Qué es bueno para la sociedad? ¿Un salario mínimo para mujeres beneficia a un grupo concentrado? Pocas personas creen que los jueces tengan la pericia o la autoridad para responder estas preguntas.

Si los jueces no pueden invalidar la mayoría de las regulaciones económicas, y si no pueden distinguir entre regulaciones "buenas" y "malas", ¿qué opción queda? Los jueces pueden ser deferentes, dejando las decisiones legislativas a los legisladores. Considera el caso *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*[686]. Una ley estatal prohibía a los ópticos fabricar anteojos sin la prescripción de un médico. Incluso transacciones mundanas, como colocar lentes existentes en un nuevo armazón, a menudo requerían una visita al médico. ¿La ley promovía la salud alentando exámenes de la vista? ¿O enriquecía a los oftalmólogos a expensas de los ópticos y los consumidores? La Corte Suprema no respondió:

> La ley de Oklahoma puede imponer un requisito innecesario y que lleva al desperdicio de dinero en muchos casos. Pero corresponde a la legislatura, no a los tribunales, equilibrar las ventajas y desventajas del nuevo requisito.
>
> Ha pasado el tiempo en que esta Corte utilizaba la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda para invalidar leyes estatales que regulan las condiciones comerciales e industriales, simplemente porque podrían ser imprudentes, poco acertadas o porque la Corte estaba en desacuerdo con una determinada escuela de pensamiento. Para protegerse contra abusos de las legislaturas, el pueblo debe recurrir a las urnas, no a los tribunales[687].

Lee Optical demuestra el retiro de la Corte en cuanto a la supervisión de la legislación económica. Hoy en día, los tribunales en los Estados Unidos someten tales leyes a un examen de racionalidad, lo que significa que preguntan si la ley está "razonablemente relacionada" con un "interés gubernamental legítimo". La respuesta casi siempre es que sí.

[686] 348 U.S. 483 (1955).

[687] *Id.* en 487–88 (comillas y citas internas omitidas).

En resumen, la teoría de los grupos de interés ayuda a explicar algunos enigmas de la democracia, como por qué los grupos pequeños con pocos votos a menudo logran beneficios a expensas de grupos grandes con muchos votos. Sin embargo, no toda ley de interés especial perjudica a la sociedad. Los aumentos salariales para los maestros pueden beneficiar a la mayoría de la población, al igual que los subsidios que impulsan a las plantas de energía a modernizarse. Las transferencias de riqueza de un grupo a otro pueden aumentar el bienestar, como se discutió en un capítulo anterior. La Constitución no proporciona una fórmula para distinguir entre regulaciones económicas buenas y malas, y los jueces generalmente carecen de la capacidad para hacer esta distinción por sí solos. La Corte en *Lee Optical* parecía reconocer este hecho.

Preguntas

3.3.1. La legislación podría comenzar con un preámbulo que declare un noble objetivo y terminar con concesiones a intereses especiales. Los propósitos generales en el preámbulo tienen poca relación con el contenido sustantivo de la ley. Existe una propuesta que permitiría a los jueces anular leyes cuyas disposiciones no puedan promover los propósitos declarados en el preámbulo[688]. Para ilustrar, los jueces podrían invalidar una ley que dice mejorar la educación, pero reduce el gasto en laboratorios escolares. ¿Apoyas esta propuesta?

3.3.2. Algunos académicos han argumentado que la teoría de los grupos de interés debería influir en la interpretación judicial de los estatutos. Según un enfoque, los tribunales deberían interpretar de manera restrictiva las leyes que benefician a un grupo pequeño y concentrado a expensas de un grupo grande y disperso. Esto debilitaría leyes que otorgan a los propietarios de tierras acceso a bosques nacionales (beneficia a los propietarios a costa del público), permiten a los productores de leche fijar precios mínimos (beneficia a los granjeros a costa de los consumidores), y otras similares.[689] ¿Deben los tribunales interpretar los estatutos de esta manera?[690]

[688] Susan Rose-Ackerman, *Judicial Review and the Power of the Purse,* 12 Int'l Rev. L. Econ. 191 (1992). Cabe señalar que algunas constituciones estatales contienen requisitos claros sobre los preambulos de las leyes. Véase Barbara J. Van Arsdale, Tracy Bateman Farrell & Tom Muskus, *Constitutional Provision Requiring Subject of Statute to be Stated in Title*, 73 American Jurisprudence 2d Statutes § 47 (2020).

[689] *Véase* William N. Eskridge, Jr., *Politics Without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation*, 74 Va. L. Rev. 275 (1988). *Véase también* Leo Sheep Co. v. United States, 440 U.S. 668, 681–82 (1979); Block v. Cmty. Nutrition Inst., 467 U.S. 340, 352 (1984).

[690] *Véase* Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 Yale L.J. 31 (1991).

3.3.3. En el siglo XIX, las legislaturas estatales promulgaron leyes que concedían el divorcio a una persona específica, compensaban a un empleado estatal en particular u otorgaban beneficios a una empresa específica. Para detener estas prácticas, algunos reformistas aprobaron enmiendas constitucionales estatales que prohibían la legislación "especial". La Corte Suprema de Florida explicó la razón detrás de estas enmiendas: "para evitar que el estado actúe en beneficio de intereses locales o privados y dirigir a la Legislatura a centrarse en asuntos de importancia estatal"[691].

(a) Explica esta afirmación: "Permitir legislación general y prohibir legislación especial debería debilitar a los grupos de interés al fomentar el *free riding* entre ellos".

(b) Una iniciativa electoral en Alaska impuso controles de contaminación en minas metálicas a gran escala (Large-Scale Metallic Mineral, LSMM). La iniciativa solo afectaba a dos minas, pero el tribunal la confirmó, concluyendo que la ley era general: "Aunque las minas Pebble y Donlin Creek pueden ser las únicas actualmente afectadas..., el lenguaje de la iniciativa es lo suficientemente amplio como para aplicarse a cualquier nueva mina LSMM"[692]. Mientras tanto, una ley en Florida afectaba la administración de dos hospitales privados pertenecientes a la misma corporación. El tribunal la invalidó, declarando: "Es evidente por el lenguaje expreso... que la ley estaba destinada a afectar únicamente a aquellos hospitales privados ubicados en el condado de St. Lucie. Por lo tanto, la [ley] es incuestionablemente una ley especial que afecta a una corporación privada"[693]. Sin cambiar su efecto, ¿podría la legislatura de Florida haber redactado su ley de manera que fuera general, como la iniciativa de Alaska?

(c) Los tribunales estatales invalidan muy pocas leyes por ser "especiales". ¿Por qué? ¿Puedes distinguir entre leyes "generales" y leyes "especiales"?

4. Corrupción y Financiamiento de Campañas

A veces, las legislaturas se asemejan a mercados. Al igual que los comerciantes en una subasta, los representantes venden legislación al mejor postor. La sección anterior analizó a los compradores. Explicamos que los grupos concentrados pueden superar el *free riding* y contratar cabilderos, lo que les da una ventaja en el mercado de subsidios y regulaciones. Aquí ampliamos el análisis a los vendedores.

[691] Lawnwood Med. Ctr., Inc. v. Seeger, 990 So. 2d 503, 513 (Fla. 2008). *Véase también* Justin R. Long, *State Constitutional Prohibitions on Special Laws*, 60 Clev. St. L. Rev. 719 (2012).

[692] Pebble Ltd. P'ship ex rel. Pebble Mines Corp. v. Parnell, 215 P.3d 1064, 1080 (Alaska 2009).

[693] Lawnwood Med. Ctr., Inc. v. Seeger, 990 So. 2d 503, 510 (Fla. 2008).

A cambio de leyes favorables, los políticos reciben votos, respaldos, contribuciones de campaña e incluso bolsas de dinero en efectivo.

¿Cómo deberíamos recompensar a los legisladores por hacer una buena labor de representación? La mayoría de las personas apoyan pagar a los políticos con votos (la esencia de la democracia) y se oponen a pagarles con dinero en efectivo. El dinero implica corrupción. Sin embargo, esta distinción no se refleja en la ley de los Estados Unidos. La Constitución protege el derecho de los donantes a gastar y de los políticos a recaudar miles de millones de dólares. Mientras tanto, intercambiar un voto por un contrato gubernamental puede llevar a un cargo de soborno y a pasar tiempo en prisión. Los casos difíciles a menudo requieren distinciones sutiles, como la diferencia entre negociación legítima y soborno ilegal. Los abogados y jueces han intentado hacer esta distinción en todo el derecho público. El análisis económico nos ayuda a comprender sus éxitos y fracasos.

4.1. La regulación del soborno

En el estado la corrupción siempre está, incluso en países como los Estados Unidos. Los funcionarios intercambian votos y otros favores por autos, ropa y dinero en efectivo, como los 90.000 dólares descubiertos en el congelador de un congresista[694]. Muchas leyes prohíben la corrupción. Nos enfocamos en una de ellas, la ley federal de soborno de EE. UU., que establece que:

> Quien... corruptamente dé, ofrezca o prometa cualquier cosa de valor a cualquier funcionario público o persona que haya sido seleccionada para ser funcionario público... con la intención... de influir en cualquier acto oficial... será multado... o encarcelado por no más de quince años, o sufrirá ambas penas.[695]

La ley parece prohibir los intercambios. Para ilustrarlo, volvamos a un ejemplo mencionado al inicio del libro. Un legislador llamado Caleb planea votar a favor de un aumento en el gasto que será destinado a las escuelas y a la policía. Otro legislador llamado Graham se opone firmemente al proyecto de ley. Caleb le dice a Graham: "Votaré en contra del proyecto de ley sobre escuelas y policía si apoyas mi proyecto de ley sobre juegos de azar". Caleb parece haber violado el estatuto

[694] *Véase* Frank James, William *"Cold Cash" Jefferson Convicted of Corruption*, NPR, 5 de agosto de 2009.

[695] 18 U.S.C. § 201(b)(1)(A)–(4).

de soborno. Ha "ofrecido" o "prometido" algo "de valor" (un voto negativo sobre el presupuesto de escuelas y policía) "con la intención... de influir en cualquier acto oficial" (el voto de Graham sobre juegos de azar).

En los hechos, probablemente Caleb no haya violado la ley. Para entender por qué, debemos leer la ley con atención. Ofrecer o prometer un favor es insuficiente. Para cometer soborno, el funcionario debe haber actuado "*corruptamente*" al ofrecer o prometer un favor. Los tribunales han interpretado la palabra "corruptamente" como actuar con un "propósito indebido" o "la intención de inducir a un funcionario a hacer un uso indebido de su cargo". ¿Ha actuado Caleb con un propósito indebido? ¿Ha inducido a Graham a hacer un uso indebido de su cargo?[696] Muchas personas dirían que no. Los legisladores intercambian votos de manera rutinaria. Como mostró un capítulo anterior, el intercambio de votos puede beneficiar tanto a los legisladores como a sus electores.

Mens rea significa "mente culpable". Si una persona realiza una acción que sabe que es incorrecta, los abogados dicen ha actuado con *mens rea*. La ley federal de soborno utiliza el concepto de *mens rea* para distinguir un acuerdo político legítimo de un soborno ilegal. Si un intercambio político viola la ley depende del estado mental de quien lo realiza. Pero no podemos observar los estados mentales. Muchos políticos creen que actúan desinteresadamente y que nunca tienen *mens rea*. El presidente Nixon encubrió un allanamiento (también dejó de pagar más de 400.000 dólares en impuestos). Al renunciar, dijo con sinceridad: "Siempre he intentado hacer lo mejor para la Nación"[697].

Preguntas

4.1.1. Además de *pagar* sobornos, la ley federal prohíbe solicitar o aceptar sobornos. La ley castiga a cualquier funcionario público que "corruptamente exija, busque, reciba, acepte o acuerde recibir o aceptar cualquier cosa de valor personalmente a cambio de... ser influenciado en el desempeño de cualquier acto oficial"[698]. El Congreso aprobó aproximadamente

[696] Samuel W. Buell, *Culpability and Modern Crime, 103 Geo. L.J. 547, 567–68* (2015). *Véase también Int'l B.V. v. Schreiber,* 327 F.3d 173, 182 (2d Cir. 2003); United States v. McElroy, 910 F.2d 1016, 1026 (2d Cir. 1990).

[697] Richard M. Nixon, Resignation Speech (8 de agosto de 1974) (PBS.org).

[698] 18 U.S.C. § 201 (b)(2)(A).

400 millones de dólares en ayuda militar para Ucrania. En una llamada con el presidente ucraniano, el presidente Trump pareció condicionar la entrega de esos fondos a que Ucrania investigara al rival político de Trump, Joe Biden. ¿Violó el presidente Trump la ley?[699]

4.1.2. El asambleísta Alan Hochberg hizo una oferta a Charles Rosen. Hochberg le daría a Rosen un puesto en la legislatura si Rosen no competía con él en las elecciones primarias. Hochberg fue condenado por corrupción[700]. ¿Estás de acuerdo en que la oferta de Hochberg fue corrupta? ¿Qué pasaría si Hochberg hubiera ofrecido respaldar a Rosen si se postulaba para un cargo diferente? ¿Qué pasaría si Hochberg hubiera ofrecido hacer una contribución de campaña a Rosen si se postulaba para un cargo diferente?

4.2. Negociación y Sobornos

El análisis económico puede ayudar a distinguir acciones constitutivas de soborno de una legítima negociación política. Hacemos esta distinción con la ayuda de un ejemplo numérico. Linda, la legisladora, emitirá el voto decisivo sobre un contrato gubernamental que beneficiaría a su electora Dani. Paula, otra electora, sufriría si Dani obtiene el contrato. Para simplificar, supón que el contrato no afecta a nadie más que a Dani, Linda y Paula. Si Dani gana el contrato, ella recibirá 2, y Paula recibirá -5. Linda recibirá -1, ya que pagará un precio por haber causado molestias a Paula. Si Dani no obtiene el contrato, recibirá 0, Paula recibirá 2, y Linda recibirá 0. La Tabla 9 muestra las ganancias de las partes bajo el encabezado "sin pagos laterales".

Maximizar las ganancias del grupo requiere que Dani no obtenga el contrato. Como Linda prefiere recibir 0 en lugar de -1, no le otorgará el contrato. El interés personal de Linda está alineado con el interés del grupo... a menos que Dani le haga un pago lateral. Dani podría decir: "Te daré 1.2 si me otorgas el contrato". La Tabla 9 muestra las ganancias de las partes con el pago lateral de Dani bajo el encabezado "oferta de D". Dani prefiere 0.8 en lugar de 0, por lo que hará el pago. Linda prefiere 0.2 en lugar de 0, por lo que aceptará el pago. Como la ganancia personal de Linda ha cambiado, votará a favor del contrato, aunque debería votar en contra. Linda perjudica al grupo para beneficiarse a sí misma y a Dani.

[699] Rebecca Ballhaus & Natalie Andrews, Senate Acquits Trump on Both Impeachment Articles, Wall St. J., 5 de febrero de 2020. Trump fue acusado en la Cámara de Representantes y exonerado en el Senado. Los requisitos de juicio político no coinciden con la ley federal sobre sobornos.

[700] People v. Hochberg, 62 A.D. 2d 239 (N.Y. App. Div. 1978).

¿Ha sobornado Dani a Linda? La respuesta podría no importar. Paula sufrirá si Dani y Linda hacen el trato. Para evitarlo, Paula podría decirle a Linda: "Te daré 1.5 si votas en contra del contrato". La Tabla 9 muestra las ganancias que se siguen de las distintas ofertas en competencia bajo el encabezado "ofertas de ambas partes". Paula prefiere 0.5 en lugar de -5, por lo que hará la oferta.

Tabla 9. Soborno y negociación

	Sin pagos colaterales			**Oferta de D**			**Oferta de ambas**		
	D	**L**	**P**	**D**	**L**	**P**	**D**	**L**	**P**
D obtiene contrato	2	-1	-5	0.8	0.2	-5	0.8	0.2	-5
D no obtiene contrato	0	0	2	0	0	2	0	1.5	0.5

Linda prefiere 1.5 en lugar de 0.2, por lo que aceptará la oferta de Paula. Linda votará en contra del contrato, maximizando la ganancia del grupo. La oferta de Dani, ya sea un soborno o no, no afecta la decisión de Linda. Si Dani anticipa la oferta de Paula, podría no molestarse en hacer su propia oferta. La oferta de Dani muestra cómo el soborno puede distorsionar las decisiones políticas, reduciendo la eficiencia y el bienestar social. La oferta de Paula muestra cómo la negociación puede corregir esta deficiencia. Dado costos de transacción cero, las partes negociarán hasta alcanzar el óptimo social. La negociación exitosa puede sofocar la corrupción. Este es un ejemplo de la vertiente de Derecho Público del Teorema de Coase.

Nuestro ejemplo incluye tres personas e información completa. Dani conoce las ganancias de Linda, por lo que hace su oferta. Paula sabe sobre la oferta de Dani, por lo que hace una contraoferta, y así sucesivamente. En entornos simples, los costos de transacción pueden acercarse a cero, y la negociación puede mitigar los efectos nocivos de la corrupción. Sin embargo, la mayoría de los escenarios que caracterizan al derecho público son complicados, no simples.

Hagamos el ejemplo más realista. En lugar de Paula, dejemos que "P" en la Tabla 9 represente a la población general, compuesto por miles o millones de personas. Si Linda vota a favor del contrato, la población general sufrirá. Esta última podría evitar el trato con Dani ofreciendo a Linda un pago de 1.5, pero hacerlo plantea muchos desafíos. La población general está compuesta de muchas personas, las cuales están dispersas y es por tanto probable que haya *free riding*. En cambio, Dani es una sola

persona. Los individuos no pueden hacer *free riding* respecto de sí mismos. Dani puede hacer una oferta con mayor facilidad que la población general.

Además del *free riding*, la población enfrenta otro obstáculo para negociar con Linda: la credibilidad. En general, la ley prohíbe que los políticos reciban dinero en efectivo para su uso personal. Las personas que componen la población general podrían intentar pagar a Linda en efectivo de todos modos, pero ¿quién recaudaría el dinero y haría el pago ilegal? ¿Cómo podrían miles o millones de personas mantener el pago en secreto? En lugar de dinero en efectivo, estas personas podrían ofrecer votos. "Vota en contra del contrato y te apoyaremos en la próxima elección". Linda valora los votos, pero la promesa no es creíble. Las personas podrían cambiar de opinión. Linda no puede saber quién vota por quién, por lo que no puede castigar a los votantes que no cumplan su promesa. En contraste, Dani puede hacer el pago y mantener el secreto. El dinero en efectivo hoy es más creíble que una promesa de voto mañana.

Por último, considera el factor de la información. Dani tiene un interés concentrado en el contrato, por lo que tiene incentivos para monitorear y presionar a Linda. La población podría ni siquiera estar al tanto del contrato. Además, Dani y Linda tienen incentivos para mantener en secreto la oferta de Dani. Sin conocimiento de la oferta de Dani, quienes componen la población general no tienen razones para hacer una contraoferta.

En resumen, Dani puede negociar con Linda con mayor facilidad que lo que puede hacerlo la población general. La asimetría en los costos de transacción permite que ocurra una transacción calificable como soborno entre Dani y Linda a expensas de la población[701].

Hasta ahora, nuestro análisis del soborno se asemeja a la teoría de los grupos de interés descrita anteriormente. En lugar de Dani, dejemos que "D" en la Tabla 9 represente a los contratistas del departamento de defensa militar (empresas que venden aviones y misiles al gobierno). En comparación con la población general, los contratistas de defensa tienen intereses concentrados y pueden superar el *free riding.* Al igual que Dani ofreciendo dinero en efectivo, los contratistas recién descritos pueden hacer cabildeo y contribuir a campañas, la población, estando desorganizada, no puede responder. Linda podría favorecer a los contratistas del departamento de defensa, perjudicando a la población.

[701] *Véase* Randall G. Holcombe, *The Coase Theorem Applied to Markets and Government*, 23 Indep. Rev. 249 (2018).

¿Qué distingue la legítima actuación de grupos de interés del ilegal soborno? Los académicos han identificado muchos factores[702]. Nos enfocamos en tres. Primero, el soborno involucra a pocas personas, mientras que los grupos de interés involucran a muchas. Los grupos más grandes internalizan más los costos y beneficios que se producen cuando cambia la ley[703]. Por lo tanto, en comparación con los individuos, los grupos son menos propensos a promover leyes que reduzcan el bienestar[704]. Segundo, los funcionarios internalizan todo el beneficio que viene envuelto en un soborno (así como si fuera dinero en efectivo en su bolsillo), mientras que no internalizan completamente el beneficio producido por las presiones de los grupos de interés. El cabildeo y las contribuciones de campaña pueden generar información que beneficia a otros. Tercero, la versión ideal de los grupos de interés fomenta la competencia. En lugar de usar dinero de manera oculta, los grupos de interés que actúan de manera ideal hacen cabildeo, publican anuncios y realizan contribuciones de campaña. Al igual que los postores rivales en una subasta abierta, todos ven las ofertas y pueden responder. El soborno reduce la competencia. Las partes de un soborno ocultan su intercambio, evitando que los rivales hagan ofertas. Los mercados no competitivos perjudican a los consumidores, y una política no competitiva perjudica a los votantes.

Estas ideas pueden mejorar el derecho. En los Estados Unidos, la ley federal de soborno distingue entre la negociación política legítima, que está permitida, y el soborno, el que está prohibido. La distinción depende de si una persona actuó "corruptamente", es decir, con malas intenciones. El análisis económico refina la averiguación que hacemos sobre las intenciones. ¿El acto del funcionario benefició a una o pocas personas? ¿El funcionario internalizó la mayor parte o la totalidad del "pago" por el acto? ¿El acuerdo ocurrió en un mercado no competitivo? Si la respuesta es que sí, el funcionario incurrió en soborno.

¿"Bob te da trabajos"? ¿O Bob te soborna?

En 2009, Robert McDonnell fue elegido gobernador de Virginia. Su lema de campaña era "Bob está por dar trabajos". Jonnie Williams dirigía una empresa en Virginia que fabricaba un suplemento nutricional a partir de anatabina, un compuesto presente en el tabaco. Williams gastó generosamente en el gobernador McDonnell y su esposa, proporcionándoles viajes en

[702] Para una discusión, *véase* Toke S. Aidt, *Rent Seeking and the Economics of Corruption*, 27 Const. Pol. Econ. 142 (2016).

[703] Para entenderlo, imagina que todas las personas están organizadas en un solo grupo. Dicho grupo internaliza todos los costos y beneficios de una nueva ley

[704] Johann Graf Lambsdorff, *Corruption and Rent-Seeking,* 113 Pub. Choice 97 (2002). Esto supone que los costos de transacción dentro del grupo son bajos.

un *jet* privado, $20,000 en ropa de diseñador, un reloj Rolex, vacaciones y préstamos. Los obsequios tenían un valor combinado de $175,000. A cambio de su inversión, Williams quería un favor. Deseaba que las universidades públicas de Virginia realizaran estudios sobre los beneficios para la salud de su suplemento. Las pruebas podrían hacer crecer su empresa. McDonnell organizó reuniones entre Williams y funcionarios dedicados al cuidado de la salud y alentó a las universidades estatales a estudiar el producto.

Distintos fiscales acusaron a McDonnell de diversos delitos, incluido el de solicitar sobornos. ¿El gobernador "corruptamente" exigió, buscó, recibió, aceptó o acordó recibir o aceptar algo de valor a cambio de ser "influenciado en la realización de un acto oficial"? El jurado determinó que sí, condenando al gobernador.

En *McDonnell v. United States*, la Corte Suprema revocó la decisión del jurado. Para violar la ley, McDonnell tenía que haber aceptado favores a cambio de un "acto oficial". Según la Corte, organizar reuniones y eventos no son "actos oficiales". La Corte basó su decisión en el lenguaje de la ley y en consideraciones de *policy*:

> "[L]os funcionarios públicos concienzudos organizan reuniones para sus electores, contactan a otros funcionarios en su nombre y los incluyen en eventos todo el tiempo. El pacto básico que sustenta el gobierno representativo asume que los funcionarios públicos escucharán a sus electores y actuarán apropiadamente en función de sus preocupaciones—ya sea el representante sindical preocupado por el cierre de una fábrica o los propietarios de viviendas que se preguntan por qué se tardó cinco días restablecer la electricidad en su vecindario después de una tormenta. La postura del Gobierno podría hacer a los ciudadanos pensar que se irá a enjuiciar estas relaciones, si es que, por ejemplo, el sindicato hubiera hecho una contribución de campaña en el pasado o si los propietarios sin electricidad hubieran invitado al funcionario a un partido de béisbol anual. Los funcionarios públicos podrían preguntarse si pueden responder incluso a las solicitudes más comunes de asistencia, y los ciudadanos con preocupaciones legítimas podrían abstenerse de participar en la discusión pública".

El argumento de la Corte parece razonable. La gente a menudo da o promete dar a los políticos "cosas de valor", incluidos votos y contribuciones de campaña. Los políticos organizan reuniones con regularidad y buscan entregar ayuda a sus electores. Si cada acción de un político constituyera un "acto oficial", entonces muchos intercambios rutinarios de bajo impacto podrían considerarse sobornos. Determinar si un político incurrió en soborno

dependería únicamente de si actuó "corruptamente", es decir, de si tuvo malas intenciones. Determinar intenciones es difícil y se presta para la comisión de errores.
En lugar de restringir la definición de "acto oficial", ¿qué pasaría si la Corte hubiera elaborado más sobre el significado de "corruptamente"? Identificamos tres preguntas que ayudan a distinguir el soborno de una negociación legítima: ¿El acto del político benefició a una o pocas personas? ¿El funcionario internalizó la mayor parte o la totalidad del "pago" por el acto? ¿El acuerdo ocurrió en un mercado no competitivo? En el intercambio entre *Williams y McDonnell*, la respuesta a las preguntas dos y tres es "sí", y la respuesta a la pregunta uno es "probablemente sí" (esto es debatible—quizás la ayuda del gobernador habría beneficiado no solo a Williams, sino también a sus empleados). ¿Qué pasa con el líder sindical y los propietarios hipotéticos mencionados por la Corte Suprema? ¿Sus intercambios imaginarios contarían como soborno?

4.3. Contribuciones de Campaña

Los candidatos a cargos políticos necesitan dinero—para contratar personal, hacer carteles, enviar volantes y publicar anuncios en internet. En los Estados Unidos, los candidatos suelen financiar sus campañas con donaciones. Una *contribución de campaña* se refiere a una donación a una campaña política, como la que ocurre cuando un estudiante dona $10 de manera virtual al candidato de su elección. Cualquier cosa de valor dada para influir en una elección federal en los Estados Unidos cuenta como una contribución. Así, se puede hacer una contribución donando muebles de oficina a una campaña, ofreciendo publicidad con descuento o alquilando un autobús a un candidato por debajo del precio de mercado. Sin embargo, la mayoría de las contribuciones son monetarias, como el pago de $10 del estudiante.

La Primera Enmienda protege las libertades de expresión y asociación. Según la Corte Suprema, las contribuciones se vuelven parte de la discusión pública cuando los candidatos gastan el dinero en anuncios, como un comercial en el que el candidato expresa su postura sobre la atención médica[705].

[705] *Véase*, por ejemplo, *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).

Además, hacer una contribución es una forma de asociarse con un candidato o partido político. Debido a que las contribuciones son actos de expresión y asociación, la Primera Enmienda protege el derecho a realizarlas. Sin embargo, esta protección no es absoluta. La Primera Enmienda permite que se regulen las contribuciones, siempre que dichas regulaciones estén "hechas a medida" para lograr un "interés suficientemente importante" [706].

La ley regula el tamaño de las contribuciones de campaña. En 2020, los individuos podían donar hasta $2,800 a candidatos presidenciales como Joe Biden para las elecciones primarias y hasta $2,800 adicionales para la elección general, para un total de $5,600. Dar un solo centavo más violaría la ley. Además de los candidatos presidenciales, los candidatos al Congreso, a gobernador y a muchos otros cargos están sujetos a límites de contribución[707]. Los tribunales generalmente respaldan estos límites[708]. Los límites están "hechos a la medida" para promover el "interés importante" del estado en evitar la corrupción que surge cuando a cambio de estas donaciones se opera bajo una lógica de "quid pro quo".

¿Cómo previenen la corrupción los límites a las contribuciones que se pueden hacer? No prohíben ni castigan la corrupción. Eso lo hacen las leyes de soborno. Sin embargo, las leyes de soborno son difíciles de hacer cumplir. Al igual que el maltrato animal y la basura en la vía pública, algunos actos de soborno ocurren a pesar de estar prohibidos por la ley. Los límites de contribución complementan las leyes de soborno al restringir el tamaño del "quid". Al limitar cuánto se puede donar a una campaña, la ley desalienta a los políticos de otorgar favores a cambio. Para ilustrar, los candidatos presidenciales recaudan cientos de millones de dólares para sus campañas. Es poco probable que realicen un acto corrupto, o un acto corrupto significativo, por una cantidad insignificante de $5,600. Al restringir el "quid", los límites de contribución previenen el "quo".

Hemos relacionado el tamaño de las contribuciones con la corrupción. Ahora relacionamos sus usos con la corrupción. ¿Cómo gastan los candidatos el dinero? Por lo general, lo utilizan para pagar anuncios, volantes, viajes, carteles y asesores. Este tipo de gasto beneficia a algunos miembros de la población. Las personas ven al candidato, observan sus anuncios, leen sus carteles y discuten su

[706] Nixon v. Shrink Missouri Gov't PAC, 528 U.S. 377 (2000). *Véase también* Randall v. Sorrell, 548 U.S. 230 (2006) (opinión plural).

[707] La *Federal Election Campaign Act* impuso límites a las contribuciones a candidatos a cargos federales. Las leyes sobre contribuciones a candidatos a cargos estatales y locales varían según la jurisdicción.

[708] Para una rara excepción, véase Randall v. Sorrell, 548 U.S. 230 (2006) (opinión plural).

plataforma política. Sin este gasto, muchos votantes carecerían de la información necesaria para elegir entre los candidatos. Sin embargo, a veces los candidatos gastan el dinero de manera egoísta.

El congresista Duncan Hunter usó contribuciones de campaña para pagar videojuegos, vacaciones y un boleto de avión para su conejo[709].

Recuerda una pregunta que ayuda a identificar la presencia de sobornos ilegales: ¿El funcionario internalizó la mayor parte o la totalidad del "pago" que recibió? Cuanto más valor internaliza el funcionario, mayor es el potencial de corrupción. Si un candidato internaliza el valor de una contribución depende de cómo la gaste. Gastar en carteles y volantes genera externalidades positivas, mientras que gastar en videojuegos y boletos de avión para conejos no. La ley sigue esta lógica, prohibiendo el "uso personal" de fondos de campaña[710]. Los videojuegos y los vuelos de avión para conejos constituyen un "uso personal", por lo que el congresista Hunter fue a prisión[711].

A pesar de la prohibición del "uso personal", la ley permite que los candidatos a cargos federales se paguen a sí mismos un salario con cargo a las contribuciones[712]. Esto supone un riesgo de corrupción. Supón que una candidata al Congreso se paga a sí misma $4,000 cada mes con fondos de campaña. Los primeros $4,000 que recaude cada mes equivalen a dinero en efectivo, cuyo valor internaliza por completo. A pesar de dicho riesgo, la ley permite la existencia de estos salarios, para así fomentar una buena representación. Hacer campaña requiere meses de trabajo. Muchas personas que podrían ser buenos representantes no pueden permitirse pasar meses sin un Sueldo. La ley, en este punto, balancea el riesgo de corrupción con el beneficio asociado a una buena representación.

En general, la ley en los Estados Unidos exige el *disclosure* de las contribuciones. Una búsqueda en internet revela quién ha dado qué a quién. Muchas personas no quieren que se haga pública su donación política. En lugar de donar y divulgar, simplemente no donan. Por lo tanto, las normas que hacen obligatorio el *disclosure* "enfrían" la libertad de expresión y de asociación política. No obstante,

[709] Brakkton Booker, *Former Rep. Duncan Hunter Gets 11 Months in Prison for Misusing Campaign Funds*, NPR, 17 de marzo de 2020.

[710] *Véase* 11 C.F.R. § 113.2(e) (2016).

[711] Brakkton Booker, *Former Rep. Duncan Hunter Gets 11 Months in Prison for Misusing Campaign Funds*, NPR, 17 de marzo de 2020. Enfrentando una acusación con 60 cargos, Hunter se declaró culpable de un solo cargo de uso indebido de fondos de campaña.

[712] *Véase* 11 C.F.R. § 113.1(g)(1)(i)(I) (2016).

la Corte Suprema ha respaldado las leyes que hacen obligatorio el *disclosure*, en parte porque disuaden la corrupción.

El análisis económico complejiza la relación entre *disclosure* y corrupción. El *disclosure* revela información sobre las donaciones políticas a todos. Esa información ayuda a las autoridades a rastrear el "quid", pero también reduce los costos de transacción de la negociación entre actores corruptos (facilita el "pro"). Explicamos esta idea en un capítulo anterior. Aquí hacemos otro punto. Recuerda una pregunta que ayuda a distinguir una legítima negociación política de un soborno ilegal: ¿La negociación ocurrió en un mercado no competitivo? Al hacer públicas las contribuciones, el *disclosure* hace que el mercado político sea más competitivo. Como en una subasta abierta, todos pueden observar las "ofertas" y hacer contraofertas. La combinación de leyes contra el soborno, contribuciones de campaña y *disclosure* desalienta el soborno y fomenta la presencia en política de los grupos de interés.

Hasta ahora nos hemos centrado en las contribuciones hechas por individuos privados a los candidatos. Otros actores también pueden hacer y recibir contribuciones, incluidos los comités de acción política, o "PACs" [713]. Los PACs reciben contribuciones de al menos 50 personas y utilizan parte del dinero para hacer donaciones a candidatos. Para ilustrarlo, supón que Elena quiere contribuir con $1,000 al candidato Faraz. Podría darle el dinero directamente a Faraz o donarlo a un PAC que lo apoye. Elena podría donar al PAC porque este tiene mejor información. Por ejemplo, si Faraz ganará fácilmente la reelección, entonces no necesita la contribución de Elena. El PAC puede dirigir el dinero de Elena a un candidato afín que esté involucrado en otra contienda[714].

La ley federal permite que los PACs hagan contribuciones mayores que las de los individuos. En 2020, un ciudadano como Elena podía donar hasta $5,600 a un candidato presidencial ($2,800 para la elección primaria y otros $2,800 para la elección general). Un PAC podía donar hasta $10,000 al mismo candidato ($5,000 para cada elección). El análisis económico puede explicar esta diferencia. Al exigir que los PACs reciban contribuciones de al menos 50 personas, la ley convierte a los PACs en grupos. En comparación con los individuos, los grupos internalizan más los costos y beneficios que se siguen de los cambios de *policy*. En consecuencia, es menos probable que apoyen leyes socialmente perjudiciales[715]. Además, los PACs hacen que, en vez de haber múltiples donantes

[713] Existen diferentes tipos de *PACs.* Nos centramos en un tipo común: los PACs "multicandidatos no conectados".

[714] Esto supone que la contribución no está designada para un propósito específico. *Véase* 11 C.F.R. § 110.6 (2019).

[715] Esto asume que los costos de transacción dentro del grupo son bajos.

individuales, haya un solo actor. Que haya menos actores hace que bajen los costos de transacción en la negociación política. Finalmente, los PACs pueden ayudar a evitar el *free riding* y mejorar la coordinación. Supón que un sindicato quiere apoyar a candidatos que propugnan los derechos de los trabajadores. Podría pedir a 100,000 empleados que hagan muchas donaciones a muchos candidatos o podría pedirles que hagan una sola donación a un solo PAC.

Esta discusión sugiere que los PACs ayudan a hacer realidad la vertiente de Derecho Público del Teorema de Coase. Sin embargo, muchas personas creen lo contrario. Los mercados políticos son imperfectos. Según los críticos, los PACs recaudan y gastan grandes cantidades de dinero para corromper el gobierno. ¿Los PACs ayudan o perjudican la democracia? No podemos resolver este debate.

En resumen, las contribuciones de campaña presentan riesgos de corrupción, pero también promueven la libertad de expresión, de asociación y el acceso a la información. Los límites a las contribuciones reducen estos costos, pero también estos beneficios. En *Randall v. Sorrell,* el juez Breyer señaló que:

> "[L]os límites de contribución que son demasiado bajos también pueden perjudicar el proceso electoral al impedir que los candidatos desafiantes monten campañas efectivas contra los incumbentes, reduciendo así la rendición de cuentas democrática [U]na ley que busque regular las contribuciones de campaña podría convertirse en un obstáculo para la equidad electoral que busca promover"[716].

En otras palabras, los límites a las contribuciones pueden dificultar que los principales (ciudadanos) elijan a sus agentes. Esta realidad debe equilibrarse con el riesgo de corrupción. Una buena legislación busca el equilibrio adecuado.

Preguntas

4.3.1. Los "empaquetadores" combinan contribuciones de muchos individuos y presentan al candidato una gran contribución, de la cual solo una fracción proviene del propio

[716] 548 U.S. 230, 248–49 (2006) (opinión plural).

empaquetador. Muchos empaquetadores donaron $500,000 o más a las campañas presidenciales de Barack Obama, y muchos recibieron cargos en su administración, como embajadas. La Comisión Federal de Elecciones no exige el *disclosure* del empaquetamiento a menos que el empaquetador sea un cabildero registrado. ¿Deberían todos los empaquetadores hacer *disclosure* sus actividades?

4.3.2. Los políticos no pueden gastar contribuciones en viajes de esquí o equipos de surf. Sin embargo, pueden contratar a familiares para sus campañas y usar contribuciones para pagar sus salarios. La esposa de Duncan Hunter administró su campaña por $3,000 al mes[717]. ¿Pagar a un familiar con contribuciones se parece más a la compra de anuncios (externalidad positiva) o a un viaje de esquí (sin externalidad positiva)?

4.3.3. Las corporaciones no pueden hacer contribuciones a candidatos a cargos federales. Sin embargo, la Constitución protege el derecho de las corporaciones a hacer contribuciones a campañas que dicen relación con iniciativas populares, como una iniciativa de Massachusetts sobre impuestos[718]. ¿Pueden las contribuciones a este tipo de iniciativas causar corrupción? Al responder, considera estos hechos. Las votaciones que dicen relación con iniciativas populares no tienen candidatos, solo temas. A veces, los políticos respaldan y apoyan firmemente iniciativas.

Corrupción Agregada

El Congreso ha promulgado dos tipos de límites a las contribuciones. El límite base establece un tope a las contribuciones a candidatos individuales. El límite agregado establece un tope al total de contribuciones a todos los candidatos. En 2014, el límite base equivalía a $5,200 por ciclo electoral, y el límite agregado equivalía a $48,600. Un contribuyente podía donar, por ejemplo, $2,000 a 24 candidatos y $600 a un vigésimo quinto candidato, pero luego no podía contribuir nada a ningún otro candidato. Shaun McCutcheon quería contribuir generosamente a muchos candidatos. Argumentó que el límite agregado restringía su libertad de expresión y asociación. En *McCutcheon v. Federal Election Commission*, la Corte Suprema estuvo de acuerdo.

[717] Lauryn Schroeder, *Rep. Duncan Hunter Points to His Wife and "Whatever She Did" in Campaign Finance Scandal,* L.A. Times, 25 de agosto de 2018.

[718] First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978).

¿Por qué la Corte invalidó el límite agregado? Los jueces reconocieron que el gobierno tiene un interés en prevenir la corrupción tipo quid pro quo. Sin embargo, percibieron una "desproporción sustancial" entre este objetivo y "los medios seleccionados para lograrlo". Podemos resumir su razonamiento en dos pasos. Primero, si uno cumple con los límites base, canalizando no más de $5,200 a cualquier candidato, la corrupción no representa un riesgo. Segundo, las "medidas anticircunvención" aseguran el cumplimiento de los límites base. Para ilustrarlo, las leyes prohíben que un contribuyente done $5,200 a un candidato y otros $5,200 a un PAC que canalice el dinero al mismo candidato.

Podemos usar el análisis económico para criticar el razonamiento de la Corte. ¿Cuánto cuesta sobornar a un político? La respuesta depende del favor solicitado y del riesgo de que la corrupción sea descubierta y perseguida por el estado. Comprar un voto en un contrato de mil millones de dólares cuesta más que comprar una pasantía. El contrato tiene mayor valor, y los fiscales no monitorean las pasantías. Por lo tanto, una contribución de $5,200 probablemente no pueda comprar el contrato, pero sí puede comprar la pasantía. Generalizando, las contribuciones pequeñas pueden comprar favores pequeños. La Corte se equivocó al concluir que las contribuciones dentro de los límites base no pueden causar corrupción.

Con respecto a la circunvención, la ley bloquea la evasión directa de los límites base. Sin embargo, no puede bloquear la evasión indirecta. Supongamos que un donante da $5,200 a un líder de partido y $5,200 a un candidato del mismo partido en una contienda reñida. Supón que quien ha de controlar la legislatura depende de esa elección. Si el candidato gana, el poder y prestigio del líder aumentan, en parte gracias al donante. El donante le dio al líder $5,200 directamente y, al apoyar al candidato clave, un valor adicional indirectamente. En una elección federal típica, los principales partidos políticos presentan cientos de candidatos.

Antes de *McCutcheon*, un donante podía contribuir $5,200 a un líder de partido y aproximadamente a ocho de esos candidatos. Después de *McCutcheon*, un donante podía contribuir $5,200 al líder y *a todos* esos candidatos.

Estas ideas llevan a generalizaciones sobre el financiamiento de campañas. Los límites base afectan la magnitud de la corrupción: cuanto más se puede donar, más grande es el favor que se puede comprar y mayor el daño a la sociedad. Los límites agregados afectan la frecuencia: cuantos más políticos se pueden apoyar, más actos corruptos se pueden comprar. El costo total de la corrupción depende de su magnitud y frecuencia, lo que a su vez depende de los límites base y agregados. Al eliminar el límite agregado, la Corte seguramente incrementó la corrupción.

¿Cometió la Corte un error? Una buena ley de financiamiento de campañas equilibra el daño de la corrupción con los beneficios de la expresión, la asociación y la información para los votantes. En McCutcheon, la Corte prohibió al Congreso usar los límites agregados para alcanzar ese equilibrio.

4.4. Gastos Independientes

El escándalo de Watergate involucró más que un robo. Los investigadores descubrieron que varias empresas habían realizado pagos ilegales a la campaña de reelección del presidente Nixon. Posteriormente, el Congreso enmendó la *Federal Election Campaign Act*. La versión revisada de la ley limitó las contribuciones (ver sección anterior) y los gastos de campaña. Para ver la diferencia, supón que Gloria quiere gastar $100 para apoyar a Hank, un candidato a un cargo público. Gloria podría contribuir el dinero a la campaña de Hank. O podría usar el dinero para hacer y distribuir volantes que digan "Vote por Hank". Si Gloria gasta el dinero en volantes, está haciendo un gasto.

Los gastos *coordinados* implican interacción con la campaña. Si Hank le da consejos a Gloria — dónde distribuir los volantes, qué escribir— entonces el gasto de Gloria es coordinado. Si Gloria hace y distribuye los volantes por su cuenta, sin asesoría o asistencia de Hank o su equipo, entonces su gasto es independiente.

Los gastos pueden transmitir valor a los políticos. Por lo tanto, los gastos pueden proporcionar el "quid" en un quid pro quo. La preocupación por la corrupción ayuda a explicar por qué el Congreso limitó los gastos. Sin embargo, la Corte Suprema rechazó esta preocupación. En *Buckley v. Valeo*, la Corte Suprema anuló los límites a los gastos independientes de personas:

> A diferencia de las contribuciones [y los gastos coordinados], tales gastos independientes pueden no proporcionar mucha ayuda a la campaña del candidato e incluso pueden resultar contraproducentes. La ausencia de un acuerdo previo y la falta de coordinación del gasto con el candidato o su agente no solo disminuye el valor del gasto para el candidato, sino que también reduce el peligro de que los gastos sean otorgados como parte de un quid pro quo por compromisos indebidos del candidato[719].

[719] 424 U.S. 1, 47 (1976).

El primer argumento de la Corte involucra cuestiones de valor. Sin instrucciones de la campaña, los gastos independientes no pueden aportar muchos beneficios. Gloria podría hacer volantes útiles ("Vote por Hank"), o podría hacer volantes perjudiciales (use su imaginación—"Hank apoya a los bancos", "Vote por Hanky-Panky"). El segundo argumento de la Corte involucra la negociación. La corrupción requiere negociación, y la negociación requiere comunicación. Si Gloria y Hank no se comunican sobre sus volantes (es decir, su gasto es independiente), entonces no pueden ejecutar un quid pro quo.

La Corte Suprema amplió este razonamiento en *Citizens United v. Federal Election Commission*[720]. Una corporación sin fines de lucro quería hacer un gasto independiente en un video criticando a Hillary Clinton, una política importante. El gasto violaría una ley federal. La Corte sostuvo que la ley violaba la Primera Enmienda. La Corte señaló que: "[C]oncluimos ahora que los gastos independientes, incluidos aquellos realizados por corporaciones, no dan lugar a corrupción ni a la apariencia de corrupción" [721]. Después de Citizens United, las corporaciones pueden hacer gastos independientes ilimitados para influir en las elecciones[722]. Las empresas más grandes podrían gastar miles de millones de dólares en una sola campaña, superando con creces las sumas gastadas por individuos.

Citizens United llevó a la creación de los "super PACs". Mientras que los PACs hacen contribuciones y otros tipos de gastos, los super PACs solo hacen gastos independientes. Debido a que los gastos independientes "no dan lugar a corrupción", el gobierno no puede limitar su gasto. Por lo tanto, los super PACs pueden recibir montos ilimitados (una empresa o individuo adinerado podría dar, por ejemplo, $1,000 millones a un super PAC), y pueden hacer gastos independientes ilimitados.

La decisión en Citizens United se basa en los dos argumentos de la Corte en Buckley: (1) los gastos independientes no pueden aportar muchos beneficios a los candidatos y (2) la independencia implica ausencia de negociación y, por lo tanto, ausencia de intercambio. Consideremos cada argumento, comenzando con el segundo[723].

[720] 558 U.S. 310 (2010).

[721] *Id.* en 357.

[722] No obstante, la ley prohíbe los gastos por parte de extranjeros, incluidas las corporaciones extranjeras. Qué constituye una "corporación extranjera" es objeto de debate. *Véase* Matt A. Vega, *The First Amendment Lost in Translation: Preventing Foreign Influence in U.S. Elections After Citizens United v. F.E.C.,* 44 Loy. L.A. L. Rev. 951 (2011).

[723] Esta discusión se basa en Michael D. Gilbert & Brian Barnes, *The Coordination Fallacy,* 43 Fla. St. L. Rev. 399 (2016).

La ley no puede prohibir que los políticos y los actores privados conversen—en eventos de recaudación de fondos, restaurantes, partidos de béisbol y en el metro. La ley solo puede prohibirles decir y hacer cosas específicas, como hacer acuerdos corruptos. Generalmente, no podemos saber si una conversación incluyó un acuerdo corrupto. En consecuencia, algo de corrupción ocurre, aun cuando la ley contra el soborno la prohíba.

La misma idea se aplica en el financiamiento de campañas. Los políticos, directores ejecutivos y super PACs se comunican. ¿Coordinaron un gasto en violación de la ley? Usualmente, no podemos saberlo. Por lo tanto, ocurre cierta coordinación, aunque la ley la prohíba. Aquí hay un ejemplo contundente del problema. Gabriel Rothblatt se postuló para el Congreso, y un super PAC recaudó más de $200,000 para apoyarlo. El padre de Rothblatt dirigía el super PAC. ¿Gastó el super PAC el dinero de manera independiente, o Rothblatt y su padre coordinaron en violación de la ley? La respuesta depende de lo que la familia discutió en la mesa durante la cena[724].

Hemos analizado uno de los argumentos de la Corte Suprema en Buckley. Ahora consideremos el otro: los gastos independientes no pueden aportar muchos beneficios a los candidatos. Podemos conceptualizar el valor del gasto político para un candidato como el producto de dos números: la cantidad gastada y el Factor de Eficiencia, o EF. El EF toma un valor entre −1 y 1, donde valores más altos indican mayor eficiencia del gasto[725]. Las contribuciones y los gastos coordinados tienen un efecto máximo; el candidato determina cómo gastar el dinero, y el candidato es quien mejor sabe cómo gastarlo. Por lo tanto, EF equivale a 1. Una contribución de $2,000 transmite $2,000 en valor al candidato. ¿Qué ocurre con los gastos independientes? Un externo con poco conocimiento de las necesidades de la campaña puede gastar $2,000 en un anuncio poco favorecedor. Ese gasto puede tener un EF de cero, lo que significa que no transmite ningún valor, o incluso un EF negativo, lo que significa que perjudica al candidato. Por el contrario, un externo con mucho conocimiento sobre la campaña podría gastar $2,000 en un anuncio útil. Si el anuncio tiene un EF de 0.9, transmite $1,800 en valor.

[724] *Véase* The Editorial Board, *The Custom-Made "Super PAC"*, N.Y. Times, 3 de agosto de 2014 (editorial). Rothblatt afirmó que había "tomado precauciones" para no comunicarse con su empresa matriz, declarando: "No quieres, en una conversación casual, cruzar una línea de [coordinación] que pueda volverse en tu contra". Fredreka Schouten & Christopher Schnaars, *Some Candidates' Super PACs Are a Family Affair,* USA Today, 18 de julio de 2014.

[725] Asumimos que el valor máximo que un gasto puede transmitir es el valor nominal del dinero gastado (es decir, *EF* no puede superar 1) y el mayor daño que un gasto puede causar es el valor negativo nominal del dinero gastado (el valor más bajo de *EF* es −1). Esto simplifica los cálculos sin afectar la lógica.

En *Buckley*, la Corte asumió que el EF tiene un valor promedio de cero. En la era digital, esa suposición es seguramente incorrecta. Los políticos publicitan sus programas y agendas en internet para que todos las vean. Un partido publicó en línea su calendario de compra de anuncios, permitiendo que grupos externos llenaran los vacíos[726]. Las personas utilizan esta información para mejorar la efectividad de su gasto. Para dar un ejemplo curioso, el senador Mitch McConnell publicó videos en silencio de sí mismo en YouTube sonriendo, estrechando manos y luciendo como un líder[727]. Los super PACs (o cualquier otra persona) podían descargar el video e incorporarlo en anuncios. Ninguna de las partes se comunicó, por lo que no ocurrió coordinación. Mientras tanto, este intercambio de información impulsó el valor de EF hacia 1.

¿Podrían leyes más estrictas mejorar la situación? Supón una nueva regulación que prohibiera a los candidatos publicar sus programas y planes en línea, y que hiciera los super PACs no pudieran escuchar sus discursos ni descargar y utilizar sus videos (esta regulación probablemente violaría la Primera Enmienda, pero dejemos eso de lado). Al aumentar la distancia entre los candidatos y quienes financian campañas políticas, la regulación reduciría el EF. Sin embargo, los donantes adinerados y decididos podrían compensar la disminución gastando más dinero. Para ilustrarlo, supón que un candidato exige $100,000 en valor para emitir un voto. Si el comprador tiene buena información sobre la estrategia del candidato (EF equivale a 1), puede gastar $100,000 en un anuncio y transmitir ese monto en valor. Con la nueva regulación, el comprador tendría peor información, por lo que el EF disminuiría de 1 a, digamos, 0.5. El comprador podría hacer su pago gastando $200,000 en el anuncio.

En resumen, la Corte Suprema concluyó que los gastos independientes, incluidos los de corporaciones con fines de lucro, no causan corrupción. La Corte basó esta conclusión en dos argumentos: prohibir la coordinación impide la negociación, y los gastos independientes transmiten poco valor a los políticos. Hemos cuestionado ambos argumentos. Observar la coordinación es difícil, quizás más difícil que observar el soborno. Además, los gastos independientes sí transmiten valor.

La mayoría de los estadounidenses se opone a la decisión en *Citizens United*[728]. ¿Las corporaciones la apoyan? Anteriormente dijimos que las personas racionales invierten en cabildeo hasta que la tasa marginal de retorno de dicha inversión iguala la tasa marginal de retorno de otras actividades. En

[726] *Véase* Jeanne Cummings, *GOP Groups Coordinated Spending, Politico*, 3 de noviembre de 2010.

[727] Ashley Parker, *Viral Video Turns Senator into a Silent Comedy Star,* N.Y. Times, 16 de marzo de 2014.

[728] Leah Field, *10 Years Later, Americans Stand Opposed to Citizens United*, The Hill, 17 de enero de 2020.

otras palabras, si puedes ganar más invirtiendo $100 en cabildeo que en cualquier otra cosa, invierte en cabildeo. *Citizens United* extendió esta lógica al gasto político. Si una empresa puede ganar más invirtiendo $100 en gastos independientes que en cualquier otra actividad, hará esos gastos. *Citizens United* creó una nueva fuente de ingresos para las corporaciones.

No obstante, muchas corporaciones se oponen a la decisión de la Corte. Para entender por qué, imagina a una política corrupta llamada Izzy. Izzy llama al director ejecutivo de una empresa y lo presiona para que apoye su campaña[729]. Antes de Citizens United, el director ejecutivo tenía una buena razón para rechazar a Izzy: la ley prohibía los gastos políticos corporativos[730]. Después de *Citizens United*, el director ejecutivo ya no tiene una excusa. Citizens United creó un nuevo vehículo para la extorsión por parte de los políticos.

Según la Corte Suprema, la Primera Enmienda prohíbe los límites a los gastos políticos independientes. Sin límites, los gastos independientes aumentan la corrupción y, al mismo tiempo, aumentan la libertad de expresión, la asociación y (posiblemente) la información de los votantes. En conjunto, ¿mejoraron *Buckley y Citizens United* la democracia?

Preguntas

4.4.1. Un director ejecutivo corrupto quiere un favor de un político. Para conseguirlo, podría ofrecer gastar dinero apoyando al político. O podría amenazar con gastar dinero en su contra.
(a) Explica la relación entre *Citizens United*, la credibilidad de la oferta o amenaza del director ejecutivo y los costos de transacción de la negociación corrupta.
(b) Si fueras el director ejecutivo, ¿harías la oferta o la amenaza? ¿Por qué?
(c) El gobierno de EE. UU. gasta y redistribuye billones de dólares cada año. Se podría esperar que las corporaciones y los grupos de interés gasten billones de dólares en política para asegurar parte de ese dinero. De hecho, gastan mucho menos. Los académicos han señalado que el gasto en política en EE. UU. es sorprendentemente bajo dado lo que está en

[729] Esta llamada podría ser ilegal dependiendo de lo que diga Izzy. Sin embargo, monitorear llamadas suele ser difícil.

[730] Desde el presupuesto de la corporación. Incluso antes de *Citizens United*, las corporaciones podían gastar dinero en política a través de sus *PACs* afiliados. Sin embargo, los *PACs* afiliados a menudo tienen mucho menos dinero que los presupuestos corporativos.Money in U.S. Politics?, 17 J. Econ. Persp. 105 (2003).política a tr

juego[731]. ¿Captura el monto total gastado en política la verdadera magnitud de la influencia de los grupos de interés?[732]

4.4.2. La senadora Susan Collins tuvo el voto decisivo en la nominación de Brett Kavanaugh a la Corte Suprema de EE. UU. Grupos cívicos en su estado natal se opusieron a la nominación. Recaudaron más de un millón de dólares a través de una página de financiamiento colectivo e hicieron una amenaza: si la senadora Collins votaba a favor de Kavanaugh, gastarían el dinero apoyando a su oponente. ¿Podría este gasto independiente por parte de los grupos cívicos causar corrupción?[733]

4.4.3. Los super PACs recopilan datos valiosos para los candidatos, como nombres, direcciones y números de teléfono de votantes. Sin embargo, los super PACs no pueden entregar estos datos a los candidatos, ya que esto constituiría una contribución en especie, y los super PACs no pueden hacer contribuciones. En su lugar, los super PACs pueden vender los datos a los candidatos a la "tarifa usual y normal"[734]. Supongamos que un super PAC vende datos a un candidato por la "tarifa usual y normal" de $100,000, y luego el super PAC gasta los $100,000 en anuncios apoyando al candidato. ¿Recibió la campaña los datos de forma gratuita? ¿Hizo el super PAC una contribución ilegal?[735]

Financiamiento público de elecciones

En los Estados Unidos, la mayoría de los candidatos financian sus campañas con dinero privado. Solicitan contribuciones y se benefician de gastos independientes. Este sistema involucra a los ciudadanos y grupos en el proceso político. Sin embargo, también genera corrupción y problemas en cuanto a la representatividad de los políticos elegidos. Los intereses de personas adineradas parecen ejercer más influencia que los de ciudadanos comunes. Todos los días leemos sobre candidatos jugando golf con directores ejecutivos y

[731] *Véase*, por ejemplo, Stephen Ansolabehere, John M. de Figueiredo & James M. Snyder, Jr., *Why Is There So Little Money in U.S. Politics?,* 17 J. Econ. Persp. 105 (2003).

[732] *Véase* Marcos Chamon & Ethan Kaplan, *The Iceberg Theory of Campaign Contributions: Political Threats and Interest Group Behavior*, 5 Am. Econ. J: Econ. Pol'y 1 (2013).

[733] Mahita Gajanan, *Activists Raise over $1 Million to Pressure Sen. Susan Collins to Oppose Brett Kavanaugh*, Time, 12 de septiembre de 2018.

[734] 11 C.F.R. § 100.52(d)(1) (2014).

[735] *Véase* Samir Sheth, *Super PACs, Personal Data, and Campaign Finance Loopholes*, 105 Va. L. Rev. 655 (2019).

encantando a multimillonarios en "bodegas de vino". Además, la recaudación privada crea una carrera armamentista. Cada candidato espera que su oponente siga recaudando dinero, por lo que continúa recaudando y pasando más tiempo solicitando contribuciones. Personas talentosas no ingresan a la política porque no soportan "mendigar por dólares".

El financiamiento privado no es inevitable. En los Estados Unidos, los candidatos a muchos cargos pueden aceptar financiamiento público. En general, los candidatos que optan por ello reciben dinero del estado a cambio de promesas de limitar la recaudación y el gasto de la campaña. El financiamiento público para los candidatos presidenciales en EE. UU. comenzó después del escándalo de Watergate. Todos los candidatos presidenciales aceptaron financiamiento público hasta 2008, cuando Barack Obama lo rechazó. En lugar de aceptar $84 millones del estado, Obama recaudó cientos de millones en dinero privado. Ningún candidato presidencial desde Obama ha aceptado financiamiento público para presentarse a la elección general.

¿Puede la ley incentivar a los candidatos a aceptar financiamiento público por la vía de hacer que éste sea más generoso? Sí, pero dentro de ciertos límites. Un capítulo anterior abordó la doctrina de condiciones inconstitucionales. Según esta doctrina, el gobierno no puede condicionar beneficios a la renuncia de un derecho, como el derecho a la libertad de expresión. Los tribunales han aplicado esta doctrina al financiamiento público de elecciones. Según un tribunal, "los esquemas de financiamiento público son permisibles si no coaccionan efectivamente a los candidatos para participar".

¿Cómo podría el financiamiento público coaccionar a un candidato? La coacción implica una oferta indeseable, como cuando un criminal "ofrece" no hacerte daño si pagas. El financiamiento público implica una oferta deseable. En lugar de mendigar por dólares, los candidatos pueden aceptar financiamiento público, aunque con limitaciones sobre su capacidad de recaudar y gastar. Un financiamiento más generoso hace que la oferta sea más atractiva. Por lo tanto, la mayoría de los programas de financiamiento público parecerían cumplir con la Primera Enmienda.

Pero no todos. Arizona implementó un programa de financiamiento público para elecciones estatales. El estado otorgaba a los candidatos que aceptaban financiamiento público $21,479 para sus campañas. Si un candidato optaba por financiamiento privado y recaudaba o gastaba más de $21,479, entonces sus oponentes financiados públicamente recibirían fondos adicionales del estado, hasta un máximo de $64,437. La Corte Suprema determinó que el

programa de Arizona violaba la Primera Enmienda, declarando que la compensación imponía "una sanción sin precedentes" sobre el discurso de un candidato financiado privadamente. "[E]l ejercicio vigoroso del derecho a utilizar fondos personales para financiar el discurso de campaña" lleva a "ventajas para los oponentes".

La decisión de la Corte es desconcertante. En lugar de dar a los candidatos $21,479 con la promesa de compensar hasta $64,437, el estado podría haberles otorgado una suma única de $64,437 desde el principio. La suma única habría beneficiado a los candidatos financiados públicamente (ya que solo podría aumentar su financiamiento) y perjudicado a sus oponentes financiados privadamente (ya que solo podría aumentar los fondos de sus competidores). En lugar de "penalizar" el discurso a través de "empatar" el financiamiento público con el privado, una suma única podría enfriar el discurso por completo—¿por qué molestarse en hablar si no puedes competir con $64,437? Sin embargo, aparentemente, Arizona debería haber optado por la suma única. Para preservar el financiamiento público, Arizona debería haber hecho que la oferta de financiamiento público fuera demasiado buena para rechazarla.

Conclusión

Actualmente, la delegación es parte fundamental de la gobernanza. Los ciudadanos delegan poder a los funcionarios electos, quienes delegan poder a administradores de alto nivel, quienes a su vez delegan poder a administradores de menor nivel. El capítulo anterior utilizó el análisis económico para ver los aspectos teóricos de la delegación, y este capítulo aplicó dicho análisis a problemas en el derecho público. Comenzamos con el derecho administrativo, que regula las decisiones y procesos de las agencias gubernamentales. Luego examinamos los límites a la delegación de poder a las agencias. Dejando de lado las agencias, estudiamos la delegación a las legislaturas. Los ciudadanos esperan que los legisladores negocien en beneficio de la sociedad. Sin embargo, el cabildeo, la búsqueda de rentas y el soborno pueden distorsionar el proceso político. En lugar de negociar por la sociedad, los legisladores se benefician a sí mismos y a grupos reducidos. Concluimos con la legislación sobre financiamiento de campañas. Como una espada de doble filo, el gasto político puede ayudar y perjudicar. Promueve la libertad de expresión, la asociación y el debate. Pero cuando hay dinero en el gobierno, éste puede corromper a los funcionarios públicos.

Los tribunales supervisan la delegación en todo el derecho público. ¿Fue razonable la interpretación de la agencia? ¿Delegó demasiado el Congreso? ¿Cuándo los servicios prestados a los electores, como la organización de reuniones, se convierten en soborno? Los tribunales responden a estas preguntas. Al hacerlo, no actúan como principales. Los tribunales no delegan poder a los legisladores, y las agencias no "les sirven". Tampoco actúan como agentes, al menos no en el sentido usual. Los jueces no reciben órdenes de políticos, burócratas o ciudadanos. Como escribió el presidente del Tribunal Supremo Marshall, los jueces sirven únicamente “a la voluntad de la ley”[736]. ¿Qué significa esto? ¿Qué motiva a los jueces, cómo deciden los casos y por qué? Los jueces desempeñan un papel crítico en el derecho público y en la democracia. ¿Podemos confiar en ellos? Abordaremos estas preguntas en los próximos dos capítulos.

[736] Osborn v. Bank of United States, 22 U.S. 738, 866 (1824).

Décima Parte
Teoría de la adjudicación

Teoría de la adjudicación

Las personas a menudo están en desacuerdo—sobre dinero, política, religión, amor y derecho. La mayoría de las disputas se resuelven en privado, como cuando un arrendador y un arrendatario llegan a un acuerdo sobre una llave de aguas que tiene fugas. Pero algunas disputas llegan a ser litigiosas. Las partes presentan su desacuerdo, al que los abogados llaman un caso, ante un tribunal. El juez (o el jurado) escucha los hechos y aplica el derecho para tomar una decisión. A menudo, la decisión afecta solo a las partes, como cuando un amo de casa demanda a un constructor por un trabajo defectuoso, como un techo que tiene filtraciones. Sin embargo, algunas decisiones afectan a personas que no participaron del caso concreto. Esto es especialmente cierto en el derecho público. Miles de clientes tenían un interés en juego cuando el gobierno de EE.UU. demandó al banco Wells Fargo por fraude. Millones de votos estuvieron en juego cuando el presidente Trump impugnó judicialmente las elecciones de 2020.

Adjudicar bien requiere tener conocimiento de muchas disciplinas. Los jueces usan probabilidades para evaluar la evidencia, conocimiento de las humanidades para interpretar la ley y ciencias sociales para predecir efectos. Un buen adjudicador combina estas disciplinas para producir resultados justos a bajo costo. Un mal adjudicador maneja mal la evidencia, malinterpreta la ley y desperdicia tiempo y recursos. Un mal adjudicador hace que tome sentido la famosa frase de Dick el carnicero: "[M]atemos a todos los abogados"[737].

Ya sea buena o mala, la adjudicación es central en el derecho público. Los tribunales resuelven muchas de las disputas fundamentales de la sociedad—aborto, igualdad, medio ambiente, salud, religión, y más. Las opiniones judiciales crean precedentes con fuerza de ley. Esos precedentes convierten leyes vagas en directrices más precisas. En los Estados Unidos, los abogados pasan poco tiempo leyendo la Constitución y mucho tiempo leyendo opiniones judiciales sobre su significado.

Este capítulo aplica el análisis económico a la adjudicación. Nuestro análisis ilumina preguntas como estas:

[737] William Shakespeare, Henry VI, Part 2, Scene 2.

Ejemplo 1: El presidente del Tribunal Supremo John Marshall escribió: "El poder judicial nunca se ejerce con el propósito de dar efecto a la voluntad del juez, sino siempre con el propósito de dar efecto a la voluntad de la Legislatura; o, en otras palabras, a la voluntad de la ley"[738]. Frente a un fallo que le era adverso, el presidente Donald Trump apuntó a la "herencia mexicana" del juez[739]. Despotricó en contra de otro fallo que a su juicio venía de un "juez de Obama", refiriéndose a un juez nominado por el presidente Obama, uno de sus oponentes[740]. ¿Son los jueces oráculos neutrales de la ley o están sesgados y tienen posturas políticas?

Ejemplo 2: Trabajadores utilizaron la *Fair Labor Standards Act* para demandar a su empleador por salarios impagos. El empleador aceptó pagar a los trabajadores, y los trabajadores aceptaron retirar todas las demandas contra el empleador, incluidas aquellas que aún no habían presentado. Un tribunal intervino, negándose a permitir que los trabajadores "renunciaran a reclamos diseñados para promover valores públicos a través de litigios privados"[741]. Según el tribunal, el acuerdo "quita de las manos de los tribunales su deber de explicar y dar fuerza a los valores incorporados en textos autorizados como la Constitución y las leyes" [742]. ¿Deben los jueces permitir que las partes lleguen a un acuerdo voluntariamente, o deben obligarlas a litigar?

Ejemplo 3: Un caso de derecho de antimonopolio involucró 30,000 afirmaciones fácticas. Después de 14 semanas de juicio, la transcripción superaba las 12,000 páginas. Sin embargo, solo dos testigos habían testificado, con docenas más por presentar. El juez concluyó que tenía "una obligación hacia la administración adecuada de justicia... que me lleva a tomar las medidas apropiadas para reducir la duración de este juicio" [743]. Ordenó al demandante que presentara su caso en un plazo de siete semanas y media. ¿Los límites de tiempo promueven la justicia?[744]

[738] Osborn v. Bank of United States, 22 U.S. 738, 866 (1824).

[739] *Véase* Brent Kendall, *Trump Says Judge's Mexican Heritage Presents 'Absolute Conflict'*, Wall St. J., 3 de junio de 2016.

[740] *Véase* Katie Reilly, *President Trump Escalates Attacks on 'Obama Judges' After Rare Rebuke from Chief Justice*, Time, 21 de noviembre de 2018.

[741] Trout v. Meggitt-USA Services, Inc., 2018 WL 1870388, en *4 (C.D. Cal. 17 de abril de 2018).

[742] *Id.* (citando a Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 Yale L.J. 1073, 1085 (1984)).

[743] SCM Corp. v. Xerox Corp., 77 F.R.D. 10, 13 (D. Conn. 1977).

[744] *Véase* Nora Freeman Engstrom, *The Trouble with Trial Time Limits*, 106 Geo. L.J. 933 (2018).

Para abordar estas preguntas, comenzamos con un análisis positivo de la adjudicación, cubriendo temas como acuerdos extrajudiciales, evidencia, precedentes y comportamiento judicial. Luego, presentamos una teoría normativa de la adjudicación. Exploramos cuándo la adjudicación beneficia a los litigantes y a la sociedad. Finalmente, presentamos una teoría interpretativa de la adjudicación. Según el principio de los incentivos, la interpretación correcta de la ley crea los mejores incentivos para lograr su propósito.

1. Teoría positiva del proceso legal

Una empresa llamada Dominion fabrica máquinas de votación utilizadas en todo Estados Unidos. Rudy Giuliani, un importante político, afirmó que hubo fraude en las elecciones de 2020 y culpó a las "mediocres máquinas de votación de Dominion"[745]. El CEO de Dominion respondió: "[E] stas mentiras dañaron el buen nombre de mi empresa" y "socavaron la confianza en las instituciones democráticas estadounidenses"[746]. Dominion demandó a Giuliani por difamación, exigiendo más de 1,000 millones de dólares. Así comenzó el complejo ritual de la adjudicación.

Un proceso judicial involucra muchos pasos: presentar una demanda, descubrir hechos, interrogar testigos, instruir a los jurados, presentar escritos y redactar opiniones. En esta sección, aplicamos el análisis económico a algunos de estos pasos[747]. Nuestro análisis es positivo, lo que significa que buscamos explicar cómo funciona la adjudicación. Comenzamos analizando el valor de una demanda legal. Luego consideramos por qué algunas disputas se resuelven y otras llegan a litigio. Concluimos analizando los juicios, la evidencia y las apelaciones.

[745] Nick Corasaniti, *Rudy Giuliani Sued by Dominion Voting Systems Over False Election Claims,* N.Y. Times, 25 de enero de 2021.

[746] *Id.*

[747] Una extensa literatura de análisis económico aborda estos temas. *Véase*, por ejemplo, William M. Landes, *An Economic Analysis of the Courts*, 14 J.L. Econ. 61 (1971); Richard A. Posner, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, 2 J. Legal Stud. 399 (1973); John P. Gould, **The Economics of Legal Conflicts,** 2 J. Legal Stud. 279 (1973); Robert D. Cooter & Daniel L. Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, 27 J. Econ. Lit. 1067 (1989); Robert G. Bone, *The Economics of Civil Procedure* (1ra ed. 2003); Bruce H. Kobayashi, *Economics of Litigation, en 3 The Oxford Handbook of Law and Economics* (Francesco Parisi ed., 2017).

1.1. El valor de una demanda

La Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos protege a las personas de "registros e incautaciones irrazonables", incluidos los realizados por la policía[748]. Si un oficial lesiona a alguien sin justificación, el oficial comete una "incautación irrazonable"[749]. Los abogados llaman a esto un "agravio constitucional". En los Estados Unidos, un estatuto federal conocido por su número—la Sección 1983 del Título 42 del *United States Code*—faculta a las personas a demandar a ciertos funcionarios por agravios constitucionales. Así, si un oficial de policía lesiona a alguien durante un arresto violento, la víctima puede presentar una acción contra el oficial bajo la Sección 1983. Para estudiar la adjudicación, imaginemos una demanda de este tipo.

Un oficial de policía lesionó a James durante una detención, lo que le causó una pérdida de $10,000 (que se desglosaba en facturas médicas, y sufrimiento emocional). James quiere demandar al oficial para recuperar esos $10,000. Sin embargo, litigar es costoso. James debe contratar un abogado, pagar tasas judiciales y dedicar tiempo y esfuerzo al caso. Después de meses o años de esfuerzo, podría perder. ¿Debería James demandar? Un economista evaluaría los costos del litigio en comparación con el valor esperado de la demanda. Si el valor esperado de la demanda supera los costos, James debería demandar. Para determinar los costos del litigio, James debe analizar los honorarios judiciales y los honorarios de los abogados, y considerar su estado mental: ¿tiene la fortaleza para enfrentar un litigio? Para determinar el valor esperado de su demanda, James debe prever qué sucederá después de presentar la demanda. Consultando con un abogado, James elabora la Figura 10.1. Este árbol de decisiones muestra las probabilidades y los resultados de diferentes eventos.

Comenzando desde la izquierda, James debe elegir entre presentar la demanda, lo que le costará $100, o no presentarla, en cuyo caso no gana ni pierde nada (resultado de $0)[750]. Si presenta la demanda, James anticipa que el departamento de policía negociará con él y su abogado. Hay un 60 por ciento de probabilidad de que el departamento de policía le ofrezca $5,000 para que retire el caso (esto se llama un *acuerdo extrajudicial*). El abogado de James trabaja bajo un esquema de honorarios contingentes.

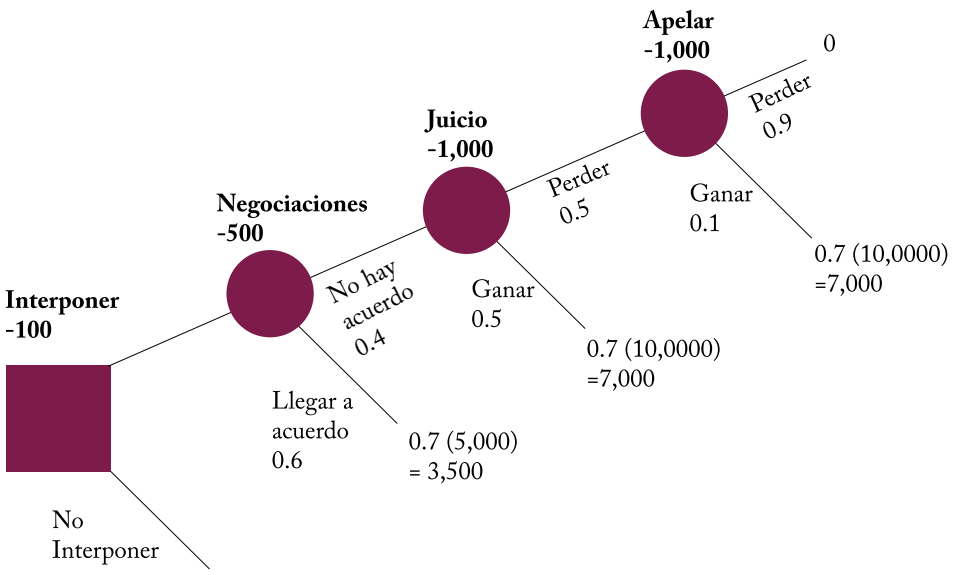
[748] U.S. Const. enmienda. IV.

[749] En la práctica, la ley es más complicada que esto. La inmunidad calificada podría proteger al oficial. Abordamos la inmunidad calificada más adelante.

[750] Asumimos que las partes en un litigio pagan sus propios costos, incluyendo tarifas judiciales y honorarios de abogados. Esto es típico en los Estados Unidos, aunque no en las demandas de la Sección 1983. En esas demandas, el demandado a veces paga los costos de ambas partes. Ignoramos esta complicación por el bien del ejemplo. Más adelante hablaremos más sobre la asignación de costos y sus efectos sobre el litigio.

Según este acuerdo, el abogado recibe el 30 por ciento de cualquier cantidad que James obtenga y nada si pierde. Por lo tanto, si James obtiene un acuerdo por $5,000, solo se quedará con el 70 por ciento de esa cantidad, es decir, $3,500. Hay un 40 por ciento de probabilidad de que el departamento de policía no le ofrezca nada. Independientemente de si recibe una oferta de acuerdo, las negociaciones le costarán a James $500 en tiempo y esfuerzo. Si el departamento de policía no ofrece un acuerdo, el caso procederá a juicio, donde James tiene un 50 por ciento de probabilidad de perder (resultado de $0) y un 50 por ciento de probabilidad de ganar. Si James gana, recibirá $10,000 en indemnización de perjuicios (para simplificar, asumimos que el demandado no apelará). Debido a los honorarios contingentes, James solo se quedará con el 70 por ciento de los $10,000, es decir, $7,000. Independientemente de si gana o pierde, ir a juicio le costará a James $1,000 en tiempo y esfuerzo. Finalmente, si James pierde en el juicio, puede apelar. James tiene un 90 por ciento de probabilidad de perder la apelación (resultado de $0) y un 10 por ciento de probabilidad de ganar, en cuyo caso obtendría $7,000 (el 70 por ciento de los $10,000). En cualquier caso, apelar le costará a James $1,000.

Figura 42. Valor Esperado de la Reclamación del Demandante

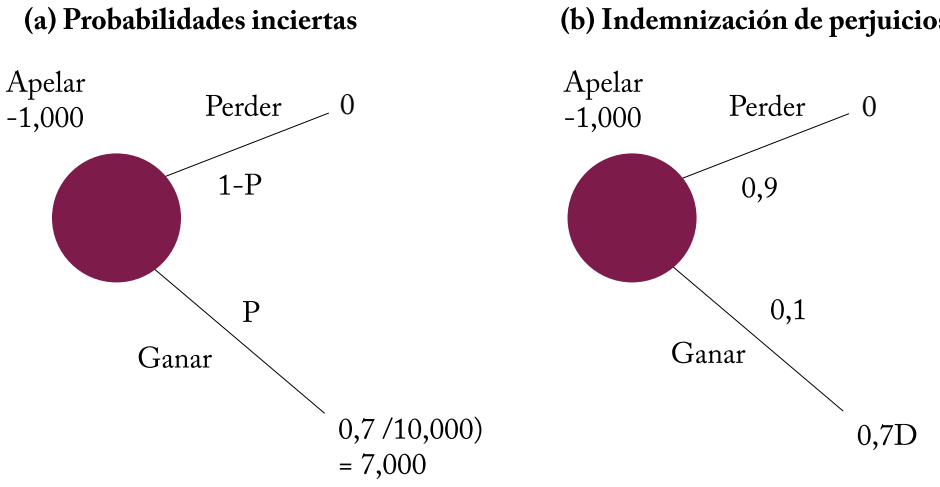


¿Debería James presentar una demanda contra el oficial? Para responder, usamos inducción inversa, lo que significa que comenzamos por el final. El valor esperado de la apelación es igual a 0.1($7,000) + 0.9($0) – $1,000 = –$300. Como el valor es negativo, James no apelará. Si pierde el juicio en primera instancia, abandonará el caso. Pasando a la etapa anterior, el valor esperado del juicio es igual a 0.5($7,000) + 0.5($0) – $1,000 = $2,500. En esa ecuación, el término "$0" representa el resultado de perder el juicio (como no apelará, perder en el juicio cierra el caso). Ahora pasamos a

la etapa anterior, las negociaciones. El valor esperado de las negociaciones es igual a 0.6($3,500) + 0.4($2,500) – $500 = $2,600. En esa ecuación, el término "$2,500" representa el valor esperado del juicio. Hay un 40 por ciento de probabilidad de que el departamento de policía no ofrezca un acuerdo, lo que significa que el caso procederá a juicio con un valor esperado de $2,500. Habiendo analizado cada etapa del litigio, podemos determinar el valor esperado de la demanda de James: $2,600. Como el valor esperado de su demanda excede la tarifa de presentación de la demanda, que es $100, James debería presentar la demanda.

En este ejemplo, James conoce las probabilidades de cada opción, y lo que gana con cada opción. En la práctica, las personas generalmente carecen de esta información. Aun así, los árboles de decisión pueden ayudar. Supón que James no conoce sus probabilidades de ganar en apelación. En lugar de porcentajes específicos, James puede usar variables. La Figura 43a reimagina la etapa de apelación en el caso de James. Si apela tras perder en el juicio, tiene una probabilidad p de ganar y una probabilidad $(1 - p)$ de perder. En cualquier caso, una apelación le cuesta a James $1,000 en tiempo y esfuerzo. Su valor esperado de apelación es igual a p($7,000) + $(1 - p)$($0) – $1,000 = $7,000 p – $1,000. El valor de no apelar es $0. Por lo tanto, James debería apelar si $7,000p – $1,000 > $0. Esta ecuación se cumple cuando $p > 1/7$ (aproximadamente 14 por ciento). Si la probabilidad de James de ganar en apelación es de 1/7 o más, debería apelar, incluso si no conoce sus probabilidades exactas.

Figura 43. Variables en el Árbol de Decisión



También podemos usar variables para representar los daños. James sufrió un perjuicio de $10,000, pero el tribunal podría otorgarle una cantidad diferente en la apelación. El tribunal podría reducir sus daños emocionales y otorgarle solo $6,000 por sus facturas médicas. O el tribunal podría

conceder daños punitivos (los daños punitivos tienen como objetivo castigar al infractor, en este caso al oficial), elevando su compensación total, por ejemplo, a $12,000. La Figura 43b representa la incertidumbre sobre la indemnización de perjuicios (los daños) con la variable *D*. Si James apela tras perder en el juicio, tiene un 90 por ciento de probabilidad de perder y no recibir nada y un 10 por ciento de probabilidad de recibir indemnización de perjuicios por *D*, de los cuales conservará el 70 por ciento (recordemos el acuerdo de honorarios contingentes). En cualquier caso, apelar le costará a James $1,000 en tiempo y esfuerzo. Su valor esperado de apelación es igual a $0.1(0.7\ D) + 0.9(\$0) - \$1{,}000 = 0.07\ D - \$1{,}000$. El valor de no apelar es $0. Por lo tanto, James debería apelar si $0.07\ D - \$1{,}000 > \$0$. Esta ecuación se cumple cuando $D > \$1{,}000/0.07$, o aproximadamente $14,286. Si James espera obtener en apelación indemnización de perjuicios de $14,286 o más, debería apelar; de lo contrario, no debería hacerlo.

En resumen, la decisión de demandar depende del costo de presentar la demanda y del valor esperado de que se acceda a lo demandado. Para determinar el valor esperado de la demanda, los litigantes deben trabajar hacia atrás, primero calculando el resultado esperado de la apelación y luego considerando cada etapa previa del litigio. Con información perfecta, los litigantes pueden determinar el valor esperado de su demanda con precisión. Sin información perfecta, los litigantes deben estimar el valor esperado.

Los buenos abogados ayudan a sus clientes a estimar el valor esperado de sus demandas. Sin embargo, incluso los mejores abogados cometen errores. Se enfrentan a incertidumbre por muchas razones. Los jueces cometen errores, los testigos pierden credibilidad y los jurados se quedan dormidos. Además, los abogados deben considerar la estrategia de su oponente. En nuestro ejemplo, nos concentramos en las decisiones estratégicas de James: si presentar la demanda y si apelar. En la realidad, el demandado también toma decisiones estratégicas, como si ofrecer un acuerdo y cuánto ofrecer[751]. Como en el ajedrez, la mejor estrategia para un jugador depende de los movimientos del otro, lo que puede ser difícil de predecir.

Preguntas

1.1.1. El demandado ofrece al demandante $1,000 para llegar a un acuerdo. El demandante puede aceptar el acuerdo o proceder a juicio, donde tiene un 50 por ciento de probabilidad

[751] Sobre el rol que desempeña la estrategia en los litigios, véase, por ejemplo, Lucian Arye Bebchuk, *Litigation and Settlement Under Imperfect Information,* 15 Rand J. Econ. 404 (1984).

de ganar $2,000 y un 50 por ciento de probabilidad de perder y no obtener nada. El caso no involucra otros costos, honorarios ni daños. ¿Un demandante adverso al riesgo iría a juicio? ¿Un demandante neutral al riesgo aceptaría el acuerdo?

1.1.2. Usa los montos y probabilidades de la Figura 42 para responder las siguientes preguntas:

(a) Si la policía ofrece a James un acuerdo de $5,000, ¿debería aceptarlo o rechazar la oferta e ir a juicio?

(b) ¿Cuál es el acuerdo más bajo que James aceptaría? Para responder, asume que James es neutral al riesgo.

(c) Supón que la probabilidad de James de ganar en apelación aumenta al 20 por ciento. Todo lo demás en la Figura 42 permanece igual. ¿Cuál es el valor esperado de la demanda de James?

1.1.3. Un cliente le pide a un abogado que tome el Caso X. Si el abogado toma el Caso X y gana, recibirá el 35 por ciento de lo que se gane en dinero. Si el abogado toma el Caso X y pierde, no recibirá nada. El abogado tiene un 70 por ciento de probabilidad de ganar el Caso X y un 30 por ciento de perderlo. Si el abogado no toma el Caso X, puede trabajar en el Caso Y y ganar $5,000. ¿Debería el abogado tomar el Caso X?

¿Quién le paga a los abogados?

En los Estados Unidos, las partes en un litigio generalmente pagan sus propios costos, incluidos los honorarios de los abogados. En gran parte de Europa y en otros lugares, la parte perdedora paga algunos o todos los costos de la parte ganadora. Para simplificar, la regla "estadounidense" es "cada quien paga lo suyo", y la regla "europea" es "el perdedor paga todo". Para ilustrar la diferencia, consideremos nuestro ejemplo de James. Según la regla estadounidense, James pagaría $100 para presentar su demanda y pagaría a su abogado el 30 por ciento de cualquier cantidad que obtuviera. Según la regla europea, James no pagaría nada si ganara, pero tendría que pagar los costos judiciales y los honorarios de los abogados de ambas partes si perdiera.

La diferencia en las reglas puede afectar la manera en que se desarrollan los litigios. Para ilustrarlo, supongamos que un demandante tiene una alta probabilidad de ganar su caso. Si demanda bajo la regla estadounidense, probablemente obtendrá una indemnización, pero deberá pagar sus costos. Si demanda bajo la regla europea, probablemente obtendrá una indemnización y no pagará costos. *En general, la regla europea fomenta demandas con alta probabilidad de éxito*. Ahora supongamos que el demandante tiene una baja probabilidad

de ganar su caso. Si demanda bajo la regla estadounidense, probablemente no obtendrá nada y pagará sus costos. Si demanda bajo la regla europea, probablemente no obtendrá nada y pagará el doble de costos. *En general, la regla europea desalienta las demandas con baja probabilidad de éxito.*

Al desalentar demandas con baja probabilidad de éxito, la regla europea tiene efectos mixtos en la sociedad. Desalienta demandas con fundamento, pero con pruebas débiles, como cuando una persona ha sufrido un daño, pero tiene dificultades para probarlo. Sin embargo, la regla europea beneficia a la sociedad al desalentar litigios frívolos.

Las reglas estadounidense y europea pueden afectar los litigios de otra manera. En lugar de dinero, supongamos que un demandante busca una *orden judicial*, es decir, una orden que obligue al demandado a realizar una determinada acción. Por ejemplo, un demandante podría solicitar una orden judicial para que una empresa minera deje de arrojar desechos en un río. Las órdenes judiciales son valiosas e importantes, pero no pueden usarse para pagar a un abogado. Si un demandante con pocos recursos solicita una orden judicial, podría tener dificultades para encontrar un abogado bajo la regla estadounidense, incluso si su caso es sólido. Los abogados podrían dudar de la capacidad de pago del demandante. En contraste, la regla europea incentiva a los abogados a aceptar el caso. El demandado podría tener más recursos que el demandante, y si el abogado gana, el demandado tendrá que pagar.

Para hacer estas ideas más concretas, considera *Newman v. Piggie Park Enterprises, Inc.*. El demandado operaba una cadena de restaurantes que se negaba a atender a personas afroamericanas. El Título II del *Civil Rights Act* de 1964 prohibía la discriminación racial en establecimientos públicos como restaurantes. Sin embargo, el Título II no permitía obtener indemnización de perjuicios. En lugar de dinero, un demandante exitoso podía obtener una orden judicial. Anne Newman ganó una orden judicial que obligaba al restaurante a dejar de discriminar. Pero, ¿qué pasaba con los honorarios de los abogados? El Título II otorgaba a los tribunales la discreción de trasladar los honorarios de los abogados a la parte perdedora. La Corte sostuvo que el demandado debía pagar los honorarios de Newman:

Si los demandantes exitosos fueran rutinariamente obligados a asumir sus propios honorarios de abogados, pocas personas agraviadas estarían en posición de promover el interés público invocando los poderes coactivos de los tribunales federales. Por lo tanto, el Congreso promulgó la disposición sobre honorarios de abogados—no solo para sancionar a los litigantes que deliberadamente presentan argumentos que saben que son insostenibles, sino, más

ampliamente, para alentar a las personas afectadas por la discriminación racial a buscar ayuda judicial bajo el Título II.

En *Piggie Park*, la Corte aplicó la regla europea. Desde entonces, el Congreso ha autorizado la transferencia de honorarios de abogados a la parte perdedora en muchos casos de derechos civiles (incluidos los casos bajo la Sección 1983, como el ejemplo de James). La transferencia de honorarios desalienta a los demandados de presentar reclamaciones frívolas. En Piggie Park, la discriminación del restaurante violaba claramente la ley, pero el propietario litigó de todos modos. La Corte lo sancionó aumentando los honorarios legales que debía pagar. Además, la transferencia de honorarios facilita que los demandantes con pocos recursos encuentren abogados.

1.2. Negociación de acuerdos extrajudiciales

En nuestro ejemplo sobre James, la policía tenía la opción de ofrecer un acuerdo extrajudicial antes del juicio. En la realidad, un demandado puede ofrecer un acuerdo extrajudicial en casi cualquier momento: antes de que el demandante presente su demanda, durante la selección del jurado, mientras los jueces deliberan en apelación, y así sucesivamente. Muchos casos se resuelven mediante acuerdos extrajudiciales, y muchas veces se llega a estos solo minutos antes de que el tribunal emita una decisión. El análisis económico explica por qué muchas partes prefieren llegar a un acuerdo.

En general, las partes de un caso pueden alcanzar un acuerdo que replique exactamente el resultado esperado del litigio[752]. Logran ese resultado sin el costo ni las molestias del litigio. Para ilustrarlo, supón que un demandante tiene un 60 por ciento de probabilidad de ganar $10,000 en juicio y un 40 por ciento de probabilidad de perder y no obtener nada. Independientemente del resultado, el juicio le cuesta al demandante $1,000. Para el demandante, el valor esperado del juicio es igual a 0.6($10,000) + 0.4($0) – $1,000 = $5,000. ¿Qué ocurre con el demandado? Partimos de la suposición de que el demandado hace el cálculo inverso. Tiene un 60 por ciento de probabilidad de perder y pagar $10,000 y un 40 por ciento de probabilidad de ganar y no pagar nada. Independientemente del resultado, el juicio le cuesta al demandado $1,000. Para el demandado, el valor esperado del juicio es igual a 0.6(–$10,000) + 0.4($0) – $1,000 = –$7,000.

[752] Nuestro análisis en esta sección se basa en Robert Cooter & Thomas Ulen, Law and Economics 399-401 (6ta ed. 2016).

Apliquemos la teoría de la negociación al caso. Las partes pueden llegar a un acuerdo (solución cooperativa) o ir a juicio (solución no cooperativa). Si el demandado va a juicio, espera pagar $7,000, por lo que –$7,000 es su valor de amenaza. En la negociación con el demandante, el demandado puede amenazar creíblemente con rechazar cualquier acuerdo que le cueste más de $7,000. Mientras tanto, el demandante espera obtener $5,000 en el juicio. Para el demandante, $5,000 es su valor de amenaza en la negociación. Rechazará cualquier acuerdo que le pague menos de $5,000.

El valor no cooperativo del juego de negociación es igual a la suma de los valores de amenaza de las partes: –$7,000 + $5,000 = –$2,000. En lugar de litigar, las partes pueden cooperar, llegando a un acuerdo. Si llegan a un acuerdo, el demandado paga al demandante una cantidad de dinero que llamaremos *s*. Además, partimos de la suposición de que el acuerdo cuesta a cada parte $100 en tiempo y esfuerzo. Por lo tanto, el acuerdo le cuesta al demandado $-s$ – $100, y el demandante recibe S – $100. El valor cooperativo del juego de negociación es igual a la suma de los resultados si las partes cooperan: $-s$ – $100 + S – $100 = –$200.

El excedente cooperativo es igual a la diferencia entre los valores cooperativos y no cooperativos: –$200 – (–$2,000) = $1,800. Fíjate en que esto es igual a la diferencia entre el costo total del litigio para las partes ($2,000) y su costo total de llegar a un acuerdo ($200). Ahora podemos ver por qué el acuerdo es la solución cooperativa: las partes cooperan para ahorrarse los costos del litigio.

La distribución razonable en un juego de negociación otorga a cada parte su valor de amenaza más una parte igual del excedente cooperativo. Aplicado a este caso, el demandante debería recibir $5,900 y el demandado debería quedarse con –$6,100. Para lograr estos resultados, el demandado debería pagar al demandante $6,000. Después de que cada parte asuma su costo del acuerdo, el demandante terminará con $5,900 y el demandado con –$6,100. *El acuerdo razonable es de $6,000.*

¿Qué sucede si las partes litigan en lugar de llegar a un acuerdo? El demandante tiene un 60 por ciento de probabilidad de ganar $10,000 y un 40 por ciento de probabilidad de no obtener nada. *El resultado esperado en el juicio es de $6,000.*

En nuestro ejemplo, el acuerdo razonable es exactamente igual al fallo esperado del litigio. Sin embargo, el acuerdo razonable solo cuesta a cada parte $100, mientras que el litigio cuesta a cada una $1,000. Esta diferencia explica por qué las partes generalmente prefieren llegar a un acuerdo en lugar de ir a juicio: pueden lograr el mismo resultado a un costo menor.

Al igual que a las partes, el acuerdo puede beneficiar a la sociedad. Operar un sistema judicial cuesta dinero. Se requieren jueces, secretarios, registros, tribunales y jurados. En general, las partes que utilizan el sistema judicial no pagan su costo total. Cuando llegar a un acuerdo desplaza la opción de litigar, puede ofrecer los mismos resultados que el sistema judicial, pero a un costo menor.

El acuerdo razonable coincide con el resultado esperado del litigio cuando se cumplen dos condiciones: *(1) Las partes tienen las mismas expectativas sobre el juicio, y (2) Soportan los mismos costos para resolver la disputa*[753]. La siguiente sección profundiza en estas condiciones.

1.3. Ningún acuerdo

Un capítulo anterior explicó que el optimismo aumenta la litigiosidad. Aquí explicamos por qué con mayor detalle[754]. Anteriormente, asumimos que el demandante y el demandado tenían las mismas expectativas sobre el litigio: el demandante tenía un 60 por ciento de probabilidad de ganar $10,000 y un 40 por ciento de perder y no obtener nada. Ahora supongamos que el demandante es relativamente optimista. Cree que tiene un 70 por ciento de probabilidad de ganar $10,000 y un 30 por ciento de probabilidad de perder y no obtener nada. Dadas estas probabilidades, el valor esperado del juicio para el demandante es igual a 0.7($10,000) + 0.3($0) – $1,000 = $6,000. Las expectativas del demandado no han cambiado, por lo que su valor esperado del juicio sigue siendo 0.6(–$10,000) + 0.4($0) – $1,000 = –$7,000. Partimos de la suposición de que la creencia del demandado es correcta—el demandante realmente tiene un 60 por ciento de probabilidad de ganar.

Como antes, el valor no cooperativo del juego de negociación es igual a la suma de los valores de amenaza de las partes: –$7,000 + $6,000 = –$1,000. Si el demandado paga S para llegar a un acuerdo, y suponiendo nuevamente que el acuerdo cuesta a cada parte $100, entonces el acuerdo genera un resultado de –s – $100 para el demandado y S – $100 para el demandante. El valor cooperativo del juego es la suma de los pagos si las partes cooperan: –s – $100 + S – $100 = –$200. El excedente putativo es la diferencia entre los valores cooperativo y no cooperativo: –$200 –

[753] *Id.* en 401.

[754] Para un análisis temprano de la relación entre optimismo, pesimismo y acuerdos extrajudiciales, véase John P. Gould, *The Economics of Legal Conflicts*, 2 J. Legal Stud. 279 (1973). Los académicos han desarrollado modelos sofisticados sobre los acuerdos extrajudiciales. Para una visión general, *Véase* Andrew F. Daughtery & Jennifer F. *Reinganum, Settlement and Trial, en 3 The Oxford Handbook of Law and Economics* (Francesco Parisi ed., 2017).

(–$1,000) = $800. Llamamos a esto el excedente "putativo" porque, aunque parece ser el excedente real, no es el excedente realmente existente. El demandante no puede tener al mismo tiempo un 70 por ciento de probabilidad de ganar (su creencia) y un 60 por ciento de probabilidad de ganar (la creencia del demandado). El demandante ha cometido un error. Su error genera un excedente putativo de $800.

Ahora podemos calcular cuál es el acuerdo razonable. Con un excedente putativo de $800, el acuerdo razonable otorga a cada parte su valor de amenaza más $400. El demandante debería recibir un pago de $6,400, y el demandado debería quedarse con un pago de –$6,600. Para lograr estos resultados, el demandado debería pagar al demandante $6,500. El acuerdo razonable es de $6,500. Recuerda que el demandante realmente tiene un 60 por ciento de probabilidad de ganar, no un 70 por ciento. Por lo tanto, el resultado esperado si se va a juicio es igual a 0.6($10,000) + 0.4($0) = $6,000. (Definimos el "resultado esperado" objetivamente. Es igual a la indemnización si es que se tienen según creencias correctas). El acuerdo razonable no coincide con el fallo esperado. La diferencia se debe a la divergencia en las expectativas de las partes sobre el juicio. El demandante es más optimista que el demandado.

En nuestro ejemplo, el optimismo del demandante reduce el excedente cooperativo de $1,800 a $800. Aunque el excedente se ha reducido, el acuerdo sigue siendo posible. El demandado prefiere pagar $6,500 en lugar de ir a juicio, donde su resultado esperado es –$7,000. Del mismo modo, el demandante prefiere recibir $6,500 en lugar de ir a juicio, donde su resultado esperado es $6,000. El optimismo del demandante ha disminuido, pero no ha eliminado la posibilidad de llegar a acuerdo.

Ahora considera un caso en el que el optimismo hace que el acuerdo sea imposible. El demandante cree que tiene un 90 por ciento de probabilidad de ganar $10,000 y un 10 por ciento de probabilidad de perder y no obtener nada. Su valor esperado del juicio es igual a 0.9($10,000) + 0.1($0) – $1,000 = $8,000. Las expectativas del demandado, que son correctas, no han cambiado. Su valor esperado del juicio sigue siendo –$7,000. El valor no cooperativo del juego es la suma de los valores de amenaza de las partes: –$7,000 + $8,000 = $1,000. Como antes, el valor cooperativo del juego sigue siendo –s – $100 + S – $100 = –$200. El excedente putativo es la diferencia entre los valores cooperativo y no cooperativo: –$200 – ($1,000) = –$1,200.

El signo negativo muestra que la cooperación resta valor para las partes en lugar de crearlo. Dado el signo negativo, no podemos anticipar que haya cooperación. No obstante, podemos continuar el análisis. El acuerdo razonable otorga a cada parte su valor de amenaza y la mitad del excedente (en este

ejemplo, –$600). El demandante debería recibir un pago de $7,400, y el demandado debería recibir un pago de –$7,600. Para lograr estos resultados, el demandado debería pagar al demandante $7,500.

Este acuerdo es imposible. El demandado no pagará $7,500 para evitar un juicio que espera que le cueste solo $7,000. Del mismo modo, el demandante no aceptará $7,500 para evitar un juicio que espera que le genere $8,000. El optimismo del demandante ha hecho imposible la cooperación. *Si el optimismo reduce el excedente putativo por debajo de cero, el acuerdo no puede ocurrir*[755].

Mientras que el optimismo desalienta los acuerdos, el pesimismo los fomenta. Para ilustrarlo, supón que el demandado sigue creyendo, correctamente, que el demandante tiene un 60 por ciento de probabilidad de ganar $10,000 y un 40 por ciento de probabilidad de perder y no obtener nada. El litigio le cuesta al demandado $1,000, por lo que su valor esperado del juicio es igual a 0.6(–$10,000) + 0.4($0) – $1,000 = –$7,000. El demandante, en cambio, es relativamente pesimista. Cree que solo tiene un 30 por ciento de probabilidad de ganar $10,000 y un 70 por ciento de probabilidad de no obtener nada. El litigio le cuesta $1,000, por lo que su valor esperado del juicio es 0.3($10,000) + 0.7($0) – $1,000 = $2,000. Ahora podemos aplicar la teoría de la negociación como antes. El valor no cooperativo del juego es igual a –$7,000 + $2,000 = –$5,000. El valor cooperativo del juego es: –*s* – $100 + *S* – $100 = –$200. El excedente putativo es: –$200 – (–$5,000) = $4,800. Finalmente, el acuerdo razonable es de $4,500[756].

El pesimismo del demandante aumenta el excedente putativo derivado de la cooperación. La probabilidad de cooperación exitosa aumenta con el beneficio percibido de ésta. Para hacer esto más concreto, recordemos nuestro primer ejemplo en el que el demandante y el demandado tenían expectativas correctas sobre cómo podría terminar el juicio. El valor de amenaza del demandante era $5,000, y el del demandado era –$7,000. Cualquier acuerdo entre $5,000 y $7,000 haría que ambas partes estuvieran en una mejor posición. En el ejemplo del demandante pesimista, cualquier acuerdo entre $2,000 y $7,000 haría que ambas partes estuvieran en una mejor posición. El pesimismo amplía el rango de negociación, lo que puede mejorar las posibilidades de alcanzar un acuerdo.

En resumen, hemos demostrado que el optimismo desalienta la celebración de acuerdos extrajudiciales, mientras que el pesimismo la fomenta. También hemos mostrado cómo las

[755] Robert Cooter & Thomas Ulen, Law and Economics 402 (6ta ed. 2016).

[756] Aquí está el cálculo. El acuerdo razonable da a cada parte su valor de amenaza más la mitad del (presunto) excedente. El demandante debería recibir $2,000 + $2,400 = $4,400, y el demandado debería recibir –$7,000 + $2,400 = –$4,600. Las partes obtienen estos pagos cuando el demandado paga al demandante $4,500 y cada parte asume sus propios costos del acuerdo de $100.

expectativas divergentes entre las partes pueden generar una brecha entre el resultado esperado y el acuerdo razonable. En nuestros ejemplos, el fallo esperado siempre es de $6,000. Dependiendo de las creencias del demandante, el acuerdo razonable puede ser de $6,000, $6,500, $7,500 o $4,500.

Anteriormente explicamos que el acuerdo razonable coincide con el fallo esperado cuando se cumplen dos condiciones: (1) Las partes tienen las mismas expectativas sobre el juicio, y (2) Soportan los mismos costos para resolver la disputa. Hemos explorado la primera condición, y ahora consideraremos la segunda.

Recuerda el ejemplo de James demandando a la policía. James tiene un 50 por ciento de probabilidad de ganar y obtener un fallo de $10,000, y un 50 por ciento de probabilidad de perder y no obtener nada. Si James gana, puede quedarse con el 70 por ciento del fallo; el resto va a su abogado. Gane o pierda, el juicio le cuesta a James $1,000 en tiempo y esfuerzo[757]. Para James, el valor esperado del juicio es igual a 0.5(0.7($10,000)) + 0.5($0) – $1,000 = $2,500. La policía tiene las mismas expectativas que James. Tiene un 50 por ciento de probabilidad de perder y pagar $10,000 y un 50 por ciento de probabilidad de ganar y no pagar nada[758]. Independientemente del resultado, el juicio cuesta a la policía $1,000. Para la policía, el valor esperado del juicio es igual a 0.5(–$10,000) + 0.5($0) – $1,000 = –$6,000.

Para calcular el acuerdo razonable, seguimos los mismos pasos que antes. El resultado no cooperativo es igual a $2,500 – $6,000 = –$3,500. Suponiendo que el acuerdo cuesta a cada parte $500, el resultado cooperativo es: –s – $500 + S – $500 = –$1,000. El excedente cooperativo es: –$1,000 – (–$3,500) = $2,500. El acuerdo razonable otorga a cada parte su valor de amenaza más la mitad del excedente. Así, James debería recibir un pago de $3,750, y la policía debería recibir un pago de –$4,750. Para lograr estos resultados, la policía debería pagar a James $4,250, y cada parte debería asumir sus propios costos de llegar al acuerdo, los que alcanzan $500. *El acuerdo razonable es de $4,250.*

James tiene un 50 por ciento de probabilidad de ganar $10,000 y un 50 por ciento de probabilidad de no ganar nada. *Por lo tanto, el fallo judicial esperado es de $5,000*. El acuerdo razonable no coincide con el fallo judicial esperado. La diferencia resulta de los costos variables entre las partes. Para la policía,

[757] Recuerda que asumimos que James paga sus propios costos. En realidad, los tribunales a menudo transfieren los honorarios de abogado en demandas exitosas de la Sección 1983.

[758] Aquí asumimos que la policía no apelará si es vencida.

el juicio cuesta $1,000, ya sea que gane o pierda. Para James, el juicio cuesta $1,000 si pierde (por su tiempo y esfuerzo) y $4,000 si gana (por su tiempo y esfuerzo y por el honorario contingente del abogado). James tiene una probabilidad igual de perder y ganar, por lo que sus costos esperados del juicio son: 0.5($1,000) + 0.5($4,000) = $2,500. Comparado con la policía, James enfrenta costos de juicio más altos. Estos costos elevados lo incentivan a llegar a un acuerdo en lugar de litigar. Esto le da una ventaja a la policía en la negociación, permitiéndole ofrecer un acuerdo menor al fallo esperado.

Cuando las partes en un caso tienen costos diferentes, el acuerdo razonable difiere del fallo esperado. En la práctica, las partes suelen tener costos distintos. En nuestro ejemplo, la diferencia se explica por los honorarios de los abogados: James paga un honorario contingente que la policía no paga. Pero la diferencia puede surgir de muchas otras fuentes. Tomemos el caso del oficial de policía en nuestro ejemplo. Asumimos que una derrota en el juicio le cuesta al oficial $10,000. ¿Quién paga esos $10,000? Dependiendo de las circunstancias, el dinero podría salir del bolsillo del oficial o de los contribuyentes que financian el presupuesto de la policía. Si el dinero proviene de los contribuyentes, la policía podría pagar $0 en lugar de $10,000. En este escenario, la policía externaliza los costos. Las externalidades son nuestro próximo tema.

Preguntas

1.3.1. En el último ejemplo sobre James, el fallo judicial esperado es de $5,000 y el acuerdo extrajudicial razonable es de $4,250. ¿James aceptaría el acuerdo razonable o lo rechazaría y procedería a juicio? Para responder, recuerda que James debe pagar el 30 por ciento de cualquier compensación, incluida la obtenida mediante un acuerdo extrajudicial, a su abogado.
1.3.2. Una empresa ha casi terminado la construcción de un rascacielos cuando su vecino presenta una demanda. Según el vecino, el rascacielos tiene una altura mayor a la que permite la ordenanza municipal y debe ser demolido. En los hechos, la demanda es oportunista, y ambas partes lo saben. En consecuencia, ambas partes están de acuerdo en que el vecino tiene un 0 por ciento de probabilidad de ganar y un 100 por ciento de perder el juicio. Sin embargo, la empresa debe detener la construcción para llevar a cabo el juicio. Para la empresa, detener la construcción significa incumplir un plazo, lo que implica un costo. El juicio le cuesta a la empresa $20,000 en honorarios legales y $80,000 adicionales por incumplir un plazo. Al vecino, el juicio le cuesta $2,000. Llegar a un acuerdo cuesta a cada parte $1,000.
(a) Supón que las partes cooperan y llegan a un acuerdo. ¿Cuál es el excedente de la cooperación?
(b) ¿Cuál es el acuerdo razonable?

(c) Según el juez Posner, las partes pueden verse "obligadas por el miedo a quebrar a llegar a un acuerdo incluso si no tienen ninguna responsabilidad legal"[759]. A estos se les llama "acuerdos por chantaje"[760]. ¿El acuerdo razonable en este problema constituye un acuerdo por chantaje?
(d) Supón que el tribunal, al concluir que la demanda del vecino carece de mérito, ordenara al vecino pagar los honorarios legales de la empresa (es decir, aplicara la regla europea). ¿Esto evitaría un acuerdo por chantaje?
(e) Supón que la empresa puede pedir al tribunal que se niegue a hacer cumplir cualquier acuerdo. Si los acuerdos no fueran ejecutables de la manera recién descrita, ¿el vecino presentaría su demanda?[761]

Levantamiento de evidencia

Las partes de un caso suelen compartir información entre sí. En nuestro ejemplo sobre James y la policía, James podría compartir sus facturas médicas, y la policía podría compartir evidencia de que James estaba intoxicado en el momento de su arresto. A veces, las partes comparten información voluntariamente, pero otras veces la ley las obliga a hacerlo. El *proceso de levantamiento de evidencia* permite a las partes exigirse información recíprocamente, incluida información que cada parte preferiría mantener en privado. Quizás el oficial que lesionó a James llevaba una cámara corporal. El proceso de levantamiento de evidencia puede ayudar a James a acceder al video.

Nuestro análisis sobre los acuerdos extrajudiciales puede ayudar a comprender esta institución. Si se les deja actuar por su cuenta, las partes retendrán información que fortalecería el caso de la otra parte. Para ilustrarlo, recuerda que James tiene un 50 por ciento de probabilidad de ganar $7,000 (los otros $3,000 irían a su abogado) y un 50 por ciento de probabilidad de no obtener nada. Independientemente del resultado, el juicio le cuesta $1,000, por lo que su valor esperado del juicio debería ser de $2,500. Sin embargo, supón que James es pesimista. Cree que solo tiene un 20 por ciento de probabilidad de ganar y un 80 por ciento de probabilidad de perder.

[759] Matter of Rhone-Poulenc Rorer, Inc., 51 F.3d 1293, 1299 (7th Cir. 1995).

[760] *Véase*, por ejemplo, Henry J. Friendly, Federal Jurisdiction: A General View 120 (1973).

[761] *Véase* David Rosenberg & Steven Shavell, *A Solution to the Problem of Nuisance Suits: The Option to Have the Court Bar Settlement*, 26 Int'l Rev. L. Econ. 42 (2006).

En consecuencia, cree que su valor esperado del juicio es de solo $400. Si James sigue siendo pesimista, la policía puede llegar a un acuerdo con él por, digamos, $500. Si James accede al video de la cámara corporal, y suponiendo que muestra una conducta policial indebida, el video corrige su pesimismo. Con creencias corregidas, James espera que el juicio le genere $2,500. Ahora la policía tendrá que pagar mucho más de $500 para llegar a un acuerdo. Así, la policía no comparte voluntariamente el video. *El proceso de levantamiento de evidencia obliga a las partes a compartir información que corrige el pesimismo de la otra parte.*

A continuación, desarrollamos el punto contrario. Las partes tienden a compartir información que debilitaría el caso de la contraparte. La policía cree que tiene un 50 por ciento de probabilidad de ganar el caso. Pero es demasiado optimista. Un pasajero en el auto de James filmó el incidente con su teléfono, y el video muestra claramente una conducta policial indebida. En realidad, la policía tiene un 0 por ciento de probabilidad de ganar el caso. En lugar de ocultar el video, James tiene un incentivo para compartirlo. Cuando la policía se da cuenta de que su caso es débil, llegará a un acuerdo por una cantidad mayor. *Las partes comparten voluntariamente información que corrige el optimismo de la otra parte.*

En resumen, recibir malas noticias para tu caso suele ser gratis, es decir, la otra parte las compartirá voluntariamente. Recibir buenas noticias para tu caso suele ser costoso. Para obtener buenas noticias, a menudo es necesario recurrir al proceso de levantamiento de evidencia.

¿El proceso de levantamiento de evidencia aumenta la litigiosidad? Al revelar información favorable, éste hace que las partes tengan más confianza en sus casos. El valor esperado del juicio aumenta, y las partes exigen más para llegar a un acuerdo. Cuando las partes exigen más para llegar a un acuerdo, la probabilidad de que este se logre disminuye. (Para ilustrarlo, es más fácil llegar a un acuerdo cuando James espera obtener $400 del juicio que cuando espera obtener $2,500 del juicio). Sin embargo, el proceso de levantamiento de evidencia podría tener otro efecto. Sin este proceso, las partes podrían mentir, como cuando la policía niega tener un video de una cámara corporal. Con un proceso de levantamiento de evidencia, mentir se vuelve más difícil. James puede acceder al video y descubrir si la policía está mintiendo. Cuando aumentan los costos de mentir, es más probable que las partes digan la verdad. Cuando las partes dicen la verdad, la negociación entre ellas se vuelve más sencilla. Así, el proceso de levantamiento de evidencia tiene efectos opuestos. El proceso de levantamiento de evidencia aumenta la litigiosidad al corregir el pesimismo de las partes, pero fomenta los acuerdos al reducir los costos de transacción de la negociación.

Por supuesto, el proceso de levantamiento de evidencia también puede fomentar los acuerdos a través de otro mecanismo. A veces, cumplir con una orden que deriva de un proceso de levantamiento de evidencia es costoso, tan costoso que el demandado prefiere llegar a un acuerdo en lugar de litigar.

1.4. Externalidades de la litigación

Kelly se resbala en el supermercado y se fractura la muñeca. En el entuerto judicial que surge, tanto Kelly como la tienda tienen un interés en juego. ¿Alguien más tiene un interés en juego? El caso parece simple, por lo que podrías pensar que la respuesta es que no. Con todo, la respuesta podría ser que sí. La resolución del caso podría llevar a que la tienda mantenga el piso seco, reduciendo el riesgo para todos los compradores, no solo para Kelly. Surge una *externalidad del litigio* cuando un caso tiene efectos más allá de las partes involucradas. Las externalidades de la litigación son comunes en casos entre actores privados, como Kelly y el supermercado. Sin embargo, son especialmente frecuentes en el derecho público, donde a menudo el estado es parte en el caso. Como es habitual, las externalidades generan ineficiencia.

Para comprender el alcance de las externalidades de los litigios, consideremos las diferentes etapas de la adjudicación. Los tribunales (especialmente los tribunales de primera instancia) *establecen hechos:* ¿Quién hizo qué, a quién, cuándo y por qué? Estos hallazgos pueden afectar a personas ajenas al caso. Para ilustrarlo, supón que un paciente demanda al *Department of Veterans Affairs* por mal praxis médica, y el tribunal determina que un médico gubernamental actuó con negligencia. Este hallazgo podría hacer que otras personas con reclamaciones similares se sientan más seguras sobre sus casos, alentándolas a presentar demandas contra la repartición estatal en cuestión.

Los tribunales también ordenan *remedios*. Recuerda el ejemplo de James demandando al oficial de policía por un agravio constitucional. Si James gana, el tribunal podría otorgarle una compensación económica (digamos, $10,000). Solo James recibe el dinero. Pero si la indemnización tiene un efecto disuasorio sobre la conducta policial indebida en el futuro, entonces todos en la jurisdicción se benefician. Además de la indemnización, los tribunales a veces emiten órdenes judiciales. El presidente Trump prohibió la entrada a los Estados Unidos a personas de algunos países de mayoría musulmana (su orden fue llamada el "veto migratorio"). Un juez emitió una orden judicial a nivel nacional para detener la aplicación del veto migratorio[762]. La orden judicial benefició tanto a las

[762] Hawai'i v. Trump, 245 F. Supp. 3d 1227 (D. Haw. 2017). La orden judicial fue revocada por la Corte Suprema. *Véase* Trump v. Hawaii, 138 S. Ct. 2392 (2018).

partes involucradas en el caso particular que llevó al fallo, como a todas las demás personas afectadas negativamente por la orden.

Por último, los tribunales proporcionan una *justificación* para sus decisiones. La justificación explica la lógica detrás de la parte dispositiva, de la resolución del caso (quién ganó y por qué). En los tribunales de apelación, la justificación se convierte en la regla o precedente que los tribunales aplicarán en el futuro. El precedente afecta a todos los sujetos a la jurisdicción del tribunal, no solo a las partes del caso. En *Bostock v. Clayton County,* la Corte Suprema sostuvo que el Civil Rights Act prohíbe la discriminación laboral por orientación sexual o identidad de género[763]. Esa decisión benefició a Gerald Bostock, quien fue despedido por ser gay. Pero también benefició a todas las demás personas homosexuales y transgénero en los Estados Unidos.

Nos hemos concentrado en externalidades positivas de la litigación. Ahora consideremos algunas externalidades negativas, comenzando con la primera etapa de un caso. Cuando una parte presenta una demanda, generalmente paga una tarifa al tribunal. Normalmente, esta tarifa es mucho menor que los costos del tribunal. En Virginia, un inquilino que demanda a su arrendador podría pagar solo $54. El costo para el sistema judicial de procesar la demanda del inquilino seguramente excede los $54. El demandante externaliza costos a los contribuyentes, quienes compensan la diferencia a través del presupuesto estatal. Ahora consideremos la justificación en los casos. El precedente establecido en *Bostock* perjudicó a algunos empleadores ajenos al caso que querían discriminar por orientación sexual. Según el presidente Trump, la orden judicial contra su veto migratorio afectó la seguridad de todos los estadounidenses.

Las externalidades afectan la litigación. En general, los casos con *externalidades positivas se litigan con menos frecuencia de la que deberían*. Para ilustrarlo, asume que la lesión de James fue causada por conducta policial abusiva, por ejemplo, el uso injustificado de una llave de estrangulamiento. Supón que si James litiga el caso hasta obtener un fallo, (1) James recibirá indemnización de perjuicios (es decir, dinero), (2) James obtendrá el beneficio de una orden judicial que prohíba el uso injustificado de la llave de estrangulamiento, y (3) otros residentes de la jurisdicción también se beneficiarán de esa orden[764]. Para hacer esto más concreto, asignemos valores numéricos (asignamos números para simplificar el análisis, no para equiparar la conducta policial abusiva a cierta cantidad de dólares y centavos). Los perjuicios tienen un valor de $10,000 para James; la orden judicial tiene un valor de

[763] Bostock v. Clayton County, Georgia, 140 S. Ct. 1731 (2020).

[764] En la práctica, es probable que un tribunal no mandatara la orden judicial. *Véase City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95 (1983).

$5,000 para James; y la orden judicial tiene un valor de $100,000 para todos los demás. Expresado en términos monetarios, el caso de James vale $115,000. Sin embargo, James solo internaliza $15,000 en valor. Si sus costos de litigio superan los $15,000, entonces no demandará, aunque los beneficios totales para la sociedad superen los costos.

Si las externalidades positivas reducen la cantidad de litigios que hay, las externalidades negativas deben aumentarla. En general, *los casos con externalidades negativas se litigan con más frecuencia de la que deberían.* El *Federal Clean Power Plan* tenía como objetivo reducir las emisiones de las plantas de energía a base de carbón. Algunas compañías energéticas demandaron para bloquear el plan[765]. A modo de ejemplo, supón que las compañías tenían un 50 por ciento de probabilidad de ganar (lo que implicaría un beneficio de $1,000 millones para ellas, pero un costo de –$10,000 millones para la sociedad) y un 50 por ciento de probabilidad de perder (con un resultado de $0 para todos). El litigio costaría a las compañías $100 millones. Para las compañías, el beneficio esperado excede el costo del litigio, por lo que demandan. Si las compañías internalizaran todos los costos para la sociedad, no demandarían.

El derecho público y las instituciones privadas buscan mitigar las externalidades de los litigios. Desplazar la carga de pagar los honorarios de una persona a otra fomenta el entablamiento de litigios al reducir los costos esperados de los litigantes. Organizaciones sin fines de lucro como la *American Civil Liberties Union* y el *Institute for Justice* representan clientes sin cobrar honorarios. Los abogados privados ofrecen su tiempo voluntariamente (esto se llama servicio pro bono). Estos mecanismos permiten a los clientes externalizar costos. *Externalizar costos fomenta la litigiosidad, al compensar por los beneficios externos que la desincentivan.* El estado interviene en algunos casos de interés público. Por ejemplo, la *Equal Employment Opportunity Commission* litiga en nombre de algunas personas, y el *Department of Justice* participa cuando alguien impugna la constitucionalidad de una ley federal. Se supone que el estado representa a todos los ciudadanos. En teoría, *el estado internaliza más costos y beneficios de los litigios que las partes privadas*. En el caso sobre el Clean Power Plan, ciudades, empresas, grupos ambientalistas, asociaciones de consumidores, miembros del Congreso y otros presentaron escritos *amicus curiae* ante el tribunal. Estos escritos de "amigos del tribunal" permiten que actores ajenos al caso proporcionen hechos y análisis legales a los jueces. Con estos informes, menos costos y beneficios quedan externalizados.

[765] *Véase* West Virginia v. Env't Prot. Agency, No. 15-1363 (D.C. Cir. 23 de octubre de 2015). El caso fue desestimado.

Las *demandas colectivas* también mitigan externalidades. En una demanda colectiva, muchas personas con reclamaciones similares se unen en un mismo caso. Más litigantes internalizan más beneficios. Recuerda el ejemplo de James demandando a la policía. Los daños tienen un valor de $10,000 para James; la orden judicial tiene un valor de $5,000 para James; y la orden judicial tiene un valor de $100,000 para todos los demás. Si James actúa solo, internaliza solo $15,000 en beneficios, por lo que podría no demandar. Si James se une a otros en una demanda colectiva, juntos internalizan mucho más que $15,000. La demanda colectiva podría presentarse cuando una demanda individual no se presentaría[766].

Muchos mecanismos buscan contrarrestar los efectos que tienen las externalidades en los litigios. Sin embargo, los mecanismos son imperfectos. Además, los litigantes no siempre realizan análisis de costo-beneficio al tomar decisiones. Inevitablemente, algunas personas litigan cuando los economistas piensan que no deberían hacerlo, y algunas personas no litigan cuando los economistas creen que deberían hacerlo[767].

Preguntas

1.4.1. Explica por qué los precedentes son bienes públicos[768].
1.4.2. Utiliza el concepto de externalidades de la litigación para defender la siguiente afirmación: "El sistema judicial debería cobrar tarifas más bajas por apelaciones que por juicios".
1.4.3. Los tribunales tienen una capacidad limitada. Si presento una demanda hoy, hago que se atrase tu demanda de mañana. Los programas de acceso a la justicia buscan mejorar el acceso de las personas pobres a los tribunales. ¿Estos programas realmente ayudan a los pobres? ¿O provocan una "tragedia del poder judicial"?[769]

[766] Las demandas colectivas pueden mitigar las externalidades de otras maneras. Por ejemplo, supongamos que un fabricante de asbesto es responsable de causar cáncer. El fabricante tiene recursos limitados para pagar daños. Sin una demanda colectiva, el primer demandante puede imponer una externalidad negativa a otros al cobrar todo el dinero del fabricante y dejar a otros demandantes sin nada. Con una demanda colectiva, los intereses de todos los demandantes se consideran simultáneamente. *Véase Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999).

[767] *Véase* generalmente Steven Shavell, *The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System*, 62 J. Legal Stud. 575 (1997).

[768] *Véase* William M. Landes & Richard A. Posner, *Adjudication as a Private Good*, 8 J. Legal Stud. 235 (1979).

[769] *Véase* Ivo Teixeira Gico, Jr., *The Tragedy of the Judiciary: An Inquiry into the Economic Nature of Law and Courts*, 21 German L.J. 644 (2020).

1.4.4. A principios de la década de 2000, las compañías discográficas demandaron a personas por descargar música ilegalmente. Las compañías ofrecieron acuerdos extrajudiciales a cada demandado por $3,000. Los altos costos de litigación hicieron que algunos demandados firmaran ese acuerdo a pesar de tener argumentos defensivos válidos. ¿Qué valor externalizaron esos demandados? ¿Ayudaría una "defensa colectiva" (class action defense)?[770]

Jugando por la Regla

Algunas personas acuden al derecho con poca frecuencia. Estos "litigantes ocasionales" se preocupan por sus casos individuales. Otras personas acuden al derecho con frecuencia. Los "jugadores recurrentes" se preocupan por el conjunto de casos. Para tener éxito en el conjunto de casos, los jugadores recurrentes quieren que el derecho esté de su lado. Para lograrlo, no "juegan" para ganar cada caso, sino para establecer la regla.

Imagina a un inquilino llamado Liam y a su arrendadora, Mia. Liam alquilará un apartamento por un corto período de su vida antes de comprar una vivienda. Mia posee muchos apartamentos y los arrienda para ganarse la vida. Liam espera tener pocas interacciones con el derecho de arrendamiento, mientras que Mia espera tener muchas. En consecuencia, Mia se preocupa más por el derecho de arrendamiento. Ahora imagina dos tipos de casos entre Liam y Mia: casos favorables al inquilino, es decir, casos que Liam probablemente ganará, y casos favorables al arrendador. Mia ofrece llegar a un acuerdo en los casos favorables al inquilino porque no quiere que un tribunal establezca un precedente favorable a los inquilinos. Por el contrario, Mia litiga los casos favorables al arrendador porque quiere que un tribunal establezca un precedente favorable a los arrendadores. Un precedente favorable beneficiará a Mia en muchos contratos de arrendamiento a lo largo de los años, lo que justifica el costo del litigio. Con el tiempo, el derecho tiende a favorecer a arrendadores como Mia, que juegan para establecer la regla.

Este ejemplo involucra el derecho privado, pero el mismo fenómeno opera en todo el derecho público. Los fiscales son jugadores recurrentes, mientras que la mayoría de los acusados en los procesos penales no lo son. El *Department of Homeland Security* es un jugador recurrente en el

[770] *Véase* Assaf Hamdani & Alon Klement, *The Class Defense*, 93 Cal. L. Rev. 685 (2005). El argumento en términos puramente teóricos para que exista una "defensa colectiva" parece sólido, pero no conocemos en la práctica de ninguna instancia en que se haya desarrollado dicha defensa colectiva.

derecho de inmigración, mientras que la mayoría de los inmigrantes son litigantes ocasionales. El *Internal Revenue Service* (IRS) y la Social Security Administration son jugadores recurrentes, mientras que la mayoría de los contribuyentes y beneficiarios de la seguridad social no lo son (muchas personas pagan impuestos y reciben beneficios, pero pocas litigan casos tributarios o de seguridad social cada año). Con el tiempo, el derecho tiende a favorecer a los fiscales sobre los acusados, a las autoridades de inmigración sobre los inmigrantes y al IRS sobre los contribuyentes, o al menos eso es lo que predeciblemente ocurrirá.

Nuestro análisis de las externalidades une estos ejemplos. Establecer un precedente generalmente requiere una sentencia de un tribunal de apelaciones (las decisiones de los tribunales de primera instancia no establecen precedentes). Los jugadores recurrentes internalizan el valor de un precedente favorable, por lo que tienen un incentivo para litigar en busca de una sentencia de apelación. Los litigantes ocasionales externalizan la mayor parte del valor de un precedente favorable. En nuestro ejemplo, Liam pronto se convertirá en propietario, por lo que no le importa el derecho de arrendamiento. Los litigantes ocasionales tienen un incentivo más débil para litigar en búsqueda de una sentencia favorable en un tribunal de apelación. En su lugar, llegan a acuerdos extrajudiciales, abandonando sus casos a cambio de dinero.

1.5. El juicio

"Los únicos abogados reales son los abogados litigantes"[771]. Si las partes superan las externalidades y presentan una demanda, y si el intento de llegar a un acuerdo extrajudicial fracasa, el caso procede a juicio. Los abogados hacen alegatos de apertura y cierre, presentan pruebas, interrogan testigos y persuaden al jurado. El juicio culmina en un veredicto, como "el acusado es culpable". Para llegar a un veredicto, el tribunal establece hallazgos de hecho y conclusiones de derecho[772]. ¿Conducía el acusado a alta velocidad? ¿Despidió al empleado? ¿Extrajo minerales sin un permiso? ¿Derribó la estatua? Estas son preguntas de hecho. ¿Bloquear el puente constituyó fraude electrónico federal? ¿Estrangular a James violó la Cuarta Enmienda? Estas son preguntas de derecho. Más adelante nos centraremos en el derecho, pero aquí nos limitamos a los hechos.

[771] Esta cita se atribuye a menudo al famoso abogado de juicios Clarence Darrow.

[772] Podrían describirse mejor como "preguntas mixtas de hecho y derecho"

Para establecer qué ocurrió, es decir, para establecer los hechos, los tribunales se enfrentan a los argumentos que se presentan sobre qué ocurrió. En sistemas adversariales como el de los Estados Unidos, los abogados de las partes desarrollan y presentan la evidencia. El juez actúa como árbitro y (si corresponde) el jurado observa pasivamente. En sistemas inquisitivos, como el de Francia, el juez toma la iniciativa en la recopilación de pruebas. ¿Qué sistema es mejor? El sistema adversarial fomenta la competencia entre abogados cuyo prestigio y honorarios dependen de su éxito en los tribunales. Cada parte tiene un incentivo para presentar la evidencia que favorece más a su cliente. Sin presión competitiva, los jueces inquisitivos podrían trabajar menos diligentemente que los abogados en un sistema adversarial. Sin embargo, los jueces pueden buscar la verdad de manera desinteresada, mientras que muchos abogados solo buscan ganar el caso. En términos generales, el sistema adversarial tiende a generar más evidencia, la que es producida por abogados parciales o sesgados, mientras que el sistema inquisitivo tiende a generar menos evidencia, pero presentada por jueces imparciales[773].

Las reglas probatorias determinan qué pueden ver el juez y el jurado. En los Estados Unidos, las reglas probatorias federales admiten las pruebas "relevantes" y prohíben las pruebas "irrelevantes"[774]. Incluso la evidencia relevante puede ser excluida "si su valor probatorio es sustancialmente superado" por otros factores como el "riesgo de... prejuicio injusto, confusión de los temas" o "demora indebida"[775]. Los jueces toman decisiones sobre muchos aspectos: el alcance de las reglas de levantamiento de evidencia, la cantidad de testigos, la duración del juicio, entre otros factores. Todas estas decisiones afectan la producción de pruebas.

Los académicos han aplicado el análisis económico a muchas etapas del proceso de determinación de los hechos[776]. En lugar de analizar cada estudio que dichos académicos han producido, podemos generalizar a partir de aquellos. El derecho probatorio busca equilibrar el beneficio de tener hechos con el costo de obtenerlos. Los costos son evidentes: producir y leer documentos, preparar testigos, presentar pruebas, obtener testimonios de expertos como científicos—todas estas acciones requieren tiempo y esfuerzo. El beneficio radica en una mayor precisión en la adjudicación. La precisión promueve la justicia y otros valores, como la disuasión (las personas violan la ley con menos frecuencia cuando esperan ser correctamente identificadas y castigadas).

[773] Para una discusión sobre este *trade-off, Véase* Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 Stan. L. Rev. 1477 (1999).

[774] *Fed. R. EvId.* 402

[775] *Fed. R. EvId.* 403

[776] Para una revisión, Véase Chris William Sanchirico, *Law and Economics of Evidence, en 3 The Oxford Handbook of Law and Economics* (Francesco Parisi ed., 2017)

Diremos más sobre la precisión en la adjudicación más adelante. Aquí nos concentraremos en la mecánica de la determinación de hechos. ¿Cómo surge la verdad a partir de la presentación de pruebas? Los economistas suelen modelar el proceso utilizando el *Teorema de Bayes*[777]. El teorema muestra cómo una persona racional que busca la verdad actualiza sus creencias cuando recibe evidencia nueva. Ilustraremos el teorema con otra versión del caso en que James demanda a la policía.

James afirma que un oficial lo golpeó sin justificación durante una detención de tráfico. El oficial alega que James ya estaba herido en el momento de la detención, posiblemente por una pelea ocurrida ese mismo día. Al inicio del caso, el juez confía en la policía. Traducido en términos probabilísticos, el juez cree que solo hay un 5 por ciento de probabilidad de que el oficial haya golpeado a James (equivalentemente, el juez cree que hay un 95 por ciento de probabilidad de que alguien que no sea el oficial haya golpeado a James). Esta es la creencia previa o a priori del juez. Ahora James presenta pruebas—específicamente, muestra fotografías de sus heridas. Las fotos muestran un moretón con la forma inusual de un anillo. El oficial al que James ha acusado usa un anillo con esa forma. Solo el 4 por ciento de la población usa ese tipo de anillo.

Dado el moretón, ¿cuál es la probabilidad de que el oficial haya golpeado a James? El Teorema de Bayes proporciona una fórmula:

$$P(C|B) \qquad \frac{P(B|C) * P(C)}{P\,(B|C) * P\,(C) + P\,(B|\text{no } C) * P\,(\text{no } C)}$$

P(B|C) se refiere a la probabilidad de tener el moretón (B) dado que el oficial acusado golpeó a James (C se refiere a policía). Es decir, si este oficial golpeó a James, ¿cuáles son las probabilidades de que desarrolle un moretón con esa forma inusual? La respuesta es 100 por ciento. "P(C)": creencia previa del juez sobre que el oficial golpeó a James (5 por ciento). P(B| no C) es probabilidad de tener el moretón si el agresor no fue el oficial (4 por ciento). P(no C) es la creencia previa del juez de que el agresor no fue el oficial (95 por ciento). Sustituyendo los valores en la ecuación:

$$P(C|B) = \frac{1 * 0.05}{1 * 0.05 + 0.04 * 0.95}$$

[777] *Véase* Thomas Bayes, *An Essay towards Solving a Problem in the Doctrine of Chances,* 53 Philosophical Transactions of the Royal Society of London 370 (1763). Para otros enfoques de la determinación de hechos, *Véase* Chris William Sanchirico, *Law and Economics of Evidence, en* 3 The Oxford Handbook of Law and Economics (Francesco Parisi ed., 2017); Sean Sullivan, *A Likelihood Story: The Theory of Legal Fact-Finding*, 90 U. Colo. L. Rev. 1 (2019).

"P(C | B)" es la probabilidad de que James haya sido golpeado por el oficial dado que tiene un moretón inusual. Esta probabilidad es aproximadamente del 57 por ciento. Esta es la creencia posterior o *a posteriori* del juez.

Al inicio, el juez pensaba que había un 5 por ciento de probabilidad de que el oficial hubiera golpeado a James. Después de observar la evidencia, el juez ahora cree que hay un 57 por ciento de probabilidad de que el oficial haya lesionado a James. El juez ha realizado una a*ctualización bayesiana*. Las personas racionales utilizan la actualización bayesiana para evaluar la evidencia. En nuestro ejemplo, solo imaginamos una pieza de evidencia, pero las partes podrían presentar muchas más pruebas, y el juez actualizaría sus creencias después de cada una.

Mucho depende de la creencia previa que tiene la persona a cargo de determinar los hechos. En nuestro ejemplo, el juez tenía una creencia previa del 5 por ciento (había un 5 por ciento de probabilidad de que el oficial golpeara a James). Esto resultó en una probabilidad *a posteriori* del 57 por ciento. ¿Qué pasaría si el juez tuviera una creencia previa del 30 por ciento? Después de ver la evidencia y actualizar su creencia, la probabilidad *a posteriori* del juez sería del 91 por ciento (hay un 91 por ciento de probabilidad de que el oficial haya golpeado a James). Si el juez tuviera una creencia previa de solo el 1 por ciento y viera la evidencia, su creencia a posteriori sería del 20 por ciento. El Teorema de Bayes muestra cómo actualizar una creencia previa, pero no especifica cuál es la creencia previa correcta. Diferentes personas tienen diferentes creencias. En consecuencia, diferentes encargados de determinar los hechos pueden usar el Teorema de Bayes y llegar a conclusiones distintas.

En la práctica, ¿las personas razonan usando el Teorema de Bayes? A menudo la respuesta es que no. Calcular probabilidades puede ser difícil. Los psicólogos han demostrado que las personas tratan eventos de baja probabilidad como si tuvieran probabilidad cero[778]. Tratamos eventos llamativos, como terremotos y accidentes de avión, como si tuvieran una alta probabilidad de ocurrir cuando en realidad son poco probables. También tratamos probabilidades idénticas de manera diferente. Por ejemplo, una cirugía podría atraer a más pacientes cuando se anuncia con una "tasa de mortalidad del 10 por ciento" en lugar de una "tasa de supervivencia del 90 por ciento". El Teorema de Bayes muestra cómo las personas deberían actualizar sus creencias, pero a menudo no predice cómo *realmente* lo hacen.

[778] Esta observación y otras que están en este párrafo provienen del trabajo de los psicólogos Daniel Kahneman y Amos Tversky, quienes estudiaron heurísticas de toma de decisiones y sesgos. Para una discusión accesible, *Véase* Daniel Kahneman, Thinking, Fast and Slow (2011). Investigaciones recientes intentan reconciliar algunos de los hallazgos de la psicología y la lógica de la actualización bayesiana. *Véase* Nick Chater et al., *Probabilistic Biases Meet the Bayesian Brain,* 29 Current Directions Psych. Sci. 506 (2020).

Supongamos que los encargados de determinar los hechos pudieran calcular probabilidades correctamente. Aun así, podrían llegar a conclusiones erróneas en materia de derecho[779]. Supongamos que James afirma que el oficial lo lesionó dos veces, una durante la detención de tráfico y otra en la estación de policía. Los dos eventos son independientes, lo que significa que el hecho de que James haya sido lesionado durante la detención no afecta la probabilidad de que haya sido lesionado en la estación, y viceversa. Después de ver la evidencia y actualizar su creencia, el juez concluye que hay solo un 40 por ciento de probabilidad de que el oficial haya lesionado a James durante la detención y solo un 40 por ciento de probabilidad de que lo haya lesionado en la estación. James no ha logrado probar ninguna de sus afirmaciones por "preponderancia de la evidencia". (La preponderancia de la evidencia suele interpretarse como "más del 50 por ciento de probabilidad". Discutiremos este estándar y otras cargas de la prueba en un capítulo posterior). James perderá el caso.

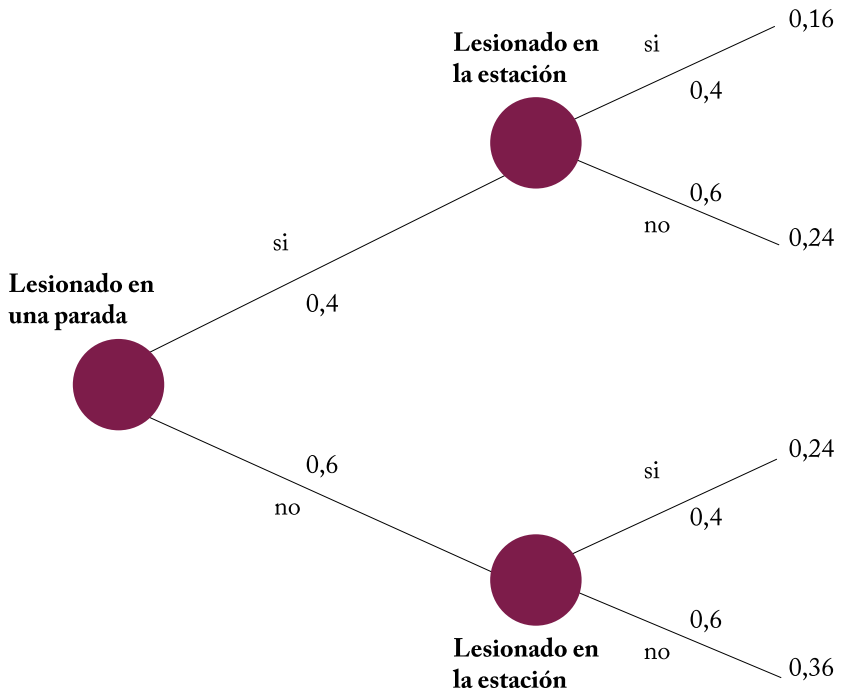
Esto podría parecer correcto en términos legales, pero resulta desconcertante desde el punto de vista estadístico. La Figura 10.3 ilustra la situación. La rama superior muestra un 40 por ciento de probabilidad de una lesión durante la detención y un 40 por ciento de probabilidad de una lesión en la estación. Según la regla de la conjunción, la probabilidad de que ambos eventos independientes ocurran es igual al producto de sus probabilidades individuales. Por lo tanto, la probabilidad de que James haya sido lesionado en ambos lugares es 0.4 × 0.4 = 16 por ciento.

La segunda rama (partiendo de la parte superior) muestra la probabilidad de que James haya sido lesionado durante la detención, pero no en la estación: 24 por ciento. Y así sucesivamente.

Tal como muestra la última rama, la probabilidad de que el oficial nunca haya lesionado a James es solo del 36 por ciento. La probabilidad de que el oficial haya lesionado a James en la detención, en la estación o en ambos lugares es la suma de las demás ramas: 64 por ciento. Un juez que actualice su creencia usando Bayes podría concluir que James ha probado mediante evidencia preponderante que el oficial lo lesionó en algún momento. Sin embargo, esto probablemente no sería suficiente. Para ganar el caso, James debe probar que una de sus afirmaciones *específicas* tiene más del 50 por ciento de probabilidad de ser verdadera. La evidencia no respalda esto.

[779] Lo siguiente se basa en Ronald J. Allen, *A Reconceptualization of Civil Trials*, 66 B.U. L. Rev. 401 (1986).

Figura 44. La Regla de Conjunción



En resumen, los juicios a menudo se centran en la determinación de los hechos. Los jueces establecen los hechos a través de la presentación de pruebas. Las reglas estructuran la presentación de pruebas. Muchas de estas reglas equilibran el beneficio de conocer estos hechos con el costo de obtenerlos. Los economistas suelen usar el Teorema de Bayes para modelar la forma en que la evidencia se traduce en creencias sobre los hechos. El teorema muestra a quien busca la verdad cómo actualizar con precisión sus creencias. En la práctica, las personas cometen errores al actualizar sus creencias. Incluso cuando las personas actualizan correctamente, el Teorema de Bayes puede llevar a conclusiones sobre los hechos que entran en conflicto con conclusiones jurídicas apropiadas.

Preguntas

1.5.1. James demanda al oficial de policía por un agravio inconstitucional. La creencia previa del juez es que hay un 2 por ciento de probabilidad de que el oficial haya golpeado a James. Luego, James presenta evidencia de que su moretón coincide con el anillo del oficial. En la población general, el 2 por ciento de las personas usa ese tipo de anillo. ¿Cuál es la creencia *a posteriori* del juez? ¿Ha probado James por preponderancia de la evidencia que el oficial lo golpeó?
1.5.2. 400 personas compran boletos para un concierto y ocupan sus asientos. Luego, otras 600 personas ingresan sin pagar y ocupan los asientos restantes, a pesar de no tener boletos.

El organizador del concierto toma una foto de una persona al azar, Nate, en la multitud. Luego, lo demanda por el valor del boleto del concierto. ¿Ha probado por preponderancia de la evidencia que Nate entró sin pagar?[780]

Los jurados y la sabiduría de las multitudes

Hemos discutido cómo se determinan los hechos por parte de los jueces. En la práctica, son los jurados quienes a menudo determinan los hechos. Veredictos como "el acusado es culpable" tienen un elemento fáctico: el jurado concluye que el acusado realizó ciertos actos. A veces, los jurados anuncian veredictos como "el acusado causó un daño de $45,000". Los juicios civiles suelen contar con jurados, y la Constitución de los EE.UU. otorga a las personas acusadas de un delito el derecho a un juicio con jurado. Thomas Jefferson consideraba el juicio por jurado "el único ancla jamás imaginada... por la cual un gobierno puede mantenerse fiel a los principios de su constitución".

Se supone que los jurados deben ser justos e imparciales. Son parte de la estructura de pesos y contrapesos del Estado e incorporan normas comunitarias en los procedimientos legales. Otorgan legitimidad al derecho. Más adelante volveremos a algunas de estas ideas. Aquí nos concentraremos en una justificación diferente para los jurados: la información. Los jurados pueden capturar la "sabiduría de la multitud".

Para ilustrarlo, imagina una alegación fáctica: "el oficial golpeó a James". Tres jurados utilizan la regla de mayoría para decidir si la alegación es verdadera. En realidad, la alegación es verdadera, pero los jurados no están completamente seguros. Cada jurado tiene un 60 por ciento de probabilidad de llegar a la conclusión correcta (el oficial golpeó a James) y un 40 por ciento de probabilidad de llegar a la conclusión equivocada (el oficial no golpeó a James). Si los tres jurados votan "verdadero", podemos representar el voto como *VVV*. Si el primer jurado vota "verdadero" y los otros dos votan "falso", podemos representarlo como *VFF*. Aquí están todas las posibles combinaciones de votos y sus probabilidades:

[780] Este es el paradoja del intruso. *Véase* David Kaye, *The Paradox of the Gatecrasher and Other Stories*, 1979 Ariz. St. L.J. 101 (1979). Las personas tienden a ignorar la "evidencia estadística desnuda" del tipo que es presentada en la pregunta cuando toman decisiones sobre responsabilidad. *Véase* Gary L. Wells, *Naked Statistical Evidence of Liability: Is Subjective Probability Enough?*, *62 J. Personality & Soc. Psych*. 739 (1992).

Voto	Probabilidad
VVV	0.6 * 0.6 * 0.6 = 0.216
VVF	0.6 * 0.6 * 0.4 = 0.144
VFV	0.6 * 0.4 * 0.6 = 0.144
VFF	0.6 * 0.4 * 0.4 = 0.096
FVV	0.4 * 0.6 * 0.6 = 0.144
FVF	0.4 * 0.6 * 0.4 = 0.096
FFV	0.4 * 0.4 * 0.6 = 0.096
FFF	0.4 * 0.4 * 0.4 = 0.064

Para que el jurado concluya que la alegación es verdadera, se requiere una mayoría de votos V. La probabilidad de que el grupo concluya que la alegación es verdadera es 0.216 + 0.144 + 0.144 + 0.144 = 0.648. El grupo tiene un 65 por ciento de probabilidad de tomar la decisión correcta, mientras que cualquier miembro individual tiene solo un 60 por ciento de probabilidad de hacerlo.

El *Teorema del Jurado de Condorcet* generaliza la lógica de este ejemplo. Cuando un grupo de personas (1) usa la regla de mayoría para (2) elegir entre dos alternativas fácticas, y los miembros del grupo (3) votan de manera independiente y sincera, y (4) tienen más probabilidades de estar en lo cierto que de equivocarse, la probabilidad de alcanzar la decisión correcta se acerca al 100 por ciento a medida que aumenta el tamaño del grupo.

Este teorema parece ofrecer un argumento sólido a favor de la determinación de hechos por jurados en lugar de jueces individuales. Sin embargo, el teorema hace suposiciones fuertes que no siempre se cumplen. Los jurados a menudo eligen entre más de dos alternativas, como cuando calculan daños. Los jurados deliberan y pueden influenciarse mutuamente, en cuyo caso no votan de manera independiente. A veces, los jurados tienen más probabilidades de estar equivocados que de acertar. Si cada uno de nuestros tres jurados tiene un 40 por ciento de probabilidad de tomar la decisión correcta y un 60 por ciento de probabilidad de equivocarse, entonces la probabilidad de que el grupo llegue a la decisión correcta es solo del 35 por ciento. El grupo tiene menos probabilidades de alcanzar el resultado correcto que cualquier miembro individual.

El Teorema del Jurado de Condorcet asume que aplica la regla de mayoría. En la práctica, los jurados a menudo operan bajo la regla de unanimidad. En Ramos v. Louisiana, la Corte Suprema sostuvo que la Constitución exige que los jurados utilicen la regla de unanimidad

en casos penales más serios o relevantes. Comparado con la regla de mayoría, la regla de unanimidad puede aumentar la probabilidad de que el grupo tome la decisión correcta. Sin embargo, la regla de unanimidad provoca que haya *holdout*. Un "jurado en desacuerdo" no puede llegar a un veredicto, lo que significa que el caso debe reiniciarse. Reiniciar un caso desperdicia recursos. La decisión de la Corte en Ramos promueve condenas más precisas a costa de un mayor número de litigios.

1.6. Apelación

La parte que pierde en un juicio generalmente tiene la opción de apelar ante un tribunal superior. A veces, el tribunal superior está obligado a tramitar la apelación. Otras veces, el tribunal tiene la opción de aceptarla o rechazarla. Para ilustrarlo, los tribunales federales de EE.UU. están organizados en una jerarquía con los tribunales de distrito (de primera instancia) en la base, los tribunales de circuito (también llamados tribunales de apelaciones) en el nivel intermedio y la Corte Suprema en la cima. Los tribunales de circuito deben conocer de las apelaciones que se presentan en contra de decisiones finales de los tribunales de distrito. En general, la Corte Suprema puede elegir si acepta apelaciones de los tribunales de circuito.

Los tribunales de apelación revisan algunas o todas las decisiones del tribunal de primera instancia. En lo que respecta a los hallazgos de hecho, los tribunales de apelación suelen deferir. En los Estados Unidos, los tribunales de apelación solo revocan hallazgos fácticos cuando encuentran un "error claro" cometido por el tribunal de primera instancia. En lo que respecta a las conclusiones de derecho, los tribunales de apelación generalmente no defieren. En los Estados Unidos, los tribunales de apelación no otorgan ningún peso a las conclusiones legales del tribunal de primera instancia (esto se conoce como *revisión de novo*). Habiendo analizado previamente la determinación de hechos, aquí nos enfocamos en las conclusiones de derecho.

Al revisar las conclusiones de derecho del tribunal de primera instancia, los tribunales de apelación realizan dos funciones: corregir errores y crear precedentes. Comenzamos con la corrección de errores. Los tribunales de primera instancia pueden cometer errores legales de al menos dos formas. Primero, pueden cometer un error en la justificación de la decisión, como cuando el juez interpreta mal una ley u omite un paso en el análisis jurídico. Segundo, los tribunales de primera instancia

pueden cometer un error en la disposición o decisión del caso, como cuando el demandante debería haber ganado, pero pierde. Para ilustrarlo, el *Administrative Procedure Act* autoriza a los tribunales federales a invalidar normas de agencias gubernamentales que sean "arbitrarias y caprichosas"[781]. Olvidar aplicar dicha prueba constituye un error en la justificación, mientras que aplicarlo, pero llegar a una conclusión incorrecta puede conducir a un error en la decisión[782].

Además de corregir errores, los tribunales de apelación suelen establecer nuevos precedentes. Crear precedentes clarifica el derecho y, en ocasiones, cambia la sociedad. En *Gideon v. Wainwright*, la Corte Suprema sostuvo que la Constitución otorga a los acusados en procesos penales el derecho a un abogado[783]. *Craig v. Boren* hizo más difícil que el gobierno discriminara por razones de género[784]. *Marbury v. Madison* estableció que los tribunales federales tienen el poder de revisión judicial, es decir, el poder de anular leyes que no sean compatibles con la Constitución[785].

Ya sea que corrijan errores o se establezcan precedentes, los tribunales de apelación suelen contar con margen de discreción. La "discreción" puede manifestarse de diferentes maneras. Aquí nos enfocamos en la *discreción legal*. Para explicarlo, considera un ejemplo famoso[786]. Supongamos que la ley dice: "No se permiten vehículos en el parque". Seguramente, la ley prohíbe la entrada de autobuses escolares al parque, y seguramente no prohíbe que los peatones caminen por él. Estos casos caen en el "núcleo" del significado de la ley. Los casos en el núcleo tienen respuestas claras y determinantes, lo que significa que los jueces tienen poca discreción. Ahora supón que una persona entra en el parque en bicicleta o en una silla de ruedas motorizada. O que la ciudad instala un *jeep* militar en funcionamiento dentro del parque para conmemorar a los héroes de guerra. ¿Estas actividades violan la ley? ¿Son las bicicletas, sillas de ruedas motorizadas o los *jeeps* conmemorativos "vehículos"? Estos casos caen en la "penumbra" de la ley. Respecto de los casos en la penumbra no

[781] *Véase* 5 U.S.C. § 706(2)(A).

[782] *Véase,* por ejemplo, Dep't of Homeland Sec. v. Regents of the Univ. of California, 140 S. Ct. 1891 (2020), donde la Corte Suprema sostuvo que la decisión de la agencia era arbitraria y caprichosa.

[783] 372 U.S. 335 (1963)

[784] 429 U.S. 190 (1976).

[785] 5 U.S. 137 (1803).

[786] La siguiente discusión se basa en el famoso debate entre Lon Fuller y H.L.A. Hart. Compara *H.L.A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 Harv. L. Rev. 593 (1958), *con* Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart*, 71 Harv. L. Rev. 630 (1958).

se tienen respuestas claras. Para resolverlos, los jueces deben ejercer su discreción. ¿Cómo deberían los jueces ejercer su discreción? Una opción es encontrar el propósito de la ley. Si la ley prohíbe vehículos en el parque para reducir la contaminación, entonces el *jeep* conmemorativo podría permanecer en el parque (como una estatua, no emitiría ruido ni humo). Si la ley busca aumentar las áreas verdes, entonces el *jeep* no debería entrar al parque. Por supuesto, encontrar el propósito de una ley puede ser difícil. Diremos más sobre este tema más adelante.

Además de buscar el propósito de la ley, otra opción es aplicar principios morales. ¿Sería injusto sancionar a una persona con discapacidad por usar una silla de ruedas en el parque? Si esto sería injusto, la ley no prohíbe todas las sillas de ruedas. Ronald Dworkin argumentó que cada caso tiene una respuesta moral correcta, aunque los jueces no siempre puedan discernirla[787]. Quizás Dworkin diría que el derecho siempre está "determinado" (hay una respuesta correcta), pero a veces es "inconcluso" (no podemos encontrarla).

Diremos más sobre cómo los jueces ejercen su discreción más adelante. Aquí reformulamos parte de la discusión en términos económicos. Las apelaciones generan costos al añadir una etapa al proceso de adjudicación. Las partes del caso generalmente no internalizan todos estos costos. Las apelaciones generan beneficios al corregir errores y establecer precedentes que clarifican el derecho. Las partes del caso internalizan los beneficios de la corrección de errores, pero generalmente externalizan los beneficios de la creación de precedentes. Un precedente claro puede ahorrar tiempo y esfuerzo a muchas personas (dentro y fuera del sistema judicial) al determinar el significado de la ley.

La Figura 45 visualiza la corrección de errores y la creación de precedentes[788]. Para explicar la figura, recuerda algunos hechos. La Corte Suprema revisa los estatutos para determinar si son compatibles con la Constitución. Para hacer esta determinación, la Corte suele examinar los intereses del gobierno (es decir, sus objetivos o *fines*) y la adecuación de la medida (cuan bien los medios del gobierno promueven sus fines). La naturaleza exacta del control judicial depende de las circunstancias. Las leyes basadas en raza están sujetas a un "escrutinio estricto". En *Fisher v. University of Texas,* el estado tuvo que demostrar que su política de acción afirmativa en las admisiones universitarias estaba "hecha a la medida" (los medios) para lograr un interés

[787] *Véase generalmente* Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously (1977).

[788] La figura se refiere al modelo de "espacio de casos". *Véase Jeffrey R. Lax, The New Judicial Politics of Legal Doctrine*, 14 Ann. Rev. Pol. Sci. 131 (2011); Lewis A. Kornhauser, *Modeling Courts, en Theoretical Foundations of Law and Economics* (Mark D. White ed., 2008).

gubernamental "apremiante" (el fin)[789]. En contraste, la mayoría de las regulaciones comerciales solo están sujetas a un control de racionalidad. Cuando Minnesota prohibió los envases de leche de plástico, pero no los de papel, la industria del plástico demandó alegando una violación de la Decimocuarta Enmienda. En *Minnesota v. Clover Leaf Creamery*, el estado demostró que su prohibición del plástico estaba "racionalmente relacionada" (los medios) con un "interés legítimo" del estado (el fin)[790].

El eje horizontal de la Figura 45 representa la fortaleza del interés estatal. El extremo izquierdo del eje corresponde a intereses estatales ilegítimos, como el maltrato intencionado de un grupo minoritario. A medida que nos movemos hacia la derecha, el interés estatal se fortalece. El eje vertical representa la adecuación de la medida. La parte inferior corresponde a una adecuación particularmente deficiente, como cuando un estado prohíbe los envases de leche de plástico para promover la seguridad vial o la investigación lunar. En este caso, los medios no promueven los fines, por lo que la adecuación es deficiente. La adecuación mejora—los medios promueven mejor los fines—a medida que nos movemos hacia arriba en el gráfico.

El punto A representa un caso como *Clover Leaf Creamery*. El estado tenía un interés legítimo (aunque no apremiante) en la conservación de recursos naturales. Prohibir los envases de plástico no reutilizables estaba racionalmente relacionado (aunque no estrechamente diseñado—¿por qué no prohibir todos los envases no reutilizables?) con ese interés. Por lo tanto, la Corte Suprema confirmó la validez de la ley. Al llegar a esta conclusión, la Corte corrigió un error del tribunal inferior, que había invalidado la ley[791]. Es posible que el tribunal inferior pensara que la ley correspondía a un punto como *B*, lo que no cumpliría con la revisión de base racional. O tal vez el tribunal inferior creyó que el control de racionalidad era más exigente y que la ley correspondía a un punto como *C*.

Aparte de usar la figura 45 para analizar la corrección de errores, se la puede usar para analizar precedentes. *Clover Leaf Creamery* estableció un precedente que se puede formular de manera abstracta: en casos situados en el punto *A*, la ley impugnada supera la revisión de racionalidad. De hecho, el precedente es más amplio que el punto *A*. Imaginemos una ley sobre envases y conservación situada a la derecha del punto *A*. En comparación con el estatuto de *Clover Leaf Creamery*, el nuevo estatuto emplea una adecuación igualmente buena para promover un interés

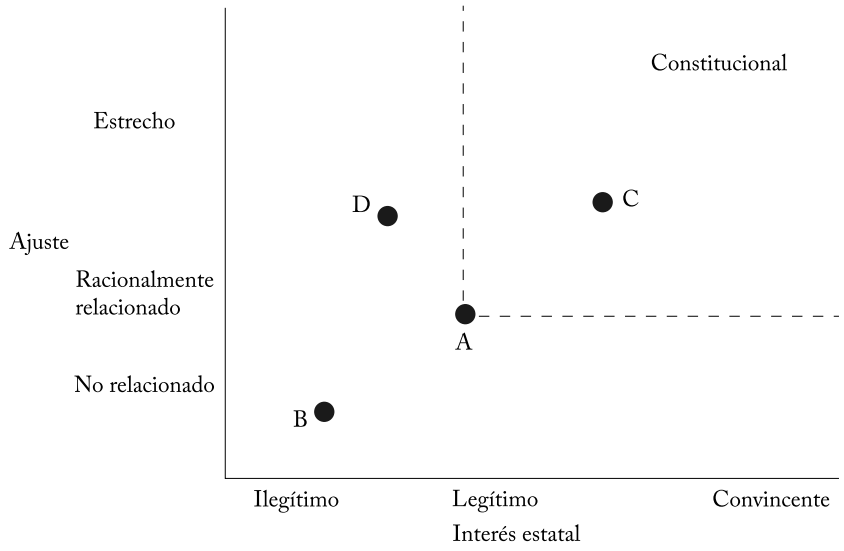
[789] 570 U.S. 297 (2013).

[790] 449 U.S. 456 (1981).

[791] En este caso, el "tribunal inferior" fue la Corte Suprema de Minnesota. *Véase* Clover Leaf Creamery Co. v. State, 304 N.W. 2d 915 (Minn. 1981).

gubernamental aún más fuerte. Alternativamente, se puede imaginar un estatuto situado por encima del punto *A*. En comparación con el estatuto de *Clover Leaf Creamery*, este estatuto utiliza una mejor adecuación para promover un interés gubernamental igualmente fuerte. Generalizando, todos los estatutos sobre envases y conservación en la zona marcada como "constitucional" superan la revisión de base racional bajo el precedente establecido en *Clover Leaf Creamery*.}

Figura 45. Gráfica de la Revisión Judicia

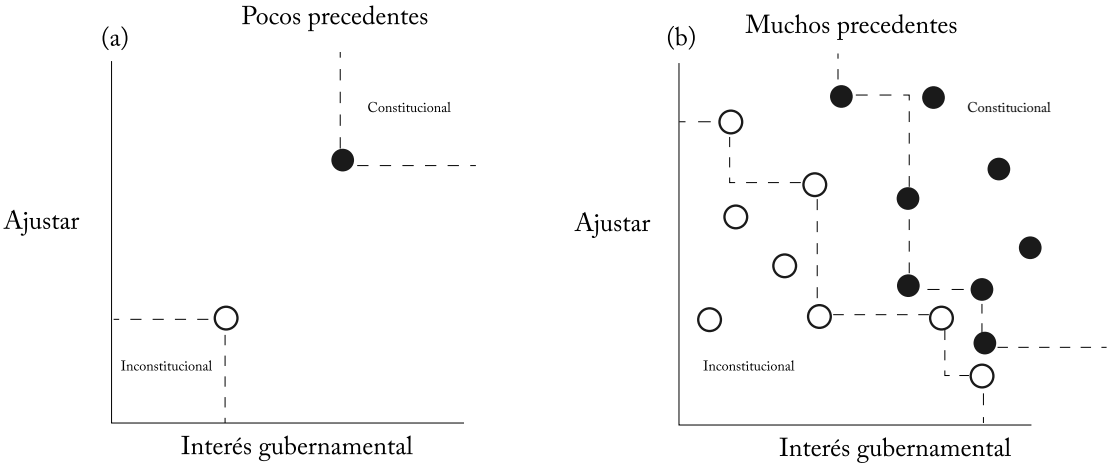


¿Qué sucede con un estatuto situado en el punto *D*? En comparación con la ley de *Clover Leaf Creamery*, esta ley tiene una mejor adecuación, pero un interés estatal más débil. Es posible que la Corte en *Clover Leaf Creamery* no haya mencionado este tipo de estatuto. O quizás lo haya mencionado solo en dicta, esto es a argumentos o conclusiones en una opinión judicial que no son esenciales para la resolución del caso. El dicta no obligan a los tribunales en el futuro. Por lo tanto, *Clover Leaf Creamery* no determina el resultado en el caso *D*. En lugar de seguir un precedente, un tribunal tendría que resolver el caso *D* revisando la ley desde cero.

La Figura 46 ilustra cómo la acumulación de precedentes clarifica la ley. Concéntrate en el panel izquierdo etiquetado como Figura 46a. El tribunal invalidó la ley en el caso con el punto vacío. Siguiendo el razonamiento anterior, ese precedente convierte en "inconstitucional" todos los estatutos en la región con esa etiqueta. El tribunal confirmó la ley en el caso con el punto sólido, por lo que todos los estatutos son "constitucionales" en la región con esa etiqueta. La constitucionalidad de los estatutos en el gran espacio no etiquetado sigue siendo incierta. La ley en esta área es incierta.

Ahora concéntrate en el panel derecho etiquetado como Figura 46b. Cada punto vacío representa un caso en el que el tribunal invalidó la ley, y cada punto sólido representa un caso en el que el tribunal confirmó la ley. Comparado con el panel izquierdo, el panel derecho tiene más espacio etiquetado ("constitucional", "inconstitucional") y menos espacio no etiquetado. Más precedentes tienden a aumentar la certeza en la ley.

Figura 46. Precedente y Certeza



Preguntas

1.6.1. En *Craig v. Boren*, la Corte Suprema sostuvo que las leyes que discriminan por razón de sexo deben ser analizadas bajo un "escrutinio intermedio" [792]. Tales leyes deben estar "sustancialmente relacionadas" con la promoción de un "interés estatal importante". En la Figura 45, dibuja una región plausible en la que las leyes que discriminan por razón de sexo sean constitucionales.

1.6.2. Tres jueces utilizan la regla de mayoría para resolver casos. En la Figura 45, el primer juez cree que toda ley situada por encima y/o a la derecha del punto B supera la revisión de racionalidad. El segundo juez cree que toda ley situada por encima y/o a la derecha del punto D supera la revisión de racionalidad. El tercer juez cree que toda ley situada por encima y/o a la derecha del punto A supera la revisión de racionalidad. En la Figura 45, dibuja la región en la que una mayoría de los jueces cree que la ley satisface la revisión de racionalidad.

[792] 429 U.S. 190 (1976).

1.6.3. Escribimos que "más precedentes tienden a aumentar la certeza en el derecho". ¿Cuándo la incorporación de precedentes disminuirá la certeza en el derecho?

2. Comportamiento Judicial

Los jueces toman innumerables decisiones—sobre el levantamiento de evidencia, testigos, mociones, hechos, instrucciones al jurado y derecho. ¿Cómo toman estas decisiones? Los economistas asumen que las personas actúan para satisfacer sus preferencias. Para entender el comportamiento judicial, debemos comprender las preferencias de los jueces. Las preferencias que las personas de carne y hueso tienen son complicadas, por lo que los economistas las simplifican. Para ilustrarlo, algunos directores ejecutivos se preocupan por sus empleados y clientes, pero los economistas simplifican asumiendo que los directores ejecutivos solo se preocupan por las ganancias. Las preferencias simples hacen que el análisis sea manejable. Nos concentraremos en dos simplificaciones sobre las preferencias judiciales: a los jueces solo les preocupa el derecho y solo les preocupa el *policy*[793]. Estas simplificaciones son comunes y útiles. Sin embargo, las preferencias simples pueden tergiversar las preferencias reales, lo que causa errores al momento de hacer análisis predictivos.

2.1. El Modelo Legal

Según el *modelo legal*, los jueces aplican reglas, precedentes y operaciones lógicas a los hechos. El derecho funciona como un silogismo, con una pregunta, una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión:

¿Juan Pablo excedió el límite de velocidad?
Conducir a más de 65 mph constituye exceso de velocidad.
Juan Pablo condujo a 80 kph.
Juan Pablo excedió el límite de velocidad.

El modelo legal es tanto un ideal (los jueces deberían comportarse así) como una predicción (los jueces se comportan así). En general, los abogados confían en esta predicción. Cuando asesoran a clientes

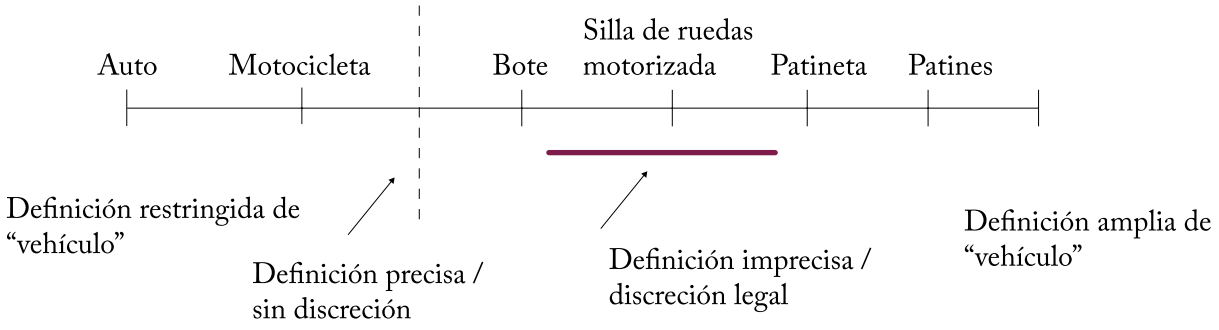
[793] Sobre otros posibles objetivos de los jueces, véase Lawrence Baum, *What Judges Want: Judges' Goals and Judicial Behavior*, 47 Pol. Res. Q. 749 (1994).

y argumentan ante los tribunales, estudian los hechos, analizan las leyes y dominan los precedentes. Argumentan sobre el derecho. Los abogados realizan este trabajo, y los clientes pagan por ello, porque el derecho suele ser el mejor predictor de cuáles serán las decisiones judiciales.

¿Por qué? ¿Qué hace que los jueces "apliquen el derecho"? Los economistas asumen que las personas satisfacen sus preferencias dentro de ciertas restricciones. Juan Pablo prefiere conducir a 80 kph, pero enfrenta una restricción: la multa por exceso de velocidad. Así, Juan Pablo conduce tan rápido como puede dentro de ese límite. Las restricciones explican muchas conductas, pero a menudo no explican por qué los jueces adhieren al modelo legal. Los jueces enfrentan pocas restricciones. En los Estados Unidos, los jueces federales tienen un cargo vitalicio (no pueden ser destituidos) y protección salarial (nadie puede reducir sus ingresos). La independencia permite a los jueces decidir los casos como deseen. Sin restricciones, los jueces pueden satisfacer sus preferencias.

Quizás los jueces tienen una preferencia por tomar decisiones en función del derecho. La formación en la escuela de derecho y las normas legales pueden inculcar estas preferencias en los jueces. Alternativamente, los jueces pueden buscar la estima de abogados y otros jueces, lo que pueden lograr adhiriendo al derecho[794]. Los académicos han demostrado que los jueces están intrínsecamente motivados a redactar opiniones cuidadosas[795], y algunos jueces disfrutan el "juego" del derecho[796].

Figura 47. Discreción legal



[794] *Véase*, por ejemplo, Nuno Garoupa & Tom Ginsburg, Judicial Reputation: A Comparative Theory (2015).

[795] Elliott Ash & W. Bentley MacLeod, *Intrinsic Motivation in Public Service: Theory and Evidence from State Supreme Courts*, 58 J.L. Econ. 863 (2015). Cf. Matias Iaryczower & Matthew Shum, *The Value of Information in the Court: Get It Right, Keep It Tight,* 102 Am. Econ. Rev. 202 (2012) (proporcionando evidencia de que las decisiones de los jueces de la Corte Suprema dependen de los hechos de los casos).

[796] Richard A. Posner, *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*, 3 Sup. Ct. Econ. Rev. 1, 23–30 (1993).

El modelo legal parece explicar muchas decisiones judiciales[797]. Sin embargo, no puede explicarlas todas. Anteriormente discutimos acerca de la discreción judicial, la que surge cuando un caso carece de una respuesta clara. ¿Una ley que prohíbe "vehículos" en el parque también prohíbe las sillas de ruedas motorizadas? El texto de la ley no responde a la pregunta. Muchos jueces buscarían una respuesta más allá del texto y consultarían la historia legislativa de la ley. Durante el debate del proyecto de ley, la legislatura podría haber producido un informe definiendo "vehículo" o describiendo el propósito de la ley. Sin embargo, la historia legislativa suele ser poco clara y no llevar a conclusiones unívocas. Algunos jueces podrían considerar la justicia. ¿Sería inmoral prohibir sillas de ruedas motorizadas? A veces, los jueces comparten intuiciones morales sobre un caso, pero a menudo no están de acuerdo.

La Figura 47 visualiza cómo opera la discreción legal. La figura captura la amplitud del término "vehículo". El extremo izquierdo corresponde a una definición muy estrecha. "Vehículo" abarca solo aquellos medios de transporte que vienen naturalmente a la mente, como automóviles y camiones. A medida que nos movemos hacia la derecha, el significado de "vehículo" se amplía para incluir botes, patinetas, etc. La línea vertical discontinua representa una definición precisa de "vehículo". Con esta definición precisa, el estatuto prohíbe la entrada al parque de los artículos a la izquierda de la línea discontinua y permite la entrada de los artículos a la derecha de la línea discontinua. En este caso, los jueces no tienen discreción[798]. Ahora supón que la ley contiene una definición imprecisa de "vehículo", como se indica en la barra horizontal. La ley prohíbe artículos a la izquierda de la barra, como automóviles, y permite artículos a la derecha de la barra, como patinetas. Sin embargo, la ley no resuelve el estatus de los artículos dentro de la barra. Los jueces deben decidir por sí mismos si estos artículos constituyen "vehículos". La barra representa el rango de discreción legal de los jueces.

¿Los jueces suelen tener discreción? ¿Es la barra ancha o estrecha? A partir de la década de 1920, una corriente de pensamiento llamada *realismo jurídico* debatió estas cuestiones[799]. Algunos realistas

[797] Para evidencia sobre cómo opera modelo legal, véase, por ejemplo, Herbert M. Kritzer & Mark J. Richards, *Jurisprudential Regimes and Supreme Court Decisionmaking: The Lemon Regime and Establishment Clause Cases,* 37 Law & Soc'y Rev. 827 (2003); Michael D. Gilbert, *Does Law Matter? Theory and Evidence from Single-Subject Adjudication*, 40 J. Legal Stud. 333 (2011); Michael A. Bailey & Forrest Maltzman, The Constrained Court: Law, Politics, and the Decisions Justices Make (2011).

[798] Suponemos que no hay desacuerdo sobre la forma de ordenar los vehículos de izquierda a derecha. En la práctica, las personas discrepan sobre si, por ejemplo, una silla de ruedas motorizada es más o menos "parecida a un vehículo" que una bicicleta.

[799] El realismo legal comenzó a florecer en la década de 1920. Sin embargo, el movimiento se remonta a 1881, cuando Oliver Wendell Holmes, un académico y juez, escribió: "La vida de la ley no ha sido la lógica: ha sido la experiencia. Las necesidades sentidas del momento, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones de *policy*, conscientes o inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus semejantes, han tenido mucho más que ver que el silogismo a la hora de determinar las reglas[.]" Oliver Wendell Holmes, Jr., The Common Law 1 (1881).

legales argumentaron que los jueces en los tribunales de apelación ejercen algo de discreción[800]. Otros argumentaron que muchos jueces ejercen una discreción sustancial[801]. A partir de la década de 1970, académicos de los estudios críticos del derecho llevaron la discusión más lejos, argumentando que los jueces casi siempre tienen discreción[802]. El debate continúa.

Cuando los jueces tienen discreción, el derecho no puede guiar sus elecciones. La discreción surge porque el derecho "se agota"[803]. ¿Cómo toman decisiones los jueces cuando el derecho se agota? La siguiente sección tiene una respuesta.

¿Qué Sostiene la Independencia Judicial?

"[N]o hay libertad si el poder judicial no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo". Montesquieu presentó un poderoso argumento a favor de los tribunales independientes. Si el poder legislativo y el ejecutivo pueden influir en el poder judicial, entonces los tribunales no pueden contener al Estado ni proteger derechos. Si las partes en un caso pueden amenazar al juez, una justicia imparcial no se logra. Para promover el Estado de derecho, los jueces deben ser independientes. Con independencia, los jueces pueden ignorar presiones externas y decidir en función del derecho.

Muchas constituciones garantizan la independencia judicial protegiendo los salarios de los jueces y otorgándoles mandatos largos. (En los Estados Unidos, los jueces federales ocupan sus cargos de por vida). Sin embargo, las constituciones no son autoaplicativas. Las "barreras de papel" no pueden detener a políticos ambiciosos. Muchos Estados ignoran sus propias constituciones. La constitución de Corea del Norte protege la libertad de expresión, pero el Estado silencia a su pueblo.

[800] *Véase*, por ejemplo, Karl Llewelyn, The Common Law Tradition—Deciding Appeals (1960).

[801] *Véase*, por ejemplo, Jerome Frank, Law and the Modern Mind (1930).

[802] *Véase* Mark V. Tushnet, *Critical Legal Studies: A Political History,* 100 Yale L.J. 1515, 1538 (1991) ("[Imaginen] una medida de la determinación de un conjunto de reglas legales, el 'determinil'. Un sistema legal completamente determinado mediría 100 determiniles, mientras que uno completamente indeterminado mediría cero. Los adherentes a los *Critical legal studies* actualmente defienden la posición de que la medida apropiada de determinación de los sistemas legales probablemente está entre cinco y quince; es decir, ningún sistema está completamente indeterminado, pero el nivel de determinación es relativamente bajo".).

[803] Otra opción es que la ley puede ser inconclusa, lo que significa que existe una respuesta correcta, pero los jueces no pueden encontrarla. De cualquier manera, el punto sobre la discreción sigue siendo válido.

Esto nos plantea un puzle. Los jueces frustran a actores poderosos como legisladores y funcionarios del poder ejecutivo. Los actores poderosos podrían ignorar sus constituciones y castigar a los jueces. Pero a menudo no lo hacen. Frecuentemente, los políticos acatan las decisiones judiciales, incluso cuando las rechazan. ¿Por qué? ¿Por qué los políticos respetan la independencia judicial? "¿Por qué personas con dinero y armas se someterían a personas armadas solo con mazos?"

Una respuesta implica la teoría de la negociación. A veces, las legislaturas se asemejan a mercados. Los políticos "venden" leyes (recortes de impuestos para empresas petroleras, subsidios para mineros de la industria del carbón) a cambio de votos y contribuciones de campaña. Como cualquier vendedor, los políticos quieren vender al precio más alto posible. Pueden exigir un precio más alto cuando sus leyes perduran en el tiempo. Las compañías petroleras pagarán más por un recorte de impuestos de diez años que por uno de un solo año. ¿Cómo pueden los políticos garantizar la duración de sus leyes? En otras palabras, ¿cómo pueden comprometerse creíblemente a no cambiar los términos del acuerdo? Haciendo que los jueces sean independientes. Con independencia, los jueces pueden hacer cumplir los acuerdos entre grupos de interés tal como fueron escritos. Para modificar el acuerdo, los políticos tendrían que aprobar una nueva ley. Aprobar una nueva ley requiere que muchos políticos estén de acuerdo, mientras que influir en un juez solo requiere que un político haga una amenaza. Al aislar a los jueces de la presión política futura, la independencia judicial aumenta el valor de los acuerdos políticos actuales.

La teoría de los grupos de interés proporciona una explicación para la independencia judicial. El *modelo del seguro* ofrece otra. Los jueces independientes pueden controlar a la mayoría, como cuando la Corte Suprema invalida la legislación de origen popular. Sin embargo, los jueces independientes también pueden proteger a la minoría, como cuando los tribunales impiden al Estado confiscar propiedad privada o suprimir la libertad de expresión política. La mayoría que existe hoy en día podría razonar de la siguiente manera: "Si debilitamos los tribunales, tendremos más poder. Sin embargo, perderemos protección más adelante cuando nuestros oponentes ganen y nos convirtamos en la minoría. Los beneficios de la protección futura superan los costos de la obstrucción judicial en el presente. Respetaremos la independencia de los tribunales". Los políticos que razonan de esta manera se asemejan a consumidores que compran seguros para su hogar o automóvil. Pagan un precio hoy para evitar una gran pérdida en el futuro.

> Para que el modelo de seguro funcione, debe haber rotación en el poder. El partido hoy en el poder debe esperar perder mañana. En términos generales, la competencia política fomenta la independencia de los tribunales, mientras que el monopolio político la debilita. ¿Dónde disfrutan los jueces de mayor independencia: en las democracias o en las dictaduras?

2.2. El Modelo Actitudinal

Una larga tradición en la ciencia política sostiene que los jueces votan según su visión ideológica[804]. Según el modelo actitudinal, los jueces conservadores votan por resultados conservadores y los jueces liberales votan por resultados liberales[805]. Un tribunal conservador favorecerá a la policía, los empleadores, las empresas y la religión, mientras que un tribunal liberal favorecerá a los acusados en procesos penales, los empleados y las regulaciones gubernamentales. El modelo actitudinal se aplica especialmente a los tribunales de última instancia, como la Corte Suprema de los EE.UU. Los jueces de la Corte disfrutan de independencia y, en muchos casos, de discreción legal. Ningún tribunal superior puede revocar sus decisiones. Los jueces pueden aprovechar su autonomía y votar según su ideología.

La ideología es compleja. Para algunos jueces, la política partidista puede ser un factor determinante. La afiliación política del juez, ya sea republicano o demócrata, predice sus decisiones. Para otros jueces, las características personales y las experiencias vitales pueden ser más importantes que la afiliación partidista. En casos de discriminación de género, las juezas votan a favor de la parte que alega discriminación con más frecuencia que los jueces varones[806]. Los jueces afroamericanos encuentran violaciones a la *Voting Rights Act* con mayor frecuencia que los jueces blancos[807]. Otras características, como la edad o la religión de un juez, también pueden influir[808].

[804] *Véase*, por ejemplo, Glendon Schubert, The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices 1994–1963 (1965); Stuart S. Nagel, *Political Party Affiliation and Judges' Decisions*, 55 Am. Pol. Sci. Rev. 843 (1961).

[805] Jeffrey A. Segal & Harold J. Spaeth, The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited (2002).

[806] Christina L. Boyd, Lee Epstein, & Andrew D. Martin, *Untangling the Causal Effects of Sex on Judging*, 54 Am. J. Pol. Sci. 389 (2010).

[807] Adam Cox & Thomas Miles, *Judging the Voting Rights Act*, 108 Colum. L. Rev. 1 (2008).

[808] *Véase*, por ejemplo, Carol T. Kulik, Elissa L. Perry, & Molly B. Pepper, *Here Comes the Judge: The Influence of Judge Personal Characteristics on Federal Sexual Harassment Case Outcomes*, 27 Law & Hum. Behav. 69 (2003); Donald R. Songer & Susan J. Tabrizi, *The Religious Right in Court: The Decision Making of Christian Evangelicals in State Supreme Courts,* 61 J. Pol. 507 (1999).

El modelo actitudinal es más fácil de discutir que de probar. Los académicos no pueden medir la ideología directamente. No pueden ver dentro de la mente de los jueces. En su lugar, utilizan indicios, como el partido político del presidente que nombró al juez[809]. Además, el resultado que un juez prefiere personalmente puede coincidir con el resultado jurídicamente correcto. En tales casos, el derecho, y no la ideología del juez, podría ser la mejor explicación de las decisiones judiciales. A pesar de estos desafíos, existen numerosos estudios que respaldan el modelo actitudinal.

El modelo actitudinal parece convincente. Si integraras la Corte Suprema en un caso que no tiene una respuesta clara, ¿cómo lo resolverías? ¿No te basarías en tus intuiciones y valores? Pero quizás el modelo actitudinal es incompleto. Supón que tus valores te guían hacia una decisión que sabes que no perdurará. El presidente no hará cumplir tu decisión, o los legisladores la anularán mediante una nueva ley. ¿Aun así tomarías esa decisión? ¿O la modificarías en función de estas restricciones?[810]

2.3. El Modelo Estratégico: Separación de Poderes

El *Título VII del Civil Rights Act* prohíbe la discriminación por razón de sexo. ¿Un empleador que discrimina a una embarazada viola la ley? En *General Electric Co. v. Gilbert*, la Corte Suprema dijo que no[811]. Dos años después, el Congreso anuló la decisión de la Corte enmendando el *Título VII*. Uno de los patrocinantes de la enmienda declaró: "Al concluir que la discriminación por embarazo no es discriminación por sexo… la Corte Suprema ignoró la intención del Congreso al promulgar el *Título VII*. Esa intención era proteger a todas las personas de la discriminación laboral injusta, incluidas las mujeres embarazadas"[812]. En otras palabras, la Corte se equivocó y el Congreso corrigió su error.

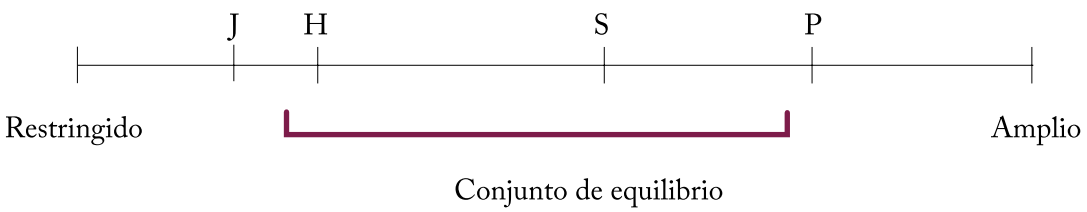
[809] *Véase* Joshua B. Fischman & David S. Law, *What Is Judicial Ideology, and How Should We Measure It?*, 29 Wash. U. J.L. & Pol'y 133 (2009).

[810] Lee Epstein, Jack Knight, & Andrew D. Martin, *The Supreme Court as a Strategic National Policymaker*, 50 Emory L.J. 583, 591 (2001) ("¿Por qué los jueces que maximizan las preferencias de política tomarían una posición que saben que el Congreso anularía?").

[811] 429 U.S. 125 (1976)

[812] Discrimination on the Basis of Pregnancy, 1977: Hearings on S. 995 Before the Subcommittee on Labor of the Senate Commission on Human Resources, 95th Cong., 1st Sess. (1977) (declaración inicial del Senador Williams).

Figura 48. Interpretaciones del Título VII



Los tribunales no operan en el vacío. Enfrentan restricciones, incluidas aquellas impuestas por otros poderes del estado. Las restricciones modifican el comportamiento. Anteriormente mencionamos a Juan Pablo, quien quisiera conducir a 80 kilómetros por hora. El límite de velocidad restringe a Juan Pablo, obligándolo a reducir la velocidad. De manera similar, los actores políticos limitan a los tribunales, moderando sus decisiones.

La Figura 48 ilustra esta idea con un modelo espacial[813]. La dimensión representa las posibles interpretaciones del *Título VII*. Las interpretaciones situadas a la izquierda son más estrechas, lo que significa que la ley prohíbe pocas instancias de discriminación. Una interpretación en el extremo izquierdo podría prohibir solo aquellas políticas que discriminan explícitamente contra las mujeres ("Pagamos menos a las mujeres que a los hombres"). A medida que nos movemos hacia la derecha, la interpretación se amplía, lo que significa que el *Título VII* prohíbe más formas de discriminación. Una interpretación en el extremo derecho podría prohibir toda discriminación explícita, incluidas la discriminación contra hombres y personas transgénero, la discriminación a mujeres embarazadas, la discriminación por orientación sexual, y más. En este modelo, la Cámara de Representantes prefiere la interpretación *H*, el Senado prefiere la interpretación *S*, y el Presidente prefiere la interpretación *P*. Los actores tienen preferencias simétricas con un solo pico, lo que significa que siempre prefieren interpretaciones más cercanas a su punto ideal.

Supón que la Corte Suprema recibe un caso sobre la interpretación del *Título VII*. Supón que los jueces revisan los materiales legales relevantes—el texto del *Título VII*, los precedentes y posiblemente la historia legislativa del estatuto—y concluyen que la ley es indeterminada. En

[813] Este tipo de modelo se originó en Brian Marks, *A Model of Judicial Influence on Congressional Policymaking: "Grove City College v. Bell", Working Paper in Political Science P-88-7* (1988). Obras importantes construyeron sobre él. Véase, por ejemplo, Rafael Gely & Pablo T. Spiller, *A Rational Choice Theory of Supreme Court Statutory Decisions with Applications to the State Farm and Grove City Cases*, 6 J.L. Econ. & Org. 263 (1990); John Ferejohn & Charles Shipan, *Congressional Influence on Bureaucracy, 6 J.L. Econ. & Org.* 1 (1990); William N. Eskridge, Jr., *Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions*, 101 Yale L.J. 331 (1991).

consecuencia, los jueces tienen discreción legal para resolver el caso. Supón que los jueces prefieren la interpretación *J*. Según el modelo actitudinal, los jueces seleccionarían la interpretación *J*. Pero esto provocaría que el Congreso anule su decisión. La Cámara de Representantes, el Senado y el Presidente prefieren interpretaciones situadas a la derecha de *J*. Aprobarán una nueva ley que enmiende el *Título VII* para reflejar su interpretación preferida.

Si los jueces prevén que su decisión será anulada, ¿seguirán seleccionando la interpretación J? No. Pueden lograr un mejor resultado seleccionando la interpretación situada en H. Esta interpretación acerca a los jueces lo más posible a su resultado preferido sin provocar una anulación por parte de los otros poderes del Estado. El modelo estratégico predice que los jueces elegirán la interpretación H.

Podemos generalizar a partir de este ejemplo. Si los jueces prefieren cualquier interpretación situada a la izquierda de *H*, el modelo estratégico predice que seleccionarán *H*. Si los jueces prefieren cualquier interpretación situada a la derecha de P, el modelo predice que elegirán *P*. *Para puntos ideales fuera del conjunto de equilibrio, la Corte tiene restricciones a la hora de decidir.* ¿Qué sucede si los jueces prefieren una interpretación entre *H* y P? El rango entre *H* y *P* es el conjunto de equilibrio. Para cualquier interpretación dentro de este rango, al menos un actor se opondrá a cualquier movimiento hacia la derecha, y al menos un actor se opondrá a cualquier movimiento hacia la izquierda. Para aprobar un nuevo estatuto que anule la decisión de la Corte, los tres actores deben estar de acuerdo. Así, los jueces pueden seleccionar su interpretación preferida sin provocar una anulación. *Para puntos ideales dentro del conjunto de equilibrio, la Corte no enfrenta restricciones al momento de decidir.*

Los abogados suelen debatir sobre la discreción judicial. Los jueces tienen discreción legal cuando la ley que interpretan es indeterminada, quizás porque su lenguaje es vago (¿qué cuenta como un "vehículo"?). Los jueces ejercen discreción legal cuando eligen un significado preciso para la ley. Los jueces tienen discreción *en términos de policy* cuando sus decisiones no están sujetas a una anulación, independientemente de si sus decisiones son correctas en términos jurídicos. El modelo estratégico de adjudicación explica la discreción en términos de *policy* de los jueces. Para el tribunal de última instancia, su discreción en términos de *policy* coincide con el conjunto de equilibrio. En la Figura 48, la Corte Suprema puede seleccionar cualquier interpretación del *Título VII* entre *H* y *S*.

El modelo estratégico hace predicciones agudas sobre la relación entre la discreción en términos de *policy* de los jueces y los otros poderes del estado. Bajo un gobierno unificado, un solo partido político controla la Cámara de Representantes, el Senado y la presidencia. Los puntos ideales

de *H*, *S* y *P* tienden a agruparse bajo un gobierno unificado, lo que significa que la discreción en términos de *policy* de la Corte Suprema es estrecha. Bajo un gobierno dividido, diferentes partidos políticos controlan los otros poderes. Por ejemplo, los demócratas podrían controlar la Cámara de Representantes mientras que los republicanos controlan el Senado y la presidencia. Los puntos ideales H, S y P tienden a separarse en un gobierno dividido, lo que amplía la discreción en términos de *policy* de la Corte Suprema.

En teoría, los jueces que actúan estratégicamente nunca deberían ver que sus decisiones sean anuladas. Siempre deberían seleccionar interpretaciones dentro del conjunto de equilibrio. En la realidad, la Cámara de Representantes, el Senado y el Presidente a menudo cooperan para anular las decisiones de la Corte Suprema[814]. ¿Significa esto que los jueces no se comportan como predice el modelo estratégico? No necesariamente. Para actuar estratégicamente, los jueces necesitan información precisa. Necesitan conocer los puntos ideales de los actores políticos. Para que sus interpretaciones perduren, los jueces necesitan conocer los puntos ideales de futuros actores políticos—legisladores y ejecutivos que aún no han sido elegidos (o incluso aún no han nacido). Los jueces no poseen esta información. Por lo tanto, las anulaciones de las decisiones de los tribunales no refutan el modelo estratégico. Los políticos podrían anular la decisión de la Corte porque los jueces no actuaron estratégicamente, o porque los jueces actuaron estratégicamente, pero cometieron un error de cálculo[815].

Preguntas

2.3.1. Usa la Figura 48 para explicar la siguiente afirmación: "A veces la Corte Suprema tiene discreción en términos de *policy*, pero no tiene discreción legal".
2.3.2. En 2017, el presidente Trump intentó rescindir el programa *Deferred Action for Childhood Arrivals (DACA)*, el cual impedía al gobierno deportar a ciertas personas no ciudadanas de los Estados Unidos. Quienes impugnaron la decisión de Trump argumentaron que ésta violaba el *Administrative Procedure Act* y la *Quinta Enmienda* de la Constitución de EE.UU[816]. La Corte Suprema podría resolver el caso en base a fundamentos legales o constitucionales. ¿Qué enfoque

[814] *Véase* William N. Eskridge, Jr. & Matthew R. Christiansen, *Congressional Overrides of Supreme Court Statutory Interpretation Decisions, 1967–2011*, 92 Tex. L. Rev. 1317 (2014).

[815] Para un análisis empírico del modelo estratégico, y una discusión útil sobre los desafíos asociados, *Véase* Jeffrey A. Segal, Chad Westerland, & Stefanie A. Lindquist, *Congress, the Supreme Court, and Judicial Review: Testing a Constitutional Separation of Powers Model*, 55 Am. J. Pol. Sci. 89 (2011).

[816] *Véase* Dep't of Homeland Sec. v. Regents of the Univ. of California, 140 S. Ct. 1891 (2020).

otorgaría a la Corte más discreción en términos de *policy*? Dado esto, ¿por qué los tribunales tienden a resolver los casos sobre bases legales y no constitucionales?[817]

2.3.3. Supón que los jueces eligen la interpretación J en la Figura 48.

(a) Relativo a J, ¿qué conjunto de interpretaciones prefiere la Cámara de Representantes? ¿Y el Senado y el Presidente?

(b) La Cámara de Representantes, el Senado y el Presidente deben ponerse de acuerdo para reemplazar J. ¿Cuál es la ley más amplia (es decir, la más a la derecha) que acordarían promulgar?

2.3.4. Para dejar sin efecto una decisión de la Corte, el Congreso debe promulgar una ley. Las leyes se originan en comités, como el *House Committee on the Judiciary*. En general, la Cámara no puede considerar un proyecto de ley a menos que el comité vote a favor de éste primero. Bajo una regla cerrada, la Cámara puede aprobar o rechazar el proyecto del comité, pero no puede enmendarlo. Bajo una regla abierta, la Cámara puede enmendar el proyecto del comité[818].

(a) En la Figura 48, supón que el comité de la Cámara prefiere una interpretación apenas a la izquierda de *J*. ¿Qué interpretación seleccionarían jueces estratégicos bajo una regla cerrada? ¿Y bajo una regla abierta?

(b) En la Figura 48, supón que el comité de la Cámara prefiere una interpretación apenas a la derecha de *J*. ¿Qué interpretación seleccionarían jueces estratégicos bajo una regla cerrada? ¿Y bajo una regla abierta?

Interpretación Estratégica

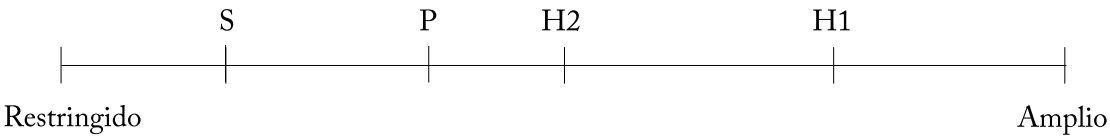
El modelo estratégico ilumina la discreción que se tiene en términos de *policy*. ¿Puede también explicar la discreción legal? Considera la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act (RLUIPA)*, que protege el ejercicio de la religión. *RLUIPA* establece que ésta debe ser "interpretada en favor de una amplia protección del ejercicio de la religión". Este lenguaje instruye a los jueces y otros intérpretes a leer la ley de manera amplia.

[817] *Véase* Pablo Spiller & Matthew L. Spitzer, *Judicial Choice of Legal Doctrines,* 8 J.L. Econ. & Org. 8 (1992).

[818] Sobre reglas abiertas y cerradas, véase, por ejemplo, Kenneth A. Shepsle & Barry R. Weingast, *The Institutional Foundations of Committee Power,* 81 Am. Pol. Sci. Rev. 85 (1987); Michael Doran, *The Closed Rule*, 59 Emory L.J. 1363 (2010).

La Figura 49 representa las posibles interpretaciones de *RLUIPA*, con la interpretación más restrictiva (menor protección religiosa) en el extremo izquierdo y la interpretación más amplia en el extremo derecho. *S*, *P* y H_1 representan los puntos ideales del Senado, el Presidente y la Cámara de Representantes que aprobaron *RLUIPA* (por ahora, ignoremos H_2). El modelo espacial ayuda a visualizar la instrucción interpretativa. Cuando *RLUIPA* admite múltiples interpretaciones plausibles, los jueces deberían seleccionar la interpretación más a la derecha.

Figura 49. Interpretaciones de RLUIPA



Supón que una disposición de *RLUIPA* tiene dos interpretaciones plausibles, una en H_1 y otra a la derecha de H_1. ¿Cuál debería elegir un juez? El lenguaje literal de la instrucción—*RLUIPA* "debe ser interpretada en favor de una amplia protección"—sugiere que el juez debería seleccionar la interpretación situada a la derecha de H1. Pero quizás el juez no debería leer la instrucción literalmente. La Cámara, el Senado y el Presidente no habrían aprobado una interpretación más allá de H_1. Los tres actores prefieren una interpretación situada en H_1 antes que cualquier otra alternativa situada más a la derecha. Un juez enfocado en la intención de los redactores de *RLUIPA* podría leer la instrucción de esta manera: "Interpreta la ley de manera amplia, pero no adoptes una interpretación que la Cámara, el Senado y el Presidente que la aprobaron hubieran rechazado".

Supón que una elección cambia la composición de la Cámara de Representantes, y la nueva Cámara tiene un punto ideal H_2. Para simplificar, asume que los puntos ideales del Senado y el Presidente no han cambiado, aunque sus miembros sí. Surge un caso sobre *RLUIPA*, y la disposición en cuestión tiene dos interpretaciones plausibles: una en H_1 y otra en H_2. La interpretación en H_1 ofrece la protección más amplia, por lo que el juez podría seleccionar H_1. Pero, ¿qué sucederá si lo hace? La Cámara, el Senado y el Presidente aprobarán un nuevo estatuto que anulará la decisión del tribunal. Este nuevo estatuto implementará una protección situada a la izquierda de H_2. Si el juez prevé esto, ¿debería seleccionar la interpretación en H_1? ¿Sería más fiel a la intención de los redactores de *RLUIPA* seleccionar

H_2 en su lugar? Si el juez selecciona H_2, ¿está actuando de acuerdo con el modelo estratégico o con el modelo legal de adjudicación?

2.4. El Modelo Estratégico: Jerarquía Judicial

A veces los jueces participan en juegos estratégicos con legisladores y funcionarios del poder ejecutivo, como se discutió anteriormente. Otras veces los jueces juegan entre sí. Considera a Stephen Reinhardt, quien pasó 37 años en la *Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de EE.UU.*. Era un juez liberal, y la Corte Suprema, de orientación conservadora, con frecuencia revocaba sus decisiones. Un estudiante le preguntó al juez Reinhardt por qué tomaba decisiones que sabía que la Corte Suprema rechazaría. El juez sonrió y respondió, "No pueden atraparlas a todas"[819]. En esta sección, estudiamos los juegos entre jueces, como el que jugó el juez Reinhardt con la Corte Suprema.[820]

La mayoría de los sistemas judiciales están organizados jerárquicamente. En los Estados Unidos, el sistema federal tiene tribunales de distrito (de primera instancia) en la base, tribunales de apelación en el nivel intermedio y la Corte Suprema en la cima. Al igual que las personas, los jueces a veces discrepan entre sí. Estas discrepancias pueden llevar a que los tribunales inferiores tomen decisiones que los tribunales superiores rechazan. Los tribunales superiores no pueden disciplinar a los jueces de tribunales inferiores de las formas en que habitualmente se disciplina a quine desobedece una orden. Los jueces de tribunales de apelación, por ejemplo, no pueden despedir a los jueces de primera instancia por tomar malas decisiones ni premiarlos con dinero cuando toman decisiones que consideran buenas. Sin embargo, los tribunales superiores sí tienen herramientas a su disposición. Pueden revisar y revocar decisiones de tribunales inferiores. Pueden devolver los casos, obligando a los jueces de tribunales inferiores a resolverlos nuevamente. Un tribunal superior puede adoptar el razonamiento de un tribunal inferior, lo que mejora la reputación de este último. Diferencias en las preferencias y una capacidad limitada de sanción proporcionan los elementos para que se configure un juego estratégico.

Para comenzar, considera un juego entre los tribunales de apelación y la Corte Suprema. Para volver el juego más concreto, lo presentamos en el contexto de un caso, *American Legion v. American*

[819] Linda Greenhouse, *Dissenting Against the Supreme Court's Rightward Shift*, N.Y. Times, 12 de abril de 2018.

[820] Para una visión general de las interacciones estratégicas en la jerarquía judicial, *Véase* Jonathan P. Kastellec, *The Judicial Hierarchy: A Review Essay, en* Oxford Research Encyclopedia of Politics (2017).

Humanist Association[821]. En 1925, una organización privada utilizó fondos privados para construir una cruz de 12 metros de altura en honor a los soldados caídos en la Primera Guerra Mundial. Noventa años después, la cruz seguía en pie, pero el terreno debajo de ella pertenecía al estado, y el estado pagaba para iluminarla y mantenerla. La cuestión era si este arreglo violaba la Cláusula de Establecimiento de la Constitución de EE.UU. Esta cláusula prohíbe al Estado promulgar cualquier ley "respecto al establecimiento de una religión"[822]. El tribunal de apelación determinó que había una transgresión constitucional, pero la Corte Suprema revocó la decisión y sostuvo que la cruz podía permanecer en su lugar.

La Figura 50 representa el caso. La dimensión indica la amplitud de la Cláusula de Establecimiento. El punto A representa la interpretación ideal del tribunal de apelación, que es relativamente amplia. Esta interpretación requeriría una mayor separación entre la iglesia y el Estado y prohibiría la permanencia de la cruz. El punto *S* representa la interpretación ideal de la Corte Suprema, que es más estrecha. La Corte requeriría una menor separación entre iglesia y Estado y permitiría la permanencia de la cruz.

Si no tuviera restricciones, el tribunal de apelación adoptaría la interpretación A. Sin embargo, la Corte Suprema tiene el poder de revisar el caso y adoptar una interpretación diferente, una que el tribunal de apelación podría rechazar enérgicamente. Durante su revisión, la Corte Suprema incluso podría sancionar al tribunal de apelación, quizás criticando su razonamiento. Dado estos riesgos, ¿qué interpretación debería adoptar el tribunal de apelación? La respuesta depende de la capacidad de la Corte Suprema para revisar la decisión del tribunal inferior. Si la Corte Suprema pudiera revisar sin costo alguno, el tribunal de apelación debería seleccionar la interpretación *S*. Cualquier otra elección provocaría una sanción que el tribunal inferior preferiría evitar. En la realidad, la Corte Suprema no puede revisar casos sin incurrir en costos. Cada año, la Corte revisa aproximadamente 80 casos de los miles que son decididos por los tribunales de apelación. Por lo tanto, la Corte tiene una capacidad limitada. Además, corregir la decisión de un tribunal de apelación requiere que la Corte Suprema redacte una opinión, lo que consume tiempo valioso. Para la Corte Suprema, no siempre se justifica el esfuerzo de revisar un caso.

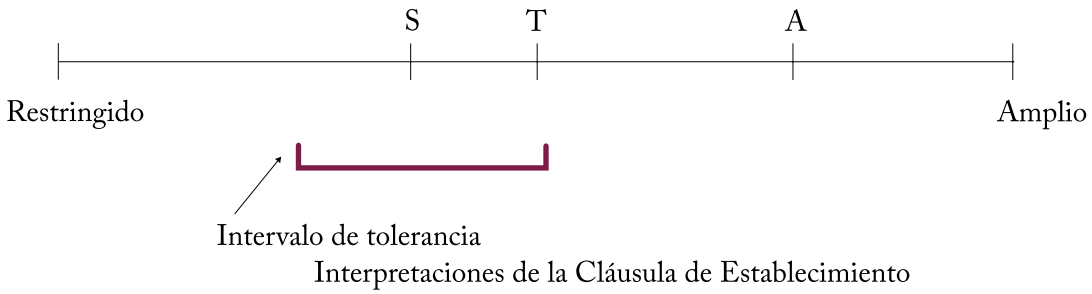
La Figura 50 visualiza este equilibrio. A medida que la interpretación se aleja hacia la derecha de *S*, la insatisfacción de la Corte Suprema aumenta. Podemos reformular esta idea utilizando el lenguaje

[821]139 S. Ct. 2067 (2019).

[822]U.S. Const. enmienda. I.

del capítulo sobre delegación. *A* medida que la interpretación se desplaza hacia la derecha de *S*, los *costos de desviación* de la Corte Suprema crecen. En algún punto determinado, estos costos se vuelven tan altos que la Corte prefiere revisar y corregir la decisión del tribunal de apelación. El punto t marca el punto de inflexión. Para interpretaciones situadas entre *S* y *t*, los costos de revisión de la Corte Suprema superan sus costos de desviación, por lo que la Corte no revisará la decisión. Para interpretaciones a la derecha de *t*, los costos de desviación de la Corte superan sus costos de revisión, por lo que la Corte revisará la decisión y adoptará la interpretación *S*.

Figura 50. Estrategia en la Jerarquía Judicial



Al igual que el tribunal de apelación no puede seleccionar una interpretación demasiado a la derecha de *S*, tampoco puede seleccionar una interpretación demasiado a la izquierda de *S*. La Figura 50 captura estas limitaciones con el intervalo de tolerancia sombreado. Si el tribunal de apelación toma una decisión dentro del intervalo de tolerancia, la Corte Suprema no intervendrá y la interpretación permanecerá en el tiempo. En la Figura 50, un tribunal de apelación estratégico seleccionará la interpretación *t*.

El intervalo de tolerancia representa el poder discrecional del tribunal de apelación. A medida que aumentan los costos de revisión de la Corte Suprema, el poder discrecional del tribunal de apelación también crece. ¿Qué factores afectan los costos de revisión de la Corte Suprema? En términos específicos, ¿cuáles fueron los costos para la Corte Suprema de revisar la decisión del caso *American Legion?* Podemos generalizar: a medida que aumenta el número de otros casos que la Corte debe revisar, a medida que crece el interés de la Corte Suprema en esos otros casos, y a medida que se amplía la brecha entre las preferencias de la Corte Suprema y los tribunales de apelación, los costos de revisar *American Legion* aumentan.

Hemos analizado un juego estratégico que involucra a la regla, es decir, la interpretación que se convierte en un precedente. Sin embargo, las decisiones de los tribunales de apelación también implican una *disposición*, es decir, la determinación de quién gana el caso. Podemos incorporar la parte dispositiva del fallo al juego[823]. En *American Legion*, la Corte Suprema quería una interpretación estrecha de la Cláusula de Establecimiento (la regla) y una disposición a favor del gobierno (que la cruz permaneciera en su lugar). Si el tribunal de apelación hubiera seleccionado una interpretación amplia y una disposición en contra del gobierno, la Corte Suprema seguramente habría revisado el caso. Si el tribunal de apelación hubiera seleccionado una interpretación amplia pero una disposición *a favor* del gobierno, esto habría debilitado el incentivo de la Corte Suprema para revisar el caso. En términos generales, los tribunales inferiores tienen más discreción interpretativa cuando emiten disposiciones que el tribunal superior favorece. De la misma manera, tienen más discreción sobre la parte dispositiva del fallo cuando emiten interpretaciones que el tribunal superior favorece.

Hasta ahora, hemos estudiado cómo la Corte Suprema revisa las decisiones de un solo tribunal de apelación. En la práctica, la Corte Suprema revisa decisiones de múltiples tribunales de apelación. Para manejar este complejo escenario, la Corte Suprema puede revisar los casos más extremos, es decir, las decisiones de tribunales de apelación que más se alejan de su punto ideal. Esta estrategia genera competencia entre los tribunales de apelación. Ningún tribunal de apelación quiere tener el caso atípico, por lo que todos los tribunales de apelación se acercan a las preferencias de la Corte Suprema[824].

La Corte Suprema, para identificar decisiones atípicas, a veces busca opiniones disidentes. Para dejar este punto más claro, supón que un tribunal de apelación recibe un caso que tiene dos posibles resultados, *A* y *B*. Dos de los jueces del tribunal de apelación prefieren *A*, pero el tercer juez y la Corte Suprema creen que *B* es el resultado correcto. Si los dos jueces del tribunal de apelación eligen *A*, el tercer juez puede escribir una opinión disidente argumentando que B es la decisión adecuada. Como un "soplón", el juez disidente puede exponer el error del tribunal de apelación ante la Corte Suprema[825]. La amenaza de una opinión disidente desalienta al tribunal de apelación de elegir *A* en primer lugar.

[823] *Véase*, por ejemplo, Clifford J. Carrubba & Tom S. Clark, *Rule Creation in a Political Hierarchy,* 106 Am. Pol. Sci. Rev. 622 (2012).

[824] *Véase*, por ejemplo, Matthew D. McCubbins, Roger G. Noll, & Barry R. Weingast, *Politics and the Courts: A Positive Theory of Judicial Doctrine and the Rule of Law,* 68 S. Cal. L. Rev. 1631 (1995); Matt Spitzer & Eric Talley, *Judicial Auditing*, 29 J. Legal Stud. 649 (2000).

[825] *Véase* Frank B. Cross & Emerson H. Tiller, *Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals,* 107 Yale L.J. 2155 (1998). *Véase también* Jonathan P. Kastellec, *Hierarchal and Collegial Politics on the U.S. Courts of Appeals*, 73 J. Pol. 345 (2011).

Hemos estudiado la interacción estratégica que tiene lugar entre la Corte Suprema y los tribunales de apelación. A continuación, analizamos la interacción estratégica que tiene lugar entre los tribunales de apelación y los tribunales de distrito. A diferencia de la Corte Suprema, que solo conoce alrededor de 80 casos por año, los tribunales de apelación conocen casi todos los casos que son apelados (tienen jurisdicción *obligatoria*). Sin embargo, que se deba conocer de las apelaciones de forma automática no significa que haya revocaciones automáticas. Los tribunales de apelación suelen gestionar docenas de casos simultáneamente. No pueden revisar cada caso de manera completa y cuidadosa. Si el expediente es extenso o confuso, si la opinión del tribunal de distrito parece bien fundamentada, y si la interpretación del tribunal de distrito parece estar razonablemente cerca a la que prefiere el tribunal de apelación, entonces el tribunal de apelación no revocará la decisión[826]. Los costos de revocación otorgan a los tribunales de distrito cierto grado de discreción.

El alcance de la discreción de un tribunal inferior depende del estándar de revisión. Los tribunales de apelación revisan conclusiones de derecho *de novo*, es decir, desde cero. En cambio, los tribunales de apelación revisan hallazgos de hecho en busca de un error manifiesto. Para ilustrar la diferencia, imagina un caso sobre contaminación. El tribunal de distrito concluye que la ley permite emisiones de mercurio de hasta 8 unidades (conclusión de derecho) y que el acusado emitió 10 unidades (hallazgo de hecho). El tribunal de apelación reconsiderará la interpretación jurídica desde cero. Si concluye que la mejor interpretación de la ley permite emisiones de hasta 12 unidades, entonces la ley permite emisiones de hasta 12 unidades. Sin embargo, el tribunal de apelación no reconsiderará los hechos a menos que el tribunal de distrito haya cometido un error claro. A menos que el tribunal *haya errado manifiestamente*, el tribunal de apelación aceptará que el acusado emitió 10 unidades de mercurio. La existencia de estándares diferenciados de revisión otorga más discreción a los jueces de distrito sobre los hechos que sobre el derecho. Por ejemplo, en el caso de contaminación recién visto, supón que el tribunal de apelación cree que la ley permite emisiones de hasta 12 unidades, y supón que el juez de distrito quiere declarar al acusado culpable. En lugar de decir que la ley permite emisiones de hasta 8 unidades y que el acusado emitió 10, el juez de distrito podría concluir que la ley permite hasta 12 unidades, pero que el acusado emitió 14. Este segundo escenario sería más difícil de revocar, ya que los tribunales de apelación tienden a deferir a los hallazgos de hecho más que en las conclusiones de derecho.[827]

[826] *Véase generalmente* Susan B. Haire, Stefanie A. Lindquist, & Donald R. Songer, *Appellate Court Supervision in the Federal Judiciary: A Hierarchical Perspective*, 37 Law & Soc'y Rev. 143 (2003).

[827] Sobre el "ensombrecimiento" de los hechos por parte jueces de distrito, *Véase* Nicola Gennaioli & Andrew Shleifer, *Judicial Fact Discretion*, 37 J. Legal Stud. 1 (2008). *Véase también* Joshua B. Fischman & Max M. Schanzenbach, *Do Standards of Review Matter? The Case of Federal Criminal Sentencing*, 40 J. Legal Stud. 405 (2011).

Preguntas

2.4.1. El juez de distrito concluye que la ley permite hasta 12 unidades de contaminación y que Opal emitió 14 unidades de contaminación. El tribunal de apelación cree que el juez de distrito ha exagerado intencionalmente la cantidad de contaminación y que Opal no debería ser considerado responsable. Para contrarrestar la manipulación de los hechos por parte del tribunal de distrito, el tribunal de apelación podría manipular la ley sosteniendo que la ley permite hasta 14 unidades de contaminación. ¿Cuáles son los costos y beneficios de esta estrategia?[828]
2.4.2. Los jueces de tribunales apelación pueden "dar la alarma" escribiendo opiniones disidentes que critican el razonamiento y las conclusiones de sus colegas. La Corte Suprema depende de estos soplones para identificar casos atípicos y así revisarlos.[829]
(a) Si fueras un juez de la Corte Suprema, ¿preferirías que las opiniones disidentes fueran frecuentes o infrecuentes? (Pista: *¿serían los votos disidentes útiles si cada decisión incluyera uno?)*
(b) Supón que la Corte Suprema es conservadora. En general, ¿qué tipo de disidencias atraerían más su atención: disidencias liberales o disidencias conservadoras?
(c) Supón que el panel de apelación tiene dos jueces en la mayoría y un juez en disidencia. ¿Por qué la Corte Suprema podría prestar más atención si el juez disidente tiene opiniones moderadas en lugar de opiniones extremas?

Efectos de Panel

Los escépticos creen que la adjudicación se explica por la ideología de los jueces. Los jueces simplemente votan según su postura política, como predice el modelo actitudinal. Si los jueces votaran únicamente según su ideología, deberíamos observar muchas opiniones disidentes. Pero no es así. En los Estados Unidos, paneles de tres jueces resuelven las apelaciones en casos federales. Los tres jueces que están en un panel suelen tener diferentes visiones políticas. Un juez puede haber sido nombrado por un presidente de la línea más conservadora del Partido Republicano, mientras que los otros dos fueron nombrados por presidentes del ala liberal del

[828] *Véase* Sepehr Shahshahani, *The Fact-Law Distinction: Strategic Factfinding and Lawmaking in a Judicial Hierarchy*, 37 J.L. Econ. & Org. 440 (2021).

[829] Las siguientes preguntas provienen de Deborah Beim, Alexander V. Hirsch, & Jonathan P. Kastellec, *Whistleblowing and Compliance in the Judicial Hierarchy*, 58 Am. J. Pol. Sci. 904 (2014).

Partido Demócrata. Sin embargo, los paneles de tres jueces generalmente alcanzan decisiones unánimes. Harry Edwards, presidente del Tribunal de Apelaciones del Circuito de D.C., argumentó que las bajas tasas de disidencia refutan a los escépticos. En lugar de votar según su ideología, sostuvo que los jueces encuentran "la respuesta correcta en un caso determinado".

¿Por qué jueces políticamente diversos están de acuerdo tan a menudo? Quienes estudian esta cuestión han descubierto algo interesante. La tendencia de un juez a decidir de una determinada manera depende de los otros jueces en el panel. Para ilustrarlo, supón que Felipe es un juez conservador en un panel de tres jueces. Las probabilidades de que Felipe tome una decisión conservadora son menores cuando los otros dos jueces son liberales. Son mayores cuando uno de los otros jueces es conservador. Son más altas cuando los otros dos jueces también son conservadores. En general, los jueces conservadores se comportan de manera más conservadora y los jueces liberales se comportan de manera más liberal cuando están rodeados de colegas con ideas afines. Los académicos llaman a esto *efectos de panel*.

Los efectos de panel operan más allá de la ideología política. Supón que una demandante presenta un caso de discriminación de género. La probabilidad de que un juez hombre falle a favor de la demandante aumenta cuando una jueza mujer forma parte del panel. De manera similar, la probabilidad de que un juez blanco vote a favor de los derechos de las minorías aumenta cuando un juez negro está en el panel. ¿Qué explica los efectos de panel? Los académicos tienen distintas teorías. Los jueces pueden compartir información. Por ejemplo, una jueza mujer podría aportar una perspectiva sobre la discriminación de género que influya en el voto de sus colegas hombres. Los jueces pueden comportarse estratégicamente. Para evitar que un colega publique una opinión disidente, los jueces conservadores podrían moderar sus posturas cuando un juez liberal forma parte del panel. Los jueces pueden simplemente "seguir la corriente" de sus colegas, ya sea porque escribir una disidencia requiere demasiado esfuerzo o porque los jueces siguen una norma de consenso.

Los efectos de panel hacen que evaluar las opiniones judiciales sea más complicado. Por ejemplo, los códigos de ética profesional suelen aconsejar a los abogados que no presenten casos débiles. Supón que pierdes una apelación tres votos contra cero. ¿Significa esto que tu caso era débil? Los paneles de apelación generalmente alcanzan decisiones unánimes, como afirmó el juez Edwards. ¿Implica la unanimidad que el derecho es determinado y que los jueces simplemente encuentran la respuesta correcta?

3. Teoría Normativa de la Adjudicación

Hemos presentado una teoría positiva de la adjudicación. La teoría positiva aborda preguntas como por qué los litigantes presentan demandas, cuándo tendrán éxito las negociaciones entre ellos y cómo los jueces deciden los casos. Ahora pasamos a una teoría normativa de la adjudicación. Nos concentramos en una pregunta de especial interés para los abogados: ¿Cómo *deberían* los jueces decidir los casos? Para resolver disputas, los jueces deben establecer los hechos e interpretar la ley. En un mundo ideal, los jueces encontrarían todos los hechos de manera rápida y precisa y interpretarían todas las leyes correctamente. En el mundo real, la búsqueda de hechos y la interpretación legal requieren tiempo y esfuerzo. Los economistas consideran todos los costos en sus análisis. Según la teoría económica, los jueces deberían equilibrar los beneficios de la precisión en la adjudicación con sus costos.

3.1. Precisión en la determinación de hechos

¿La planta nuclear tuvo una fuga? ¿El empleador actuó discriminatoriamente? ¿El policía golpeó al sospechoso? Para resolver disputas, los jueces deben determinar los hechos. Errores en la determinación de los hechos pueden causar injusticias en un caso individual y también generar problemas sociales más amplios. Anteriormente discutimos una externalidad de los litigios que surge cuando un caso tiene efectos que afectan a personas que están más allá de las partes involucradas en el caso concreto. Los errores en la determinación de hechos pueden generar externalidades negativas, como explicaremos a continuación.

El derecho castiga a las personas por comportarse mal. El castigo tiene distintos propósitos. Un propósito es la retribución: los infractores "reciben lo que merecen". Los economistas generalmente se centran en otro propósito del castigo: la disuasión. Al castigar las infracciones hoy, podemos prevenir que se cometan más infracciones en el futuro. La mera amenaza de castigo puede disuadir el comportamiento indebido. La amenaza de prisión impide que las personas roben autos, corrompan funcionarios y vendan secretos de Estado.

Los errores en la determinación de hechos pueden debilitar la disuasión[830]. Para ilustrarlo con un ejemplo simple, supón que Tamara condujo por encima del límite de velocidad, y un oficial le

[830] La siguiente discusión se basa en Louis Kaplow & Steven Shavell, *Accuracy in the Determination of Liability*, 37 J.L. Econ. 1 (1994); Louis Kaplow, *The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis*, 23 J. Legal Stud. 307 (1994); I.P.L. Png, *Optimal Subsidies and Damages in the Presence of Judicial Error,* 6 Int'l Rev. L. Econ. 101 (1986).

impuso una multa. Tamara impugna la multa en el tribunal, y el juez comete un error de hecho. Tamara sí excedió el límite de velocidad, pero el juez concluye que no lo hizo, por lo que no paga la multa. Este error es un *falso negativo*. El juez concluye que algo no ocurrió cuando en realidad sí ocurrió. Si Tamara espera que los jueces cometan errores similares en el futuro, conducirá aún más rápido que antes. Si otros conductores esperan errores similares, también conducirán más rápido, incluyendo a aquellos que no estaban involucrados en el caso. Los falsos negativos hacen que se castigue menos y se generen más infracciones.

Consideremos el caso opuesto. Tamara no excedió el límite de velocidad, pero un oficial de todos modos la multó. Tamara impugna la multa en el tribunal, y el juez concluye erróneamente que Tamara sí excedió el límite, por lo que debe pagar la multa. Este error es un *falso positivo*. El juez concluye que algo ocurrió cuando en realidad no ocurrió. Los falsos positivos pueden causar graves injusticias, como cuando personas inocentes son enviadas a prisión. Los falsos positivos también pueden debilitar la disuasión. Si Tamara espera que los jueces cometan errores similares en el futuro, podría razonar de la siguiente manera: "Me multarán tanto si excedo el límite como si no lo hago. Entonces, bien podría excederlo". Los conductores que no estaban involucrados en el caso podrían razonar de la misma manera. Los falsos positivos castigan a quienes cumplen la ley, incentivándolos a desobedecerla.

Hemos explicado que los errores en la determinación de hechos fomentan comportamientos ilegales. También pueden desincentivar comportamientos legales. Para demostrarlo, supón que la multa por exceso de velocidad es muy alta. Tamara quiere conducir su automóvil para ir al trabajo, ir de compras, o visitar a familiares y amigos. Sin embargo, si conduce, podría recibir una multa por exceso de velocidad incluso si respeta el límite. Si la multa es suficientemente alta, Tamara podría optar por no conducir en absoluto, o conducir tan lentamente que ningún juez podría concluir que excedió el límite. En el mejor de los casos, el riesgo de un falso positivo desperdicia el tiempo de Tamara al obligarla a conducir lentamente. En el peor de los casos, podría llevar a que Tamara dejar de conducir su auto, aunque ella fuera una persona que cuando conduce su auto respeta la ley. Otros conductores enfrentarían el mismo dilema. Los falsos positivos pueden hacer perder tiempo a muchas personas y evitar que realicen actividades valiosas.

En resumen, los errores en la determinación de hechos pueden imponer costos significativos a la sociedad. En consecuencia, la precisión en la determinación de hechos genera beneficios sustanciales. Sin embargo, la precisión no es barata. Considera el caso de Tamara. ¿Cómo puede un juez determinar si excedió el límite de velocidad? Tamara tendrá que testificar. Si llevaba un pasajero en el auto, el pasajero también podría tener que testificar. El oficial que la multó deberá testificar y explicar cómo midió la velocidad de Tamara. ¿Utilizó un radar? ¿Qué registró el radar? ¿El viento o la lluvia afectaron

la lectura? ¿Había otros vehículos que pudieron interferir? El tiempo dedicado a estos temas no podrá dedicarse a otros asuntos. Tamara perderá horas de trabajo y el oficial pasará su día en el tribunal en lugar de patrullando. Otros casos se acumularán en la agenda del tribunal. La determinación de los hechos genera costos de oportunidad para los litigantes y para la sociedad.

Hemos descrito los costos de la determinación de hechos en un caso simple sobre exceso de velocidad. Imagina ahora los costos en un caso complejo. Una demanda colectiva por fraude en el mercado de valores duró ocho años[831]. Otra demanda por discriminación en el lugar de trabajo duró nueve años[832]. *Shelby County v. Holder,* que abordó la constitucionalidad de la *Voting Rights Act,* tuvo un expediente que excedió las 15,000 páginas[833].

Los economistas consideran todos los costos en sus análisis. En la adjudicación, esto implica equilibrar los costos de la inexactitud con los costos de corregir errores. Los jueces deberían recopilar más información hasta el punto en que el beneficio marginal para la sociedad derivado de una mayor precisión sea igual al costo marginal de la determinación precisa de esos hechos.

Preguntas

3.1.1. Antes de aprobar un nuevo medicamento, la Administración de Alimentos y Medicamentos (FDA, por sus siglas en inglés) debe probar ciertos hechos. ¿Funciona el medicamento? ¿Causa efectos secundarios? La FDA puede recopilar muchos hechos (estudios exhaustivos, revisión extensa de datos) o puede recopilar pocos hechos. Si estuvieras a cargo de la FDA, ¿cuántos hechos recopilarías? ¿Recopilarías más hechos para una vacuna contra el COVID que para, por ejemplo, un medicamento para prevenir la caída del cabello?
3.1.2. Algunos CEOs defraudan a los inversionistas. Los inversionistas pueden demandar por daños y perjuicios. Para ilustrar, si Bruno, el CEO, causó $1 millón en daño a los inversionistas, los inversionistas pueden exigir que Bruno les pague $1 millón en daños[834].

[831] Carpenters Health & Welfare Fund v. Coca-Cola Co., 587 F. Supp. 2d 1266, 1271 (N.D. Ga. 2008).

[832] Stagi v. Nat'l R.R. Passenger Corp., 880 F. Supp. 2d 564, 570 (E.D. Pa. 2012).

[833] 570 U.S. 529, 565 (2013) (Ginsburg, J., disintiendo). ¡Muchos casos tienen expedientes mucho más largos que este!

[834] Las siguientes preguntas se basan en Louis Kaplow & Steven Shavell, *Accuracy in the Assessment of Damages,* 39 J.L. Econ. 191 (1996).

(a) Supón que los tribunales suelen subestimar los daños. En el caso de Bruno, el tribunal le ordena pagar solo $800,000, a pesar de que causó $1 millón en daños. ¿Qué efecto tiene la subestimación constante de los daños sobre la disuasión?
(b) Supón que los tribunales suelen sobrestimar los daños. En el caso de Bruno, el tribunal le ordena pagar $1.5 millones, aunque solo causó $1 millón en daños. ¿Qué efecto tiene la sobreestimación constante de los daños sobre la disuasión?
(c) Supón que los tribunales cometen errores aleatorios al calcular los daños. Por cada caso en el que sobrestiman los daños en $100,000, existe otro caso en el que subestiman los daños en $100,000. ¿Qué efecto tienen los errores aleatorios en los daños sobre la disuasión?

Debido proceso en su vertiente adjetiva*

La Quinta Enmienda de la Constitución de los EE.UU. prohíbe que el gobierno federal prive a una persona de su "vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal". Esta disposición se conoce como la *Cláusula de Debido Proceso*. ¿Qué se considera debido proceso? La Corte Suprema abordó esta cuestión en *Mathews v. Eldridge*. George Eldridge sufría de ansiedad y dolor. En 1968, comenzó a recibir beneficios por discapacidad del gobierno. En 1972, el gobierno concluyó que la salud de Eldridge había mejorado, aunque él no estaba de acuerdo. El gobierno le quitó sus beneficios sin celebrar una audiencia, lo que significaba que Eldridge no tuvo la oportunidad de presentar su caso en persona. Eldridge afirmó que la falta de una audiencia violaba la Cláusula de Debido Proceso.

La suspensión de los beneficios privó a Eldridge de un interés "de propiedad". ¿Pero qué hay del proceso? El gobierno recopiló información de Eldridge y de sus médicos. Compartió su informe con Eldridge y le dio la oportunidad de presentar pruebas por escrito. Así, el gobierno siguió un proceso de determinación de hechos. ¿Esto cumpliría con las exigencias del *debido* proceso? La Corte Suprema concluyó que sí. El gobierno no violó la Constitución.

Para llegar a esta conclusión, la Corte identificó tres factores que los tribunales deben considerar al decidir si la Cláusula de Debido Proceso requiere procedimientos adicionales. Primero, "el grado de privación potencial que puede causar una determinada decisión". Segundo, "el valor probable, si lo hay, de protecciones procesales adicionales". Tercero, "la carga administrativa y otros costos sociales asociados con exigir, como un derecho constitucional, una audiencia probatoria".

Podemos expresar estos factores algebraicamente. Sea *H* el daño que se sigue de una decisión errónea (*factor uno*). Sea p la probabilidad de una decisión errónea (*factor dos*). Sea *B* la carga o costo de tener procedimientos adicionales (*factor tres*). Estos factores se pueden combinar en la siguiente ecuación: $B < p * H$. Si se la entiende en términos marginales, el lado izquierdo de la ecuación representa el costo de los procedimientos adicionales, mientras que el lado derecho representa el beneficio de los procedimientos adicionales. Los procedimientos adicionales generan beneficios al reducir la probabilidad de error. Si el beneficio de los procedimientos adicionales supera el costo, la Constitución exige que se realicen dichos procedimientos.

Apliquemos la ecuación al caso de Eldridge. Perder sus beneficios por discapacidad le impondría un costo. Supón que este costo equivale a $1,000, por lo que H = $1,000. Eldridge solicitó una audiencia previa a la suspensión de sus beneficios. Realizar una audiencia requeriría tiempo y esfuerzo. Supón que el costo de la audiencia sería $100, por lo que B = $100. La audiencia permitiría a Eldridge y al gobierno presentar más evidencia respecto de su estado de salud. La presencia de más pruebas reducirían la probabilidad de error. Supón que, sin audiencia, la probabilidad de error sería 20% (p = 0.20), y que, con audiencia, la probabilidad de error se reduciría a 15% (p = 0.15). La audiencia reduciría la probabilidad de error en 5 puntos porcentuales (0.05). Ahora resolvemos la ecuación. El costo de la audiencia (B=$100) excede su beneficio esperado (.05 * $1,000 = $50). Un estado que actuara racionalmente no pagaría $100 para evitar una pérdida de $50.

Según la prueba establecida en *Mathews v. Eldridge*, la Cláusula de Debido Proceso no exige una audiencia en este caso. Si la audiencia redujera la probabilidad de error en más de 10 puntos porcentuales, entonces la Constitución exigiría la realización de una audiencia. La prueba de la Corte en *Mathews* refleja el enfoque económico hacia la determinación de los hechos. Supón que la Corte tomó la decisión correcta en *Mathews*. Los beneficios para la sociedad de celebrar una audiencia en persona no justificaban sus costos. ¿Por qué, entonces, Eldridge demandaría de todos modos? ¿Internalizaba Eldridge los beneficios de celebrar una audiencia? ¿Internalizaba los costos de hacerlo?

3.2. Interpretar de manera precisa

Un grupo de funcionarios estatales abordó el bote de John Yates, un pescador en el Golfo de México. El grupo descubrió docenas de chernas (un tipo de pez) que medían menos de 50 centímetros de longitud. La ley exigía que las chernas menores de 50 centímetros fueran liberadas. Los funcionarios

estatales ordenaron a Yates que retuviera la pesca ilegal hasta su regreso al puerto, donde se llevaría a cabo una investigación más completa. Mientras regresaba al puerto, Yates y su tripulación arrojaron los peces por la borda. Un fiscal acusó a Yates de violar la siguiente norma:

> Quienquiera que altere, destruya, mutile, oculte, encubra, falsifique o haga una entrada falsa en cualquier registro, documento u objeto tangible con la intención de obstaculizar, obstruir o influenciar la investigación o la administración adecuada de cualquier asunto dentro de la jurisdicción de cualquier departamento o agencia de los Estados Unidos […] será multado conforme a este título, encarcelado por no más de 20 años, o será sometido a ambas sanciones[835].

Según el fiscal, Yates destruyó a sabiendas un "objeto tangible"—las chernas—con la intención de obstruir una investigación.

El caso de Yates llegó a la Corte Suprema de EE.UU. [836], y su resolución no dependía de la determinación de los hechos. Todos estaban de acuerdo en que arrojó los peces al mar. El caso dependía de una cuestión jurídica. ¿Violó Yates la norma? La pregunta es más difícil de lo que parece. Observemos el lenguaje de la norma. Yates "alteró" la ubicación de los peces al arrojarlos al mar. Pero no "alteró" los peces en sí mismos, ni los "destruyó" o "mutiló". Podría decirse que "ocultó" o "encubrió" los peces, pero usualmente no usamos esas palabras de esa manera. Cuando "ocultas" algo, sabes dónde encontrarlo. Yates no podía recuperar los peces. Uno no puede "falsificar" o hacer una "entrada falsa" en un pez.
Siguiendo el estatuto, ¿es un pez un "objeto tangible"? Sí, en sentido literal. Puedes ver y tocar un pez (a diferencia de, por ejemplo, un sueño). Pero el estatuto no menciona "objetos tangibles" de forma aislada. Prohíbe la destrucción de "cualquier registro, documento u objeto tangible". En listas como esta, los abogados suelen aplicar un canon de interpretación llamado *noscitur a sociis.* Según este canon, cada término en la lista debe tener un significado similar[837]. Bajo este razonamiento, "objeto tangible" debería referirse a algo similar a "registro" y "documento". El término podría incluir cosas físicas que

[835] 18 U.S.C. § 1519.

[836] Yates v. United States, 574 U.S. 528 (2015).

[837] Este canon tiene como objetivo, en parte, prevenir la superfluidad. Si "objeto tangible" toma su significado literal, entonces corre el riesgo de hacer que los términos "registro" y "documento" sean superfluos. En general, los abogados asumen que los legisladores no usan el lenguaje de manera superflua.

contienen información, como pizarras y discos duros, pero excluir granjas, pozos petroleros y peces[838]. El caso de Yates planteó otros problemas jurídicos. Para resolverlos, los jueces aplicaron diferentes métodos de interpretación. Más adelante hablaremos de estos métodos. Aquí nos centramos en otra cuestión: el esfuerzo requerido para interpretar la ley.

Al igual que la búsqueda de los hechos, la interpretación legal requiere tiempo y recursos. Un juez de distrito, tres jueces de apelación y nueve jueces de la Corte Suprema revisaron el caso de Yates. Cada juez pasó horas (quizás días) estudiando las leyes pertinentes y redactando opiniones. Los abogados de Yates y del gobierno investigaron, argumentaron en la corte y redactaron mociones y escritos. Todos incurrieron en costos de oportunidad. ¿Vale la pena dedicar tanto esfuerzo a la interpretación legal? ¿Por qué trabajar tanto para encontrar la interpretación correcta en un solo caso, especialmente cuando el acusado es claramente culpable?

Al igual que la precisión en la determinación de hechos, la precisión en la interpretación legal genera beneficios sociales. Para entender por qué, volvemos a un tema clave de un capítulo anterior: la competencia institucional.

Considera el problema del exceso de velocidad. Conducir rápido causa accidentes. Para prevenir accidentes, se deben imponer límites de velocidad. Pero, ¿cuál debería ser la velocidad máxima permitida? La respuesta no es clara. Límites de velocidad bajos reducen los accidentes, pero ralentizan a todos. Cada viaje y cada entrega de un producto o servicio toma más tiempo. Límites de velocidad altos agilizan el tráfico, pero provocan más accidentes. El equilibrio óptimo entre seguridad y velocidad depende de hechos específicos—como la condición de la carretera, el ángulo de una curva, etc.—y también de valores sociales. ¿Cuánto inconveniente estamos dispuestos a tolerar para evitar un golpe en un parachoques? ¿Cuánto para salvar una vida?

Hacer buenas leyes requiere *expertise* y un buen manejo de temas valorativos. En una democracia exitosa, legisladores y ejecutivos poseen ambos rasgos. Pueden celebrar audiencias, contratar ingenieros, encargar informes y realizar encuestas. Las elecciones deberían alinear sus valores con los valores del público. En contraste, los jueces generalmente carecen de *expertise* en políticas públicas. Por lo general, no pueden contratar ingenieros, encargar informes ni realizar encuestas. Los casos

[838] *Véase* Yates v. United States, 574 U.S. 528, 550 (2015) (Alito, J., concurring) ("el término 'objeto tangible' debería referirse a algo similar a registros o documentos. Un pez no viene a la mente, ni una antílope, una casa colonial, un hidroavión o una torre de perforación. Todos son 'objetos' que son 'tangibles'. Pero ¿quién no levantaría una ceja si un vecino, cuando se le pide que identifique algo similar a un 'registro' o 'documento,' dijera 'cocodrilo'?").

les presentan hechos particulares sobre personas específicas, no fenómenos generales. Además, los jueces independientes no rinden cuentas ante el público, lo que significa que sus opiniones y valores pueden alejarse de los de la sociedad. Por estas razones, los legisladores y funcionarios del poder ejecutivo suelen hacer mejores leyes que los jueces.

Ahora podemos volver a la interpretación. A través de la interpretación, los jueces buscan el significado de la ley. Intentan encontrar el significado que los legisladores y ejecutivos acordaron. Usualmente, la ley aprobada por legisladores y funcionarios del poder ejecutivo es mejor que la que los jueces podrían crear.

Considera nuevamente los límites de velocidad. Supón que Tamara condujo a exceso de velocidad mientras llevaba a su hermana al hospital por una emergencia médica. ¿Contiene la ley una excepción para emergencias médicas? Esta pregunta plantea un difícil equilibrio. No exceder la velocidad pone en riesgo a la paciente, pero excederla pone en peligro a los demás. Supón que la interpretación correcta de la ley castigaría a Tamara, pero el tribunal malinterpreta la ley y no la sanciona. Esta mala interpretación reduce cuanto se castiga y debilita la disuasión. Tamara y otras personas en su situación podrían conducir a velocidades que legisladores y funcionarios del poder ejecutivo querían prohibir.

Supón ahora que la interpretación correcta de la ley *no* castigaría a Tamara, pero el tribunal malinterpreta la ley y la sanciona. Esta mala interpretación aumenta el castigo más allá de lo que acordaron legisladores y funcionarios del poder ejecutivo. Los falsos positivos pueden disuadir a las personas de realizar actividades valiosas, como conducir rápido para llevar a un enfermo al hospital. Hemos explicado que los errores jurídicos por parte de los jueces tienden a generar costos sociales, mientras que las interpretaciones correctas generan beneficios sociales. Buscar la interpretación correcta consume tiempo y recursos del sistema judicial. Los jueces deberían continuar interpretando hasta que el beneficio marginal de corregir un error sea igual al costo marginal de la interpretación. El beneficio marginal tiende a ser más alto en ciertos casos: primero, cuando las posibles interpretaciones entre las que los jueces deben elegir son muy diferentes: y segundo, cuando la interpretación afectará a muchas personas en lugar de a pocas.

Podemos aplicar estas ideas al caso de Yates. ¿Debió la Corte Suprema haber tomado el caso? Recuerda el costo de oportunidad; la Corte Suprema solo conoce alrededor de 80 casos por año. Yates fue acusado bajo la disposición citada anteriormente. El Congreso aprobó esta disposición en la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, una ley destinada a proteger a los inversionistas y restaurar la confianza en la economía después del colapso de Enron. Recuerda la pregunta clave del caso: ¿Qué

cuenta como un "objeto tangible"? El término podría significar algo estrecho como “cosas físicas que contienen información”, o algo amplio como “cualquier cosa tangible”. Estas dos interpretaciones son muy diferentes. La interpretación amplia habría expandido enormemente el alcance del estatuto, sometiendo a miles o millones de personas a sanciones penales, incluidas personas como Yates que no tienen relación con empresas o con quiebras. La Corte Suprema sostuvo que "objeto tangible" tiene un significado estrecho. El pescador no violó esta ley.

Preguntas

3.2.1. La Corte Suprema revisa las conclusiones jurídicas de los tribunales inferiores con mayor cuidado que los hallazgos de hecho. ¿Por qué?
3.2.2. ¿Por qué el poder judicial federal tiene tres niveles de tribunales (tribunales de distrito, de apelación y la Corte Suprema) en lugar de cuatro o cinco?[839]
3.2.3. Recuerda el Teorema del Jurado de Condorcet. Para capturar la sabiduría colectiva, la Corte Suprema podría haber presentado la pregunta en *Yates* a cientos o miles de abogados. Estos abogados podrían haber votado de manera independiente sobre la interpretación correcta de "objeto tangible" (estrecha o amplia). ¿Por qué los tribunales no hacen esto?

3.3. Indeterminación y reglas supletorias

A veces, el derecho se asemeja a un examen de opción múltiple. Cada pregunta legal tiene una única respuesta correcta, e invertir un mayor esfuerzo mejora las probabilidades de encontrarla. En estos casos, el derecho es determinado. En otros casos, sin embargo, esta analogía no se sostiene. Algunas cuestiones legales no tienen una única respuesta correcta. Tal vez las fuentes legales no aborden la cuestión en juego (¿un jeep conmemorativo es un "vehículo"?). O quizás las fuentes legales se contradigan entre sí. Considera la frase clave en *Yates*: “cualquier registro, documento u objeto tangible”. Los abogados suelen interpretar las palabras conforme a su significado ordinario. El significado ordinario de "objeto tangible" incluye peces. Además, la palabra "cualquier" sugiere que la frase debe interpretarse de manera amplia. Sin embargo, el canon *noscitur a sociis* indica que la frase debe interpretarse de manera estrecha.

[839] *Véase* Charles M. Cameron & Lewis A. Kornhauser, *Decision Rules in a Judicial Hierarchy,* 161 J. Inst. Theoretical Econ. 264 (2005).

En casos como *Yates*, el derecho es indeterminado[840]. La pregunta legal no tiene una única respuesta correcta. Por lo tanto, los jueces tienen discreción legal, y diferentes jueces la ejercen de manera distinta. En Yates, cinco jueces interpretaron "objeto tangible" de manera estrecha, lo que significaba que el pescador no violó la ley. Los otros cuatro jueces disintieron. Ellos habrían interpretado la frase de manera amplia y habrían castigado al pescador.

Recuerda la siguiente prescripción: los jueces deben seguir interpretando hasta que el beneficio marginal de corregir un error sea igual al costo marginal de la interpretación. Esta regla funciona en casos donde el derecho es determinado. Pero ella no funciona en casos donde el derecho es indeterminado. Una vez que un juez concluye que el derecho es indeterminado, el beneficio marginal de seguir interpretando se reduce a cero. Por lo tanto, el juez debe dejar de interpretar. Sin embargo, el caso no ha terminado. Alguien debe ganar y alguien debe perder. El tribunal podría querer establecer un precedente sobre la cuestión legal. Pero, como la ley es indeterminada, el tribunal no sabe la respuesta.

Para resolver casos jurídicamente indeterminados, los jueces necesitan una regla supletoria o regla por defecto. Es decir, una norma para romper el empate. Podrían decidir basándose en justicia o en aquello que mejor protege la libertad[841]. Si la justicia exige una interpretación amplia que castigue al pescador, entonces el juez debería interpretar la ley de manera amplia. A menudo, sin embargo, este enfoque fracasará porque las nociones de justicia y libertad son ambiguas. Diferentes personas tienen diferentes concepciones de estos valores. Otra opción sería que los jueces lancen una moneda. Pero esto haría que los casos dependan del azar en lugar de la razón.

Al principio del libro presentamos el teorema del votante mediano. La versión positiva del teorema hace una predicción: Bajo ciertas condiciones, la regla de mayoría hace que la ley gravite hacia el centro político. La versión normativa del teorema hace una evaluación: Si los ciudadanos tienen preferencias simétricas—es decir, la intensidad de las posturas de derecha se compensa con la intensidad de las posturas de izquierda—, establecer la ley en el punto medio maximiza el bienestar social. Podemos

[840] Algunos académicos distinguen entre indeterminación e infradeterminación. La ley es "indeterminada" cuando no logra reducir el rango de respuestas a la pregunta legal, y la ley es " infraeterminada" cuando reduce el rango de respuestas, pero no da una respuesta única. Nos referimos a ambas posibilidades como "indeterminación". La ley es "metafísicamente indeterminada" cuando no existe una única respuesta correcta. La ley es "epistemológicamente indeterminada" (o simplemente "inconclusa") cuando existe una única respuesta correcta, pero los jueces no tienen la información necesaria para encontrarla.

[841] *Véase*, por ejemplo, Randy E. Barnett, Restoring the Lost Constitution (2004). Algunos juristas incluirían valores como la justicia en la determinación original de lo que requiere la ley. Esto está relacionado con un viejo debate sobre si el "estado de derecho" requiere de justicia sustantiva o simplemente necesita que haya aviso previo de que se tomará una acción, procedimientos justos, y reglas de ese estilo.

usar la versión normativa del teorema para generar una regla supletoria en casos de indeterminación jurídica: Los jueces deben seleccionar la interpretación más cercana a la preferencia del ciudadano mediano. A esta regla la llamamos *"regla supletoria del votante mediano".*

Para aclarar la regla supletoria del votante mediano, considera un ejemplo que involucra a cinco personas mencionadas en un capítulo anterior: Kim, Larry, Mary, Ned y Olivia. Estos cinco ciudadanos tienen opiniones diferentes sobre la legalización de drogas recreativas, como la heroína. Kim prefiere legalizar la mayoría de las drogas, Olivia no quiere legalizar ninguna, y los demás adoptan posiciones intermedias. Supón que un tribunal interpreta una ley sobre la legalización de drogas. Para simplificar, asume que la ley solo se aplica a estos cinco ciudadanos y que es jurídicamente indeterminada. Una interpretación plausible de la ley se alinea con la preferencia de Mary, mientras que otra interpretación plausible se alinea con la preferencia de Ned. Según la regla supletoria del votante mediano, el tribunal debería seleccionar la interpretación alineada con la preferencia de Mary, porque Mary es la votante que está en la mediana.

Habiendo aclarado la idea, podemos aplicar la regla supletoria del votante mediano a un caso real: *West Virginia University Hospitals, Inc. v. Casey*[842]. Los residentes de Pensilvania recibieron servicios médicos de un hospital al otro lado de la frontera, en Virginia Occidental. Algunos pacientes de bajos ingresos utilizaron un programa gubernamental para pagar sus facturas hospitalarias. Cuando Pensilvania redujo los pagos al hospital bajo ese programa, el hospital presentó una demanda.

Para respaldar su caso, el hospital contrató abogados y expertos en contabilidad. El hospital ganó el caso y posteriormente quiso que Pensilvania cubriera sus gastos legales. La ley aplicable autorizaba al tribunal a conceder "honorarios razonables de abogados" [843]. El tribunal podía ordenar que Pensilvania pagara los abogados del hospital, pero ¿qué pasaba con los contadores? El hospital gastó más de $100,000 en informes y testimonios de expertos. ¿Incluye "honorarios razonables de abogados" los honorarios de testigos expertos? Esta cuestión llegó hasta la Corte Suprema de EE.UU.

Los jueces enfrentaron argumentos legales que conflictuaban. Por un lado, históricamente los tribunales habían entendido los "honorarios de abogados" de manera amplia. Se había considerado

[842] 499 U.S. 83 (1991).

[843] 42 U.S.C. § 1988 señala: "En cualquier acción o procedimiento creado para hacer cumplir una disposición, el tribunal, a su discreción, puede permitir que la parte vencedora, excepto los Estados Unidos, reciba una tarifa razonable de honorarios como parte de los costos, excepto que en cualquier acción llevada contra un funcionario judicial por un acto u omisión realizado en su capacidad judicial, dicho funcionario no será responsable de ningún costo, incluidas las tarifas de abogado, a menos que dicha acción fuera claramente excesiva en cuanto a la jurisdicción de dicho funcionario".

que incluían no solo los honorarios de los abogados, sino también los honorarios de asistentes legales y secretarias. Además, el Senado de EE.UU. había producido un informe sobre la ley en cuestión, la cual indicaba: "Los ciudadanos deben tener la oportunidad de *recuperar lo que les cuesta* hacer valer sus derechos"[844]. Todo esto sugería que los "honorarios de abogados" incluyen los honorarios de testigos expertos. Por otro lado, el Congreso había promulgado otras leyes sobre el pago de honorarios legales. Varias de estas leyes diferenciaban claramente los honorarios de abogados y los honorarios de testigos expertos. Por ejemplo, la *Toxic Substances Control Act* establece que las partes ganadoras pueden recuperar "honorarios razonables para abogados y *testigos expertos*"[845]. Si el Congreso hubiera querido que los honorarios de testigos expertos fueran cubiertos en casos como el del hospital, habría escrito "honorarios para abogados y *testigos expertos*" en el estatuto, como lo hizo en la *Toxic Substances Control Act*.

La Corte Suprema se dividió. La mayoría de los jueces falló en contra del hospital, mientras que tres jueces disintieron, sosteniendo la interpretación opuesta. Para llegar a sus conclusiones, los jueces sopesaron los argumentos en conflicto y eligieron el que encontraron más convincente.

Imagina que los jueces hubieran llegado a la conclusión de que la ley era indeterminada y hubieran aplicado la regla supletoria del votante mediano. Se preguntarían: "¿Cuál de las dos interpretaciones en conflicto preferiría el ciudadano mediano?" Esta pregunta podría ser difícil de responder, pero ¿es más difícil que decidir cuál de los argumentos legales es más sólido? Probablemente, el ciudadano mediano pensaría que Pensilvania, habiendo violado la ley, debería pagar los honorarios de los testigos expertos del hospital[846].

La regla supletoria del votante mediano plantea una pregunta que se relaciona con asuntos temporales: ¿Deben los jueces buscar al votante mediano en el momento de la promulgación de la ley o en el momento de su interpretación? A veces, los jueces interpretan leyes décadas después de su promulgación, por lo que dos votantes medianos de épocas distintas podrían diferir considerablemente. Para encontrar el significado de la ley, los jueces podrían considerar

[844] West Virginia Univ. Hosps., Inc. v. Casey, 499 U.S. 83, 108 (1991) (Stevens, J., dissenting).

[845] 15 U.S.C. § 2618(d) (énfasis añadido).

[846] Uno podría argumentar que la justicia exige que Pensilvania pague. La regla supletoria de la mediana y la justicia pueden a menudo llevar al mismo resultado. Pero no siempre lo harán, y en cualquier caso lo que la justicia exige a menudo no está claro.

la preferencia del votante mediano en el momento de la promulgación de la ley. En un capítulo anterior presentamos la teoría del votante mediano en la interpretación, que indica que los tribunales deben hacer exactamente eso al interpretar iniciativas populares de ley. Sin embargo, en casos donde hay indeterminación jurídica, los jueces no pueden encontrar el significado de la ley. Deben inventar un significado. Y si deben inventarlo, deberían inventar uno bueno. Las preferencias del votante mediano en el momento de la interpretación pueden proporcionar una base para determinar un buen significado.

Por lo general, los jueces no conocen con precisión la preferencia exacta del votante mediano. Sin embargo, la regla supletoria del votante mediano no requiere tal precisión. La pregunta clave es: Entre las interpretaciones plausibles, ¿cuál se encuentra más cerca del votante mediano? Si una ley tiene dos interpretaciones plausibles, una moderada y otra extrema, la moderada está más cerca del votante mediano. En casos donde la ley es indeterminada, el análisis económico proporciona un objetivo para los jueces, pero eso no garantiza que los jueces siempre den en el blanco.

La regla supletoria del votante mediano ofrece un método para romper empates. Sin embargo, el método no siempre se ajusta bien a las necesidades del caso. Se ajusta mejor a ciertos casos que a otros. Para ilustrarlo, imagina dos casos, uno simple y otro complejo. El caso simple plantea la pregunta de si el gobierno debería pagar los honorarios legales de las personas cuyos derechos ha transgredido. El caso complejo pregunta si el administrador de un plan de pensiones violó la ley al calcular los beneficios de empleados que dejaron la empresa, aceptaron planes de pensión y luego volvieron a trabajar en la empresa[847]. Los ciudadanos probablemente tienen opiniones claras sobre el caso simple, pero no sobre el caso complejo. Generalizando, la regla supletoria del votante mediano funciona mejor en casos donde los ciudadanos tienen preferencias bien definidas sobre los posibles resultados. Esto es más probable en casos que plantean cuestiones simples y no técnicas.
En un capítulo anterior presentamos una regla supletoria para resolver conflictos de derechos, como el caso de la pareja homosexual que solicitó un pastel de bodas a un panadero religioso. Según el *principio de evitación de conflictos*, el juez debe fallar en contra de la parte que podría haber evitado el conflicto con mayor facilidad.

[847] *Cf.* Conkright v. Frommert, 599 U.S. 506 (2010).

Esa regla supletoria funciona mejor en conflictos entre derechos individuales. No es tan adecuada para casos como *West Virginia University Hospitals*, ya que en ese caso el gobierno no actuó en nombre de un individuo, por lo que el conflicto no involucró derechos en ambos lados. En contraste, en *Masterpiece Cakeshop*, el gobierno actuó en nombre de la pareja homosexual en su demanda contra el panadero.

En conclusión, cuando los jueces no pueden determinar la respuesta correcta a una cuestión legal, necesitan una regla supletoria para superar el impasse. La mejor regla supletoria depende del tipo de caso. La regla supletoria del votante mediano es un buen criterio de desempate en casos donde la ley es incierta pero las personas tienen preferencias claras sobre el problema de fondo.

Preguntas

3.3.1. La regla supletoria del votante mediano tiene carácter normativo, mientras que la teoría del votante mediano en la interpretación tiene carácter interpretativo. Explica la diferencia.
3.3.2. Usa tu intuición: ¿El ciudadano mediano querría una excepción al límite de velocidad para emergencias médicas? ¿El ciudadano mediano querría castigar al pescador por desechar peces cuya pesca fue ilegal transgrediendo así una ley sobre quiebras de empresas?
3.3.3. Margaret McIntyre elaboró y distribuyó panfletos políticos sin su nombre. Violó una ley que prohibía el panfleteo político anónimo. Argumentó que la Primera Enmienda la protegía, ya que garantiza la libertad de expresión, y que por lo tanto la ley era inconstitucional. Ambas partes tenían buenos argumentos. Después de analizarlos, el juez Scalia calificó este caso como "sumamente difícil" porque “involucra no solo historia, sino ejercitar el juicio”[848]. Luego, anunció una regla supletoria:
Cuando el significado de un texto constitucional (como "la libertad de expresión") es incierto, las prácticas generalizadas y ampliamente aceptadas del pueblo estadounidense son el mejor indicador de cuáles son las creencias fundamentales que se pretendía consagrar[849].

[848] McIntyre v. Ohio Elections Comm’n, 514 U.S. 334 (1995).

[849] *Id.* at 378 (Scalia, J., disintiendo).

Muchos estados habían prohibido el panfleteo político anónimo durante años. Por lo tanto, el juez Scalia concluyó que la ley era constitucional. ¿Es la regla supletoria de Scalia la misma que la regla supletoria del votante mediano?

Independencia Óptima

Los redactores de la Constitución debatieron sobre la independencia judicial. Alexander Hamilton argumentó que un poder judicial independiente era "el mejor recurso que se puede idear en cualquier gobierno para garantizar una administración de las leyes firme, recta e imparcial". Sin embargo, otros temían que los jueces adquirieran demasiado poder. Brutus, un Antifederalista que se oponía a la Constitución, argumentó que: "Cuando el poder se coloca en manos de hombres independientes del pueblo y de sus representantes, […] no queda forma de controlarlos".

Quienes se dedican a las ciencias sociales plantean preguntas descriptivas, como qué tan independientes son los jueces y qué sostiene su independencia. Los redactores de la Constitución debatieron una pregunta normativa: ¿Cuánta independencia *deberían tener* los jueces? Los abogados y redactores de constituciones siguen debatiendo esta cuestión hoy en día. Aquí presentamos un marco de análisis para responderla.

Los jueces enfrentan dos tipos de casos: casos jurídicamente determinados y casos jurídicamente indeterminados. En casos jurídicamente determinados, se espera que los jueces encuentren la respuesta correcta a la cuestión legal presentada. No queremos que los jueces ignoren la ley y ejerzan discreción política. Llamemos a la probabilidad de que los jueces busquen respuestas correctas la *propensión al legalismo*. En casos jurídicamente indeterminados, se espera que los jueces ejerzan discreción en beneficio de la sociedad. Hemos demostrado que los jueces tienden a promover el bienestar social cuando ejercen discreción de manera alineada con las preferencias del votante mediano. Llamemos a la coincidencia entre los jueces y el votante mediano la *congruencia mediana.*

Aumentar la independencia judicial aísla a los jueces de presiones externas. Sin presiones, los jueces pueden hacer lo que la ley exige sin temor a represalias. Por lo tanto, una mayor independencia judicial debería aumentar la propensión al legalismo. Sin embargo, más independencia va de la mano con menos rendición de cuentas ante el público. En lugar de responder a políticos o votantes, los jueces independientes responden solo ante sí mismos. Sin

rendición de cuentas, los jueces pueden desviarse mucho del votante mediano. Por lo tanto, una mayor independencia debería reducir la congruencia mediana.

Ahora podemos mostrar el *trade off* en cuestión. Más independencia judicial implica mayor propensión al legalismo, lo que significa que más casos se deciden conforme a la ley, lo cual es positivo. Sin embargo, en los pocos casos en que los jueces ejercen discreción, tienden a tomar decisiones menos acertadas porque están más alejados del votante mediano, lo cual es negativo. Debemos aumentar la independencia judicial hasta que el beneficio marginal de una mayor propensión al legalismo sea igual al costo marginal en términos de congruencia mediana.

Podemos usar estas ideas para evaluar algunas instituciones judiciales. En Estados Unidos, los jueces federales gozan de altos niveles de independencia, pero la mayoría de los jueces estatales y locales deben competir en elecciones. Las elecciones hacen que los jueces dependan de los votantes, lo que debería aumentar su congruencia mediana. Sin embargo, las elecciones también someten a los jueces a presiones políticas. Los jueces en campaña podrían decidir según la opinión popular en lugar de basarse en la ley. Por lo tanto, las elecciones judiciales aumentan la congruencia mediana, pero disminuyen la propensión al legalismo.

Ahora considera la Corte Suprema de EE.UU.. En comparación con los tribunales inferiores, la Corte Suprema resuelve más casos jurídicamente indeterminados. En consecuencia, sus jueces ejercen discreción con mayor frecuencia. Esto hace que la congruencia mediana sea más importante. ¿La Corte Suprema refleja al votante mediano estadounidense? En el verano de 2022, la Corte Suprema tenía tres jueces liberales (Jackson, Kagan y Sotomayor) y seis jueces conservadores (Alito, Barrett, Gorsuch, Kavanaugh, Roberts y Thomas). Estados Unidos no es dos tercios conservador. Por lo tanto, este no parece ser un grupo que refleje al votante mediano. Quizás la Corte Suprema debería ser más políticamente responsable. Pero eso reduciría su propensión al legalismo. ¿Dónde es más importante la propensión al legalismo: en los tribunales de primera instancia, en las cortes de apelación o en la Corte Suprema?

4. Teoría Interpretativa de la Adjudicación

Los criterios de desempate pueden beneficiar al sistema legal y a la sociedad. Sin embargo, la mayoría de los abogados no se enfocan en criterios de desempate. Ellos no preguntan: "¿Qué debemos hacer si el caso es demasiado difícil?" En cambio, preguntan: "¿Incluye la frase 'honorarios de abogados' los honorarios de testigos expertos?" Estas son preguntas interpretativas, y los abogados resuelven la

mayoría de los casos al responderlas. A lo largo del libro, hemos utilizado el análisis económico para abordar algunas preguntas interpretativas. Aquí presentamos una teoría general de la interpretación que se aplica en muchos contextos. Para desarrollar esta teoría, comenzamos volviendo a la idea de la intención legislativa.

4.1. Intencionalismo*

Muchos estados de EE.UU. eligen a sus jueces mediante elecciones. Un conflicto sobre la elección de jueces en Luisiana terminó en la Corte Suprema de EE.UU. Estos son los hechos. La corte más alta de Luisiana tenía siete jueces. Sin embargo, el estado estaba dividido en solo seis distritos judiciales. Cinco distritos eran "uninominales", lo que significa que cada uno elegía un juez. El sexto distrito, que tenía el doble de población, era un distrito plurinominal. Allí, los votantes elegían dos jueces.

Este distrito plurinominal tenía una población afroamericana considerable. Si se dividía en dos distritos uninominales, los votantes afroamericanos tendrían mayoría en uno de ellos. En el distrito plurinominal, eran una minoría.

Los votantes afroamericanos argumentaron que este sistema diluía su poder de voto, violando la *Voting Rights Act* de 1965. Para ganar el caso, debían demostrar que tenían "menos oportunidad que otros votantes de participar en el proceso político y elegir representantes de su elección"[850]. El caso dependía de la palabra "representantes", que fue agregada a la ley en 1982. ¿Eran los jueces electos "representantes"? Si la respuesta era que no, la Voting Rights Act no aplicaba y los votantes afroamericanos perderían el caso.
En *Chisom v. Roemer*, la Corte Suprema sostuvo que los jueces electos calificaban como "representantes"[851]. Para llegar a esta conclusión, los jueces analizaron el texto y la historia de la ley. También señalaron lo siguiente:

* Nota del traductor: intencionalismo es la traducción del término "intentionalism", una corriente interpretativa del derecho que sostiene que la mejor manera de determinar el significado de una norma consiste de hurgar en las intenciones que tenía el redactor de la norma en cuestión.

[850] 96 Stat. 134, Pub. L. 97-205 (1982) (énfasis añadido).

[851] 501 U.S. 380 (1991).

> El Congreso promulgó la Voting Rights Act de 1965 con el amplio propósito remedial de 'erradicar la discriminación racial en la votación.' South Carolina v. Katzenbach, 383 U.S. 301, 383 U.S. 315 (1966). En Allen v. State Board of Elections, 393 U.S. 544, 393 U.S. 567 (1969), dijimos que la ley debe interpretarse de manera que proporcione 'el alcance más amplio posible' en la lucha contra la discriminación racial" [852].

Este método de interpretación se llama *intencionalismo* porque indaga en la intención de la ley.

Para aclarar el sentido del intencionalismo, volvamos a un concepto más amplio: la intención legislativa. Al interpretar una ley, los jueces a menudo preguntan qué "intentaban" hacer los legisladores cuando la promulgaron. En *Chisom*, los jueces podrían haber preguntado: "¿Quiso el Congreso que 'representantes' incluyera a jueces electos?" Esta pregunta es más compleja de lo que parece. Podemos entender la "intención" de distintas maneras[853].

Supón que el Congreso tomó una decisión sobre si la *Voting Rights Act* debía aplicarse a las elecciones judiciales. Por alguna razón, el texto de la ley no dejó clara esa decisión. En este escenario, los legisladores tenían una intención *específica*, y los tribunales tratan de descubrirla. Dada una intención específica, preguntar "¿qué quiso decir el Congreso?" es equivalente a preguntar "¿qué decisión tomó realmente el Congreso?".

Supón que el Congreso nunca consideró si la ley debía aplicarse a las elecciones judiciales. La cuestión nunca surgió, por lo que el Congreso no tenía una intención específica sobre este tema. En este caso, la pregunta cambia: ¿Qué decisión *habría tomado el Congreso* sobre las elecciones judiciales si la cuestión se hubiera planteado? Para responder a esta pregunta, los tribunales recurren a la "reconstrucción imaginativa". Los jueces buscan la intención *reconstruida* de los legisladores.

Tanto la intención específica como la intención reconstruida suelen involucrar cuestiones particulares. "¿Qué decidió el Congreso, o qué habría decidido, sobre la cuestión específica de los jueces electos?" Ahora considera una versión de la intención legislativa que involucra una pregunta abstracta. Cuando los jueces buscan la intención *general*, se preguntan: "¿Qué objetivo

[852] *Id.* at 403.

[853] Para una discusión especialmente lúcida, véase William N. Eskridge, Jr., Philip P. Frickey, & Elizabeth Garrett, Legislation and Statutory Interpretation 221–30 (2d ed. 2006).

pretendía alcanzar la legislatura con esta ley?" Esta pregunta equivale a: "¿Cuál es el *propósito* de esta ley?" Por lo tanto, la búsqueda de la intención general es sinónima del intencionalismo. Según el intencionalismo, los jueces deben identificar el propósito de la ley y utilizarlo para responder las preguntas específicas que se les presentan.

Chisom ilustra cómo opera el intencionalismo. La Corte Suprema tuvo que decidir si el término "representantes" en la *Voting Rights Act* incluye a jueces electos. Para tomar esta decisión, la Corte identificó el propósito de la ley: eliminar la discriminación racial las elecciones populares en Estados Unidos. Interpretar "representantes" para incluir jueces electos promovería este propósito al aplicar la ley a más elecciones. Por lo tanto, la Corte adoptó esta interpretación, ampliando el alcance de la ley.

Anteriormente en el libro vimos otro ejemplo de intencionalismo. Una iglesia en Nueva York firmó un contrato con un extranjero llamado Warren. Según los términos del contrato, Warren se mudó de Inglaterra a Nueva York y trabajó como pastor. La iglesia, ¿violó la ley que prohibía la importación de un extranjero "bajo contrato o acuerdo… para realizar trabajo o servicio"? En C*hurch of the Holy Trinity v. United States*, la Corte Suprema dijo que no[854]. La Corte escribió: "una guía para asir el significado de una ley se encuentra en el mal que busca remediar" [855]. La Corte continuó:

> "Los motivos detrás de la ley y su historia son de conocimiento común. Se había vuelto una práctica habitual que grandes capitalistas en este país contrataran agentes en el extranjero para traer grandes cantidades de trabajadores extranjeros ignorantes y serviles. El efecto de esto era degradar el mercado laboral y reducir los salarios de los trabajadores estadounidenses en ocupaciones similares" [856].

Según la Corte, la ley tenía como objetivo proteger a los ciudadanos estadounidenses que realizaban trabajo manual de la competencia extranjera. Los pastores no realizan trabajo manual; en palabras de la Corte, son "trabajadores de la cabeza"[857]. Por lo tanto, excluir a pastores extranjeros no promovería el propósito de la ley. La iglesia no violó la ley.

[854] 143 U.S. 457 (1892).

[855] *Id.* at 463.

[856] *Id.*

[857] *Id.* at 464.

El intencionalismo tiene una larga historia en la jurisprudencia estadounidense. La Corte Suprema decidió *Holy Trinity* en 1892 y *Chisom* en 1991. La Corte sigue aplicando cánones intencionalista de interpretación en la actualidad[858]. Sin embargo, el intencionalismo genera controversia por al menos dos razones. Primero, identificar el propósito de una ley puede ser difícil. Consideremos tres posibles propósitos de la *Voting Rights Act*: (1) eliminar la discriminación racial en la votación; (2) eliminar la discriminación racial en la votación para legisladores y funcionarios del poder ejecutivo[859]; (3) eliminar la discriminación racial en la votación sin por ello afectar la soberanía de los estados. Si (1) es el propósito correcto, entonces la *Voting Rights Act* debería aplicarse a elecciones judiciales, tal como sostuvo la Corte en *Chisom*. Sin embargo, si (2) es el propósito correcto, entonces la ley no debería aplicar a elecciones judiciales. Si (3) es el propósito correcto, entonces no podemos determinar la respuesta. La solución dependería de si aplicar la ley a elecciones judiciales infringiría la soberanía de Luisiana. La incertidumbre sobre el propósito disminuye el valor del intencionalismo. También aumenta la discreción judicial. Dado un conjunto de propósitos posibles, los jueces pueden seleccionar el que mejor respalde el resultado que prefieren.

El intencionalismo tiene una segunda desventaja que podemos ilustrar con *Holy Trinity.* Según la Corte, la ley tenía como objetivo proteger a los trabajadores manuales estadounidenses de la competencia extranjera. Supón que la Corte identificó correctamente el propósito de la ley. Ahora debemos preguntarnos sobre los medios que eligió el Congreso para lograr ese propósito. Hay dos posibilidades: (1) el Congreso decidió excluir a los extranjeros que realizan trabajo manual; (2) el Congreso decidió excluir a todos los extranjeros porque distinguir entre trabajadores manuales y "trabajadores de la cabeza" sería demasiado difícil. Si el Congreso optó por (1), entonces la Corte en *Holy Trinity* tomó la decisión correcta. Sin embargo, si el Congreso optó por (2), entonces la iglesia violó la ley. En términos generales, resolver un caso a menudo requiere conocer más que el propósito de la ley. Los jueces necesitan información tanto sobre el propósito como sobre los medios elegidos para alcanzarlo.

En resumen, el intencionalismo es un método común de interpretación con ciertas limitaciones. No obstante, los tribunales dependen de él, en parte porque los métodos alternativos de interpretación

[858] Richard M. Re, *The New Holy Trinity*, 18 Green Bag 2d 407 (2015); Student Note, *The Rise of Purposivism and the Fall of Chevron: Major Statutory Cases in the Supreme Court,* 130 Harv. L. Rev. 1227 (2017).

[859] Uno podría decir que un legislador razonable nunca buscaría evitar la discriminación racial en las votaciones respecto de algunos funcionarios, pero no de otros, como los jueces. Esta sería la posición de los académicos Henry Hart y Albert Sacks, quienes indicaron que los jueces debían ponerse en la posición de legisladores razonables que promulgan leyes razonables. *Véase* Henry M. Hart, Jr. & Albert M. Sacks, The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law (William N. Eskridge, Jr. & Phillip P. Frickey eds., 1995). Por supuesto, los legisladores reales no siempre son razonables.

también tienen fallas. A veces, el lenguaje es ambiguo, por lo que los jueces no pueden simplemente seguir el texto. La intención específica y la intención reconstruida son difíciles de identificar (si es que realmente existen). El intencionalismo es útil en ciertos casos, al igual que un martillo es útil para ciertos trabajos. El intencionalismo funciona mejor cuando la ley tiene un único propósito claro.

4.2. El Principio Interpretativo de los Incentivos

¿Puedo quemar hojas el sábado? ¿Cuántos votos necesita el proyecto de ley para convertirse en ley? ¿Puedo deducir este gasto de mis impuestos? ¿Cómo comento sobre la regulación propuesta para las aerolíneas? Un abogado debe conocer la ley para poder responder preguntas sobre lo que exige o permite hacer. En un caso fácil, el lenguaje de la ley y los hechos no dejan dudas sobre lo que exige o permite. Sin embargo, en un caso difícil, la aplicación adecuada de la ley a los hechos es incierta. Asignar un significado definitivo a una ley ambigua requiere razonar sobre el propósito de la ley, su historia, las intenciones de los legisladores, entre otros aspectos. El razonamiento jurídico es la capacidad fundamental que se adquiere mediante la educación legal.

Los legisladores promulgan leyes para lograr ciertos resultados. El logro de un resultado deseable es el propósito de una ley. Diferentes leyes tienen diferentes propósitos, como desarrollar vacunas, difundir información, subsidiar a los agricultores, empoderar a los votantes y proteger a los trabajadores de la competencia, por nombrar solo algunos resultados.

Encontrar la interpretación correcta de una ley a menudo requiere conocer su propósito y predecir las consecuencias que van aparejadas a interpretaciones alternativas. Para predecir las consecuencias de diferentes interpretaciones, los abogados deben utilizar la mejor evidencia disponible, incluidos los estudios provenientes de las ciencias sociales. La mejor evidencia de las ciencias sociales puede provenir de cualquiera de sus ramas—ciencia política, sociología, psicología, antropología—pero este libro pone énfasis en el análisis económico. La economía se diferencia de otras ciencias sociales por su compromiso constante con el análisis de incentivos, especialmente los incentivos de los actores racionales.

El análisis de incentivos a menudo proporciona las mejores predicciones disponibles sobre las consecuencias por dos razones. Primero, predecir los efectos de interpretaciones alternativas idealmente se basa en investigaciones empíricas rigurosas. Cuando estén disponibles, los tribunales deberían basarse en estas investigaciones. La investigación empírica de alta calidad a menudo resulta de la combinación de modelos de incentivos y estadísticas. Segundo, la mayoría de las decisiones legales se toman sin hacer uso de investigación empírica porque el surgimiento de casos tiene un mayor ritmo

que los académicos. En ausencia de investigación empírica, los abogados y jueces dependen en gran medida del razonamiento práctico y el sentido común. Sus argumentos sobre las consecuencias de la interpretación de una norma suelen referirse a los incentivos que esta crea. Un modelo de incentivos generalmente puede mejorar el razonamiento práctico y el sentido común corrigiendo inconsistencias y llevando los argumentos a sus conclusiones lógicas. De esta manera, los modelos de incentivos llevan al razonamiento práctico y sentido común a un nivel más alto de rigor y precisión.

Estas ideas conducen al *principio interpretativo* de los incentivos : en casos difíciles, la interpretación correcta de una ley es aquella que crea los incentivos que mejor cumplen su propósito. En términos económicos, la interpretación correcta de una ley proporciona incentivos para maximizar el cumplimiento de sus propósitos reales. A veces, la eficiencia es el propósito real de la ley, como cuando una ley ordena que se haga uso del análisis costo-beneficio. Sin embargo, la mayoría de las leyes tienen propósitos distintos a la eficiencia[860]. La eficiencia no es determinante para interpretar una ley cuyo propósito principal sea otro—como la no discriminación, la acción afirmativa, la redistribución o la protección de los trabajadores frente a la competencia extranjera.

Para aplicar el principio de los incentivos, haz uso de razonamiento jurídico para encontrar el propósito de una ley y luego usa el razonamiento económico para predecir el grado de cumplimiento del propósito bajo interpretaciones alternativas. En esta secuencia ideal, el razonamiento jurídico precede al razonamiento económico. Sin embargo, en la práctica, ambas formas de razonamiento se combinan. En lugar de proceder en orden, se retroalimentan mutuamente, de la siguiente manera: primero, describe el posible propósito de la ley; segundo, predice el cumplimiento de dicho propósito bajo interpretaciones alternativas; tercero, reconsidera el propósito de la ley a la luz de las predicciones; cuarto, predice el cumplimiento del propósito reconsiderado; y así sucesivamente. El resultado final de este proceso es un "equilibrio reflexivo", que define la interpretación correcta de la ley[861].

Al igual que el intencionalismo, el principio de incentivos funciona mejor cuando la ley tiene un propósito claro. Del mismo modo, el principio funciona cuando la ley tiene múltiples propósitos que

[860] Un enfoque interpretativo común en el análisis económico podría llamarse el *principio de eficiencia de la interpretación*: la interpretación correcta de una ley ambigua tiene las consecuencias más eficientes. Así, Richard Posner escribió famosamente, "el análisis económico es la estructura profunda del *common law* y las doctrinas de ese derecho son la estructura superficial". Richard A. Posner, Economic Analysis of Law 297 (9th ed. 2014). Louis Kaplow y Steven Shavell afirman que todas las leyes deben maximizar el bienestar social. Louis Kaplow & Steven Shavell, Fairness Versus Welfare (2006). Estas teorías presentan la eficiencia en una u otra forma como el propósito final de la ley. Las proposiciones sobre fines últimos pertenecen a la filosofía o la religión, no a las ciencias sociales.

[861] *Véase* John Rawls, A Theory of Justice (1971).

convergen, de manera que una misma acción los promueve a todos. Sin embargo, a veces la ley tiene múltiples propósitos que divergen, como un estatuto que busca fomentar el voto y, al mismo tiempo, respetar la soberanía estatal. En estos casos, una acción que maximiza uno de los propósitos no maximiza necesariamente el otro. Cuando los propósitos divergen, los tribunales necesitan una teoría valorativa que abarque distintos objetivos. Los valores que pueden englobar estos propósitos incluyen el bienestar, la utilidad o la justicia. Cualquiera que sea el valor abarcador que organice estos objetivos divergentes, la mejor acción será aquella que maximice dicho valor abarcador. No obstante, la elección de un valor abarcador puede generar controversia.

El principio de incentivos comienza con un tipo de razonamiento intencionalista. Por lo tanto, enfrenta los mismos desafíos que el intencionalismo, y no puede superar todos ellos. Sin embargo, puede mejorar la interpretación en los casos donde el intencionalismo es aplicable.

Hemos utilizado el principio de incentivos a lo largo de este libro. Recuerda nuestro análisis del federalismo. El Artículo I, Sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos divide el poder entre el gobierno nacional y los estados. El gobierno nacional tiene la facultad de legislar para el "bienestar general". ¿Qué constituye el bienestar general? Para responder a esta pregunta, explicamos que el propósito del federalismo es aprovechar las ventajas que resultan de los gobiernos grandes y pequeños. Para asegurar esas ventajas, podemos interpretar la Cláusula de Bienestar General de manera que el gobierno nacional actúe sobre externalidades interestatales cuando los estados no puedan resolverlas mediante negociación. Esta interpretación incentiva a los legisladores nacionales a actuar solo cuando el gobierno federal tiene una ventaja comparativa. Partimos del propósito del Artículo I, Sección 8 y desarrollamos una interpretación que fomenta incentivos para cumplirlo.

Considera otro ejemplo tratado en un capítulo anterior. La regla de un solo asunto limita las iniciativas de votación a un solo "tema". ¿Qué constituye un "tema"? Para responder, comenzamos con el propósito de la regla: evitar el *logrolling*. Explicamos que los votantes pueden intercambiar votos solo cuando tienen preferencias separables sobre las partes que componen una iniciativa. Por lo tanto, los tribunales deben anular iniciativas que combinen temas sobre los cuales los votantes tienen preferencias separables (pues estas iniciativas contienen más de un asunto). Los redactores de iniciativas no desean que los tribunales anulen sus propuestas, por lo que nuestro enfoque los incentivaría a separar propuestas sobre las cuales los votantes tienen preferencias separables. Partimos del propósito de la regla de un solo asunto y desarrollamos una interpretación que incentiva a los redactores a cumplir dicho propósito.

En conclusión, el principio de incentivos en la interpretación une la disciplina humanística del derecho con la ciencia social de la economía. Usamos el derecho para identificar el propósito de la ley y el análisis económico para encontrar los mejores incentivos para lograrlo. El principio de incentivos refina el razonamiento intencionalista que muchos jueces ya emplean y puede ayudar a resolver problemas complejos en el derecho, como el federalismo y la regla de un solo asunto.

Preguntas

4.2.1. ¿El legislador delegó este poder a la agencia? Para ayudar a responder, en un capítulo anterior se desarrolló el canon de delegación, que pregunta lo siguiente: "Dada esta delegación, ¿excederían los ahorros administrativos del legislador sus costos de desvío?" ¿Es el canon de delegación consistente con el principio interpretativo de los incentivos?
4.2.2 La ley en *Holy Trinity* tenía como objetivo proteger a los trabajadores manuales de la competencia extranjera. Aquí hay dos formas de lograr ese propósito: (1) excluir a los no ciudadanos que hacen trabajo manual; (2) excluir a todos los no ciudadanos porque distinguir entre los trabajadores manuales y los demás es difícil. El intencionalismo podría permitir que un juez elija entre estas dos posibilidades. ¿Lo permitiría el principio interpretativo de los incentivos? Al responder, considera si un juez que utiliza el principio interpretativo de los incentivos haría diferentes tipos de preguntas a los abogados que un juez que acude a una teoría intencionalista de la interpretación.

Conclusión

La adjudicación está en el corazón del derecho público. Los litigantes presentan reclamaciones, presentan hechos, llegan a acuerdos extrajudiciales o van a juicio. Los tribunales pesan las pruebas, interpretan el derecho y crean precedentes. Una ley ambigua o vaga da a los jueces discreción jurídica. Incluso con una ley clara, los jueces a menudo tienen discreción en términos de *policy*, por lo que pueden tomar sus decisiones preferidas sin la amenaza de que su decisión sea anulada o se los sancione de otra forma. Al decidir los casos, los jueces deben buscar respuestas correctas a las preguntas jurídicas. Pero los economistas tienen en cuenta todos los costos. Por lo tanto, los jueces deben sopesar los costos marginales de recopilar hechos más intensamente e interpretar más finamente frente a los beneficios marginales de la precisión. La ley indeterminada requiere un instrumento de desempate, como el principio del votante mediano. Estos son aspectos positivos y normativos del fallo de cómo se resuelven los casos. Concluimos presentando una teoría interpretativa de la resolución de casos, el principio interpretativo de los incentivos. Juntas, estas ideas iluminan el proceso de adjudicación. En el próximo capítulo las aplicamos a una serie de problemas legales.

Décimo Primera Parte
Aplicando la teoría de la adjudicación

Aplicando la teoría de la adjudicación

Charles Evans Hughes fue un reconocido jurista estadounidense. Él afirmó que: "[L]a Constitución es lo que los jueces dicen que es, y el poder judicial es la salvaguardia de nuestra libertad"[862]. Todas las leyes, incluidas las constituciones, requieren interpretación. Los jueces deciden lo que la ley significa. Interpretan la ley al resolver casos concretos. De esta forma, el contenido del derecho público, incluyendo derechos, libertades y poderes del gobierno, emerge a través de la adjudicación. El capítulo anterior analizó los aspectos positivos, normativos e interpretativos de la adjudicación. Aquí aplicamos esas ideas a problemas que siempre han acompañado al derecho. Abordamos preguntas como estas:

> *Ejemplo 1:* Marshall, el Presidente de la Corte Suprema, dijo que los jueces siguen "la voluntad de la ley" [863]. El filósofo Friedrich Nietzsche señaló que "[t]odas las cosas están sujetas a interpretación" y que "cualquiera que sea la interpretación que prevalezca es una función del poder y no de la verdad"[864]. ¿La interpretación que realizan los jueces produce verdad o refleja un poder que se ha impuesto exitosamente?
>
> *Ejemplo 2:* La legislatura de Luisiana aprobó una ley que permitía a los litigantes impugnar (es decir, cuestionar) el testimonio de sus oponentes "de cualquier manera *i*legal" [865]. ¿Cometieron los legisladores un error? ¿Pueden los jueces corregirlo?
>
> *Ejemplo 3:* En US Airways v. Barnett, la Corte Suprema analizó si el sistema de antigüedad de una empresa prevalecía sobre el derecho de un trabajador discapacitado a trasladarse a un trabajo menos exigente físicamente. En representación de la mayoría, el juez Breyer dijo que la respuesta por regla general es afirmativa, pero podría surgir una circunstancia

[862] Charles Evans Hughes, *Speech before the Elmira Chamber of Commerce*, 3 de mayo de 1907, *en* Addresses and Papers of Charles Evans Hughes 133, 139 (1908).

[863] Osborn v. Bank of United States, 22 U.S. 738, 866 (1824).

[864] Se atribuyen distintas versiones de esta frase a Nietzsche, pero no pudimos encontrar una fuente definitiva. Sin embargo, la cita se asemeja a algo que él escribió. *Véase* Friedrich Nietzsche, The Will to Power 267 (Walter Kaufmann & R.J. Hollingdale eds., 1968) ("Contra el positivismo, que se detiene en los fenómenos—'Solo hay hechos'—yo diría: No, precisamente hechos es lo que no hay, solo interpretaciones. Son nuestras necesidades las que interpretan el mundo; nuestros impulsos y su A favor y En contra. Cada impulso es una especie de deseo de dominar; cada uno tiene su propia perspectiva que le gustaría imponer a todos los demás impulsos como norma".).

[865] Scurto v. LeBlanc, 184 So. 567, 574 (La. 1938).

en la cual la respuesta fuera negativa. Escribiendo en disidencia, el juez Scalia criticó a la mayoría por "dejar de lado las reglas claras" y convertir el derecho en una "bolsa desordenada y sin estándares"[866]. ¿Qué es más importante: ¿que la ley sobre discapacidad sea adaptable a distintas circunstancias, o que sea clara?

Ejemplo 4: "El poder judicial debería interpretar de la mejor forma posible la constitución, no crear la mejor constitución posible por la vía de interpretar". ¿Cuál es la diferencia?

Para responder estas preguntas, comenzamos estudiando métodos interpretativos. Los jueces dan énfasis al texto de la ley, consultar las intenciones de los legisladores, o buscar el propósito de la ley. El análisis económico esclarece estos métodos al conectarlos con algunos valores importantes, como los costos de comunicación y costos de transición. Después analizar la interpretación, analizamos la doctrina jurídica. Los jueces eligen entre escribir opiniones que tienen estructura de reglas o estructura de estándares, y también escogen entre seguir sus precedentes o crear nuevos. El análisis económico puede informar estas elecciones. Finalmente, estudiamos las decisiones de tribunales colegiados. Muchos jueces trabajan en grupos con otros jueces. La Corte Suprema, por ejemplo, tiene nueve jueces. Grupos de jueces que actúan de manera lógica pueden tomar decisiones ilógicas, como mostraremos.

1. Métodos de interpretación

¿Tiene el Presidente autoridad para declarar la guerra? ¿El arancel al acero viola el derecho internacional? ¿Es un pez un "objeto tangible" según la *Sarbanes- Oxley Act?* Para responder preguntas como estas, los abogados interpretan la ley. En el ámbito del derecho público, la mayor parte de la interpretación involucra el texto de un reglamento, ley, tratado o constitución. ¿Cómo deben los jueces interpretar los materiales jurídicos? Esta pregunta está en el corazón de los abogados. A los políticos también les importa. El presidente Trump quería jueces que fueran "textualistas que creen en las palabras de la ley"[867]. El presidente Obama quería jueces "que entendieran que la justicia no es una teoría jurídica abstracta… [sino] que es la manera en que nuestras leyes afectan las realidades cotidianas de las vidas de las personas" [868]. En Estados Unidos, tu teoría de interpretación a menudo dice mucho sobre tu visión política.

[866] US Airways, Inc. v. Barnett, 545 U.S. 391, 412–14 (2002) (Scalia, J., disintiendo).

[867] *Véase* Tessa Berenson, *Hoping to Bring Out Conservative Voters, Donald Trump Releases New Supreme Court Shortlist,* Time, 9 de septiembre de 2020.

[868] *Véase* Janet Hook & Christi Parsons, *Obama Says Empathy Key to Court Pick,* L.A. Times, 2 de mayo de 2009.

Aplicamos el análisis económico a las teorías de interpretación. Comenzamos describiendo algunos desafíos en la interpretación, incluyendo los conflictos entre el texto y el propósito de una ley. Luego, utilizamos juegos de coordinación para estudiar la comunicación entre legisladores y ciudadanos. Los juegos de coordinación esclarecen preguntas importantes, como cuándo los tribunales deberían corregir errores en las leyes. Finalmente, relacionamos la interpretación con los costos de transición y la justicia.

1.1. Texto versus intención

El derecho público parte de meras palabras, y las palabras requieren ser interpretadas. Recordemos esta ley: "cualquier persona que tenga bombas en un aeropuerto será castigada". ¿Prohíbe la ley ingresar al aeropuerto con una bomba de agua? ¿Y qué ocurre con las bombas explosivas? No podemos saberlo porque la palabra "bombas" es ambigua. Podría significar aparatos de recirculación o artefactos explosivos. Aquí hay otra pregunta: ¿prohíbe portar bombas en la calle? Se podría decir que no, que solo prohíbe portar bombas el "en un aeropuerto". Pero lee con atención. Quizás la ley prohíbe poseer bombas en cualquier lugar, y si violas la ley, entonces "en un aeropuerto" serás castigado.

¿Cómo lo hacen los abogados para entender leyes de este tipo? Normalmente siguen leyendo y utilizan el sentido común. El sentido común indica que "bombas" se refiere a artefactos explosivos. Si el resto de la ley trata sobre artefactos explosivos y seguridad pública, eso fortalece la conclusión de que el término "bombas" incluye artefactos explosivos, pero no aparatos de recirculación, como una bomba de agua. Si el estado nunca castiga personas "en un aeropuerto", entonces esa frase debe referirse al lugar donde se poseen "bombas", no al castigo. En términos generales, los abogados entienden las palabras otorgándoles su significado común en determinado contexto. Para ayudar a encontrar el significado ordinario, los jueces suelen utilizar cánones de interpretación. Ya discutimos algunos cánones como *noscitur a sociis* en capítulos anteriores.

El significado ordinario y los cánones de interpretación a menudo son exitosos al momento de dar sentido a los textos legales. Pero no siempre. Una ley de Virginia castigaba a cualquier conductor "que no detenga, al acercarse desde cualquier dirección, a cualquier autobús escolar que esté detenido... con el propósito de subir o bajar niños"[869]. Lee cuidadosamente y verás el problema. La ley no dice a los conductores detenerse "ante" o "por" cualquier autobús escolar. Solo instruye a un conductor que "detenga … a cualquier autobús escolar que esté detenido". Aparentemente, los conductores no tienen

[869] *Véase* Tom Jackman, 2 *Little Letters Acquit Man Who Passed Stopped School Bus*, Wash. Post, 1 de diciembre de 2010.

que detener sus propios automóviles, ¡tienen que detener el autobús! Por supuesto, esto es imposible porque el autobús ya está detenido (la ley solo aplica al acercarse a un autobús "que esté detenido"). El lenguaje aquí no tiene sentido.

Esta ley contiene un *error de transcripción*, es decir, un error en el lenguaje. Los legisladores omitieron una palabra. Los errores de transcripción pueden poner presión al principio del significado ordinario. Sin duda, el propósito de la ley es proteger a los niños por la vía de hacer que los conductores se detengan a recogerlos. Sin embargo, el significado ordinario del lenguaje no exige que los conductores se detengan. El significado ordinario de la ley entra en conflicto con su propósito. Un tribunal podría corregir el error "insertando" la palabra "se".

En este ejemplo, el sentido común nos muestra el error. A veces los errores son más difíciles de diagnosticar. Un estatuto exigía a los mineros presentar anualmente documentos ante el gobierno "antes del 31 de diciembre" o perderían sus concesiones mineras. Algunos mineros presentaron su documentación el 31 de diciembre. Según el significado ordinario del estatuto, lo hicieron con un día de retraso y perdieron sus concesiones. Pero ¿por qué necesitaría el gobierno los documentos justo un día antes del último día del año? Según el juez Stevens, "nadie… sugirió ninguna razón racional para omitir solo un día" del calendario[870]. Concluyó que la ley contenía un error de transcripción. El Congreso quiso escribir "el 31 de diciembre o antes" o "antes del cierre del horario hábil del 31 de diciembre". El juez Stevens no logró convencer a sus colegas. En *United States v. Locke*, la Corte Suprema privó a los mineros de sus concesiones, señalando que "[e]l propósito legislativo se expresa mediante el significado ordinario de las palabras utilizadas"[871]. El juez Stevens percibió un error de transcripción, pero los demás jueces no lo hicieron.

Los errores de transcripción se relacionan con un problema desconcertante de la interpretación jurídica: conflictos entre el texto de la ley y las intenciones (o aparentes intenciones) de quienes la hicieron. Hemos discutido tales conflictos a lo largo del libro. Aquí los consideramos nuevamente usando un caso famoso. Francis Palmer escribió un testamento que llevaría a que, tras su muerte, otorgaría sus bienes a su nieto Elmer. Más tarde, Francis se enojó con Elmer y amenazó con sacarlo del testamento. Elmer respondió asesinando a Francis. La ley castigó a Elmer por su crimen, pero ¿qué ocurría con el testamento? Francis no lo había modificado antes de morir. La ley decía: "Ningún testamento escrito, excepto en los casos mencionados a continuación, ni parte alguna del mismo,

[870] United States v. Locke, 471 U.S. 84, 123 (1985) (Stevens, J., disintiendo).

[871] *Id.* at 95.

podrá ser revocado ni alterado de otra manera"[872]. La ley no contemplaba excepciones para el caso en que hubiera un asesinato. Así, según el significado ordinario de las palabras en el estatuto, Elmer debería recibir la herencia.

En *Riggs v. Palmer*, el tribunal negó a Elmer la herencia. La mayoría de la corte defendió que:

> Era la intención de los legisladores que los beneficiarios en un testamento recibieran los bienes que les fueron otorgados. Pero nunca pudo haber sido su intención que un beneficiario que asesinara al testador para activar el testamento obtuviera algún beneficio bajo éste. Si tal caso se les hubiera ocurrido, y hubieran considerado necesario hacer alguna disposición legal al respecto, no cabe duda de que lo habrían previsto[873].

La corte recurrió a un concepto discutido en el capítulo anterior: la intención reconstruida. Si los legisladores lo hubieran considerado, habrían prohibido heredar a herederos asesinos como Elmer, o al menos eso concluyó el tribunal. La corte también recurrió a un canon interpretativo conocido como la *doctrina del absurdo*[874]. Esa doctrina autoriza a los jueces a evitar resultados que "toda la humanidad, sin dudarlo, rechazaría unánimemente"[875].

Permitir que Elmer heredara ciertamente parece absurdo, por lo que impedirlo parece justificado. Pero consideremos con mayor precisión lo que hizo el tribunal. El texto de la ley respaldaba a Elmer. La corte, en efecto, modificó el texto añadiendo una frase nueva (pero no escrita), que decía algo así como lo siguiente: "Los herederos asesinos no heredarán". ¿Deberían los jueces tener el poder de modificar las leyes? ¿Cómo pueden distinguir resultados "absurdos" que pueden corregir, de otros resultados — malos, tontos, o desperdiciados— que no pueden corregir? ¿No suelen las legislaturas hacer mejores leyes que los jueces? ¿Qué otras leyes podrían decidir modificar los jueces? Preocupaciones como estas llevaron al juez Gray a disentir en Riggs. Éste señaló lo siguiente:

[872] Riggs v. Palmer, 22 N.E. 188, 192 (N.Y. 1889) (Gray, J., disintiendo) (se omiten las comillas internas).

[873] *Id.* at 189.

[874] *Id.* ("Si de [una interpretación de un estatuto] surgen colateralmente consecuencias absurdas manifiestamente contradictorias con la razón común, estas son, con respecto a dichas consecuencias colaterales, nulas".) (se omiten las comillas internas y la cita).

[875] Sturges v. Crowninshield, 17 U.S. 122, 203 (1819). *Véase también* John Manning, *The Absurdity Doctrine*, 116 Harv. L. Rev. 2387 (2003).

> [L]a cuestión no radica en el dominio de la conciencia. Estamos atados por las reglas rígidas del derecho, establecidas por la legislatura, dentro de cuyos límites queda circunscrita la decisión de esta cuestión. La pregunta que enfrentamos es si una disposición testamentaria puede ser alterada, o un testamento revocado, después de la muerte del testador, mediante una apelación a los tribunales, cuando la legislatura ha prescrito exactamente, mediante sus promulgaciones, cómo y cuándo pueden ser creados, alterados y revocados los testamentos[876].

Según el juez Gray, el estatuto "no dejaba espacio para que los tribunales ejercieran jurisdicción equitativamente"[877].

La opinión del juez Gray es una instancia de un método de interpretación legal denominado *textualismo*[878]. El textualismo pone énfasis en el lenguaje de la ley, no en la intención ni el propósito detrás de ella. El lenguaje de la ley en *Riggs* permitía a Elmer heredar, por lo que la mayoría de los textualistas le habrían otorgado la propiedad conforme al testamento, aunque hubiese cometido asesinato. De manera similar, las palabras de la ley en Locke indicaban que los mineros presentaron sus documentos tarde, por lo que la mayoría de los textualistas habrían privado a los mineros de sus concesiones. El textualismo contrasta con el *intencionalismo*. Los intencionalistas dan énfasis a las intenciones de quienes crearon la ley. Los intencionalistas podrían buscar en la historia legislativa evidencia de la intención específica (aquello que los legisladores efectivamente acordaron), o podrían recurrir a la justicia y al sentido común para reconstruir la intención (lo que los legisladores habrían acordado si hubiesen considerado el caso específico). Los intencionalistas podrían tratar de identificar el propósito de la ley y dejar que ese propósito guíe su interpretación. Comparados con los textualistas, los intencionalistas se sienten más libres para apartarse del texto legal. La decisión del tribunal en Riggs representa una instancia de intencionalismo. Las palabras de la ley permitían que Elmer heredara, pero sin duda los legisladores que redactaron la ley no habrían querido ese resultado absurdo. El tribunal prohibió que Elmer recibiera la herencia.

Jueces y académicos debaten sobre los méritos del textualismo y el intencionalismo. A veces el debate parece una pelea. Aquí hay un breve resumen de algunos argumentos centrales. Los partidarios del textualismo sostienen que este promueve la predictibilidad. Si te enfrentas a jueces textualistas, puedes

[876] Riggs v. Palmer, 22 N.E. 188, 191 (N.Y. 1889) (Gray, J., disintiendo).

[877] *Id.*

[878] El textualismo se presenta en diferentes formas. El "nuevo" textualismo enfatizado por los jueces estadounidenses hoy en día puede diferir del textualismo del juez Gray en *Riggs*. Sin embargo, todas las formas de textualismo ponen énfasis en las palabras del estatuto.

saber qué exige la ley solamente leyéndola. No es necesario leer la ley y leer la historia legislativa y considerar las intenciones de los legisladores (asumiendo que tales intenciones existan). Además, el textualismo limita la discrecionalidad judicial. Los jueces aplican lo que la ley dice, no lo que quisieran que dijera, ni lo que imaginan que los legisladores querían que dijera. Finalmente, el textualismo fomenta una redacción cuidadosa. Si los legisladores quieren prohibir que los asesinos hereden, deben indicarlo expresamente en el estatuto.

Los partidarios del intencionalismo rechazan estos argumentos. Afirman que el texto legal suele ser ambiguo o vago, y que los cánones de interpretación (en los que los textualistas se apoyan ampliamente) a menudo conducen a respuestas distintas. Por lo tanto, el textualismo suele ser impredecible y no limita la discrecionalidad judicial. Los partidarios del intencionalismo sostienen que su método promueve la justicia, como cuando el tribunal en *Riggs* prohibió a Elmer heredar. Argumentan que el texto escrito no puede abordar adecuadamente todas las situaciones. El verdadero significado de la ley depende de circunstancias, intenciones y principios profundos como la igualdad y la equidad, y no simplemente de palabras escritas en una página. Un buen juez hace más que leer. Por lo tanto, sostienen que el intencionalismo es más fiel al derecho que el textualismo. Y así sucesivamente.

Este debate es tan antiguo como el derecho mismo. Aristóteles ya reflexionaba sobre las leyes y sus excepciones hace más de 2000 años[879]. El análisis económico no puede resolver el debate, pero en las siguientes páginas se muestra cómo puede ayudar.

Preguntas

1.1.1. ¿Se oponen el textualismo y el intencionalismo? ¿Cómo describirías a un juez que piensa que el significado de una ley depende de las intenciones de quienes la crearon, y que el texto de la ley es la mejor evidencia de esas intenciones?[880]
1.1.2. La ley dice: "Cualquier persona que posea bombas en un aeropuerto será castigada". En el mundo uno, la historia legislativa aborda exclusivamente la seguridad en edificios públicos y nada más. En el mundo dos, la historia legislativa aborda la seguridad en edificios públicos, la seguridad en las calles, castigos, discapacidades físicas y muchos otros temas. Los jueces

[879] *Véase, en general,* W. von Leyden, *Aristotle and the Concept of Law,* 42 Phil. 1 (1967).

[880] *Véase* Caleb Nelson, *What Is Textualism?,* 91 Va. L. Rev. 347 (2005).

deben interpretar el estatuto. ¿Tienen los textualistas más o menos discrecionalidad que los intencionalistas en el mundo uno? ¿Y en el mundo dos?

1.1.3. Considera dos casos de capítulos anteriores. La ley prohibía que cualquier persona obstruyera el correo. En *United States v. Kirby,* la Corte sostuvo que la ley no aplicaba a un sheriff que arrestó a un cartero buscado por asesinato[881]. La ley prohibía traer a un extranjero a Estados Unidos para trabajar. En *Church of the Holy Trinity v. United States*, la Corte sostuvo que la ley no aplicaba a una iglesia que contrató a un pastor proveniente de Inglaterra[882]. En ambos casos la Corte recurrió a la doctrina del absurdo. ¿La doctrina del absurdo fortalece o debilita el Estado de Derecho?

1.2. Derecho y coordinación

El derecho dice relación con el lenguaje, y el lenguaje dice relación con la comunicación. Los oyentes quieren comprender, y los hablantes quieren ser comprendidos. Lo mismo ocurre con la escritura. La mayoría de los autores quieren enviar un mensaje, y la mayoría de los lectores quieren recibirlo. Tener un lenguaje común reduce el costo de la comunicación entre personas. Una comunicación fluida promueve el tipo de cooperación que beneficia a todos. En la novela de Lewis Carroll *A través del espejo,* Humpty Dumpty dice: "Cuando uso una palabra significa exactamente lo que yo decido que signifique, ni más ni menos"[883]. Esta frase es graciosa y absurda. Si los hablantes eligen los significados de sus palabras, los oyentes no los comprenderán. Entonces, ¿para qué escuchar? Si nadie escucha, ¿para qué hablar?

Estas ideas aplican al derecho. El derecho prohíbe conducir rápido, coludirse para fijar precios y contaminar los océanos. Los legisladores expresan estas prohibiciones por escrito, con la intención de que los ciudadanos las comprendan. Los ciudadanos quieren comprender estas prohibiciones antes de actuar, para no violar la ley y enfrentar sanciones. Los abogados son fundamentales en la comunicación jurídica. Como buenos redactores de discursos, ayudan a los legisladores a redactar leyes claras. Como buenos traductores, ayudan a los ciudadanos a entenderlas.

[881] 74 U.S. 482 (1868).

[882] 143 U.S. 457 (1892).

[883] Lewis Carroll, *Through the Looking-Glass* 106–07 (1896).

Al inicio del libro introdujimos los juegos de coordinación. En los juegos de coordinación, los intereses de todos los jugadores convergen. Conducir ofrece un buen ejemplo. No importa si manejamos por la izquierda o por la derecha, siempre que todos tomen la misma decisión. El juego de conducción tiene dos equilibrios: todos conducen por la izquierda y todos conducen por la derecha.

Podemos utilizar juegos de coordinación para comprender la comunicación que se desarrolla en el derecho[884]. La Figura 51 ilustra una comunicación entre un legislador y un ciudadano. La cuestión es si el ciudadano puede realizar cierta acción, como excavar una mina en tierras públicas. Si el legislador responde "sí" y el ciudadano entiende "sí", entonces las partes coordinan el significado y reciben pagos altos. Lo mismo ocurre si el legislador responde "no" y el ciudadano entiende "no". Sin embargo, si el legislador dice "no" y el ciudadano entiende "sí", o viceversa, las partes quedan fuera del equilibrio. Fracasan en coordinar el significado. El ciudadano o bien realiza algo ilegal o se abstiene de hacer algo legal (y valioso, al menos para ella). Las partes reciben pagos bajos.

Figura 51. Coordinación sobre el Significado

		Ciudadano	
		Si	No
Legislador	Si	5,5	0,0
	No	0,0	5,5

En general, la coordinación es más sencilla cuando se trata de grupos pequeños. Dos personas pueden coordinar su conducción, especialmente si pueden comunicarse ("conduzcamos por la derecha"). Del mismo modo, un legislador y un ciudadano pueden coordinarse respecto del significado de una ley. Si el ciudadano se confunde, probablemente pueda pedir una aclaración al legislador. En la práctica, los grupos suelen ser grandes, lo que dificulta la coordinación. Miles

[884] *Véase* David Lewis, Convention: A Philosophical Study (1969), sobre el lenguaje y la coordinación.

de conductores tienen dificultades al momento de coordinarse, como sabe cualquiera que haya conducido en Mumbai. De la misma manera, los legisladores y millones de ciudadanos luchan por coordinarse. No importa cuán cuidadosamente escriban los legisladores y lean los ciudadanos, alguien malinterpretará algo. Con grupos grandes, los malentendidos son inevitables.

Para comenzar, consideremos un malentendido menor. Este ocurre cuando legisladores y ciudadanos se coordinan de manera en general exitosa respecto del significado de la ley, pero fallan en algunos casos. Para ilustrarlo, supón que la cuestión es si Ricardo puede excavar una nueva mina en tierras públicas. A través de la ley, los legisladores enviaron la respuesta "no", y la mayoría de los ciudadanos entendió que la respuesta era "no", pero Ricardo entendió que la respuesta era "sí". Ricardo excavó la mina, y ahora se encuentra ante el tribunal. Dependiendo de los hechos, decidir a favor de Ricardo podría promover la justicia en su caso. Diremos más sobre la justicia más adelante. Pero decidir a favor de Ricardo alteraría las comunicaciones. Los legisladores enviaron una señal de que "no" se podía hacer cierta actividad, y la mayoría de los ciudadanos la entendió. Si el tribunal decide que "no" significa "sí", entonces legisladores y ciudadanos deberán cambiar su forma de comunicarse o sufrir más malentendidos en el futuro. Esto generaría *costos de comunicación*. Decidir que "no" significa "no" minimizaría los costos de comunicación, al apoyar las expectativas de la mayoría de las personas.

Podemos relacionar estas ideas con la Figura 51. Ricardo está en la casilla inferior izquierda, pero todos los demás están en la casilla inferior derecha. Ricardo está fuera de equilibrio. El tribunal puede facilitar la coordinación sobre el significado de la ley fallando en contra de Ricardo. Ricardo no querrá repetir su error, por lo que una decisión adversa lo empujará a cambiar la forma en que interpreta la ley desde dicho fallo en adelante. Ricardo, y nadie más, soportará los costos de comunicación. Para generalizar, *ante un malentendido menor, los tribunales minimizan los costos de comunicación al identificar y aplicar el equilibrio.*

Podemos aplicar este análisis a casos reales. Recuerda la ley que castigaba a los conductores que no "detenga… cualquier autobús escolar que esté detenido" para subir o bajar niños. ¿Violó John Mendez esta ley cuando pasó junto a un autobús que estaba bajando niños?[885] Según el lenguaje literal, no. Mendez solo tenía que detener el autobús (que ya estaba detenido); no tenía que detenerse él mismo. Muchos jueces rechazarían este enfoque literal y corregirían el error de transcripción. ¿Por qué? Porque en este caso el significado es claro. Sin duda, los legisladores que redactaron la ley estuvieron de acuerdo con su propósito (proteger a los niños), y seguramente estuvieron de acuerdo con los medios para lograrlo (hacer que los conductores detengan sus

[885] *Véase* Tom Jackman, *2 Little Letters Acquit Man Who Passed Stopped School Bus*, Wash. Post, 1 de diciembre de 2010.

automóviles). Seguramente la mayoría de los ciudadanos que leyeron la ley entendió esto. El error de transcripción en esta ley se parece al malentendido menor que estudiamos anteriormente, con Mendez y su automóvil reemplazando a Ricardo y su mina. Casi todos se han coordinado sobre el significado de la ley (los conductores deben detener sus propios vehículos). Para minimizar los costos de comunicación, los jueces deberían identificar y aplicar ese equilibrio. Mendez violó la ley.

Preguntas

1.2.1. La ley sobre autobuses escolares tenía 40 años de antigüedad cuando surgió el caso de Mendez. ¿Esto afecta tu evaluación respecto a si las personas se habían coordinado sobre su significado?
1.2.2. En el caso real, el juez *se negó* a corregir el error de transcripción, afirmando que "[Mendez] solo puede ser culpable si fracasó a la hora de detener algún autobús escolar", y que "no existe evidencia de que lo haya hecho"[886]. ¿La decisión del juez generó costos de comunicación? ¿Para quién?
1.2.3. Al interpretar leyes, los intencionalistas buscan lo que quisieron decir quienes redactaron la ley, mientras que la mayoría de los textualistas buscan lo que los lectores (o un lector "razonable"[887]) entendieron. Esta diferencia podría parecer bastante profunda. Pero el juez Scalia, un destacado textualista, escribió que "lo que el texto razonablemente significaría" y "lo que se pretendía que significara" son cuestiones que "se persiguen mutuamente en cierto grado"[888]. Usa los juegos de coordinación para explicar la afirmación del juez Scalia.
1.2.4. Los críticos afirman que la doctrina del absurdo carece de principios. ¿Por qué trazar el límite en "absurdo"? ¿Por qué no rechazar también resultados "malos" o "irrazonables"? Usa nuestro análisis sobre coordinación y costos de comunicación para responder a los críticos.

Una exigencia alta para los errores de transcripción

En *United States v. Locke*, el juez Stevens concluyó que la ley contenía un error de transcripción. Creía que los legisladores tenían la intención de escribir "antes del cierre del

[886] *Id.*

[887] *Véase* Frank H. Easterbrook, *The Role of Original Intent in Statutory Construction*, 11 Harv. J.L. Pub. Pol'y 59, 65 (1988).

[888] Antonin Scalia, *Response*, *en* A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law 144 (1997).

horario hábil del 31 de diciembre". Pero la mayoría de los jueces rechazó su argumento. Adoptaron una postura similar a la del juez Scalia, quien escribió: "[L]a *condición indispensable* de cualquier doctrina sobre 'errores de transcripción'... es que el significado genuinamente pretendido pero expresado inadecuadamente debe ser absolutamente claro". En otras palabras, el error debe ser evidente; de lo contrario, los tribunales no lo corregirán. Este es un enfoque común frente a los errores de transcripción.

¿Por qué los jueces establecen una exigencia tan alta? Según el juez Scalia, corregir un error menos evidente podría equivaler a "reescribir la ley en lugar de corregir un error técnico". Supón que "reescribir la ley" significa "introducir un error en la ley". ¿Establecer una exigencia alta impide que los jueces introduzcan errores en las leyes? No necesariamente. Para entender por qué, supón que una ley contiene un error que es claro (digamos, con un 70 por ciento de probabilidad de ser un error), pero no *absolutamente* claro (digamos, con un 95 por ciento de probabilidad de ser un error). El juez Scalia no corregiría la ley porque el error no es absolutamente claro. Pero existe una probabilidad del 70 por ciento de que la ley tenga un error. En este ejemplo, reducir la exigencia hace más probable prevenir un error que causar uno.

Minimizar los errores no parece justificar esta alta exigencia para diagnosticar errores de transcripción. ¿Pueden los costos de comunicación justificar esta alta exigencia? Un error es "absolutamente claro" cuando casi todos lo reconocen. La ley que requiere a los conductores que "detenga … a cualquier autobús escolar que esté detenido…" proporciona un ejemplo. Casi todos reconocen el error en esa ley y saben lo que significa el lenguaje (los conductores deben detener sus propios vehículos). En casos como este, corregir el error equivale a identificar el equilibrio. Los tribunales minimizan los costos de comunicación cuando identifican el equilibrio existente. Un equilibrio tiene mayor probabilidad de existir—es más probable que las personas se hayan coordinado sobre su significado—cuando el error es absolutamente claro.

Estas ideas respaldan la alta exigencia para los errores de transcripción. También perfeccionan la doctrina del error de transcripción. La justificación para corregir un error en una ley se fortalece en la medida que el error *y su corrección* sean claros para más personas.

Encontrar el *Common Law*

La mayor parte del derecho público es impuesto desde arriba hacia abajo, como cuando los legisladores dictan leyes que regulan la conducta de las personas. En contraste, parte del derecho privado se desarrolla desde abajo hacia arriba. En la Inglaterra medieval, los comerciantes compraban y vendían mercancías en ferias comerciales. Los comerciantes desarrollaron sus propias normas sobre contratos, propiedad, pagos, bienes defectuosos, entre otras cosas. A medida que el sistema legal se desarrolló, los jueces ingleses asumieron jurisdicción sobre disputas entre comerciantes. Los jueces no sabían lo suficiente sobre las transacciones comerciales especializadas como para diseñar reglas razonables. Por ello, supuestamente intentaron descubrir las normas que los mismos comerciantes habían desarrollado. Los jueces exigieron a los comerciantes seguir normas antiguas surgidas desde abajo, no nuevas normas impuestas desde arriba.

Este relato es coherente con la adjudicación en el *common law.* En sistemas de *common law.* como Inglaterra y Estados Unidos, los jueces generalmente resuelven las disputas siguiendo precedentes antiguos, es decir, decisiones previas sobre disputas similares. Sin embargo, los jueces a veces desarrollan nuevos precedentes cuando enfrentan un caso novedoso o cambian las circunstancias. Al desarrollar nuevos precedentes, se supone que los jueces no actúan a su antojo. No se supone que "creen" derecho. Se supone que lo "encuentran".

Consideremos a Lord Mansfield, un famoso juez inglés. En el siglo XVIII, los comerciantes utilizaban complicados instrumentos financieros para pagarse entre sí. Esos instrumentos planteaban preguntas difíciles sobre la asignación del riesgo. Para ilustrar, supongamos que *A* entrega bienes a *B*, y *B* entrega a *A* una nota prometiendo pagar en una fecha posterior. *A* vende la nota a *C*. Luego *B* descubre que los bienes son defectuosos. ¿Debe *B* pagar a *C* de todas formas? ¿Debe *C* buscar compensación en *A*? Lord Mansfield aparentemente encontró respuestas examinando cuidadosamente las prácticas comerciales existentes e incorporando las mejores de ellas al *common law*.

Los juegos de coordinación permiten ver esta historia con perspectiva. En general, todas las personas sometidas al derecho quieren entenderlo, y todos los que crean derecho quieren que éste sea comprendido. Todos se benefician de una comunicación clara. A veces la comunicación es clara para la mayoría, aunque no para todos. En tales casos, los buenos jueces encuentran y aplican el equilibrio existente.

1.3. Comunicación en el largo plazo

Hemos discutido malentendidos menores, como cuando los legisladores envían el mensaje "sí" y solo Ricardo entiende "no". Casi todos se han coordinado sobre el significado. Ahora consideramos los malentendidos de mayor envergadura. Un malentendido de mayor envergadura ocurre cuando legisladores y ciudadanos no logran coordinarse sobre el significado. A través del estatuto, los legisladores podrían enviar el mensaje "sí", pero la mayoría de los ciudadanos reciben el mensaje "no". Esto corresponde a la casilla superior derecha de la Figura 51. En este caso, los tribunales no pueden encontrar el equilibrio porque no existe. Los tribunales deben crear el equilibrio.

Crear un equilibrio —anunciar el significado de una ley— tiene muchas consecuencias. Por ahora nos concentramos en una consecuencia: los costos de comunicación. Los legisladores enviaron el mensaje "sí" y los ciudadanos entendieron "no". Si el tribunal sostiene que la ley significa "no", entonces los legisladores deben cambiar la manera en que envían mensajes. Los legisladores soportan los costos de comunicación. Si el tribunal sostiene que la ley significa "sí", entonces los ciudadanos deben cambiar la manera en que reciben mensajes. Los ciudadanos soportan los costos de comunicación. Menores costos son preferibles, y los ciudadanos superan en número a los legisladores ampliamente, por lo que quizás los jueces deberían decidir que la ley significa "no". Esto impondría la responsabilidad sobre los legisladores.

Para concretar estas ideas, volvamos a *Locke*. El estatuto exigía a los mineros presentar documentación "antes del 31 de diciembre" so pena de perder sus concesiones. Supón, por ejemplo, un malentendido de gran envergadura. Los legisladores querían una fecha límite del 30 de diciembre, como dice el texto. Sin embargo, el texto está redactado torpemente (¿por qué no decir "hasta el 30 de diciembre"?), y la fecha límite es arbitraria (¿quién quiere documentos el día justo antes del fin de año?). Por lo tanto, los mineros entendieron que la fecha límite era el 31 de diciembre. Si un tribunal establece que la fecha límite es el 31 de diciembre, entonces los legisladores deben cambiar la manera en que comunican sus mensajes. La próxima vez tendrán que escribir algo así como "hasta el 30 de diciembre—¡y sí, queremos decir 30 de diciembre!". Si el tribunal establece que la fecha límite es el 30 de diciembre, entonces los mineros deben cambiar la manera en que interpretan textos. Deberán aprender a concentrarse en el texto e ignorar consideraciones de contexto, como la arbitrariedad del plazo. Parece más sencillo lograr que cientos de legisladores cambien algunas palabras que conseguir que miles de mineros cambien la manera en que leen. Para minimizar los costos de comunicación, el tribunal debería establecer la fecha límite en el 31 de diciembre.

Esta conclusión parece correcta en este caso individual. Pero ¿qué ocurre con una serie de casos? Legisladores y mineros no se comunican solo sobre una única fecha límite. A través de leyes y regulaciones, los legisladores comunican muchos mensajes a los mineros, probablemente cientos. Los mineros quieren recibir esos mensajes. Ambas partes quieren comunicarse con precisión y a bajo costo. Algunos métodos de comunicación funcionan mejor que otros. Podemos transmitir detalles con mayor precisión con palabras que con señales de humo. ¿Cómo puede un tribunal minimizar los costos de comunicación cuando se trata de una serie de casos?

Formulemos el problema con una matriz que muestre los pagos en el largo plazo. Supón que los legisladores son textualistas (la ley significa lo que dice el texto de ella), mientras que los mineros son intencionalistas (la ley significa lo que creen ellos que los legisladores quisieron decir). Esta diferencia explica el grave malentendido. En la Figura 52, las partes están en la casilla superior derecha. Establecer la fecha límite en el 31 de diciembre llevaría a las partes a la casilla inferior derecha. Coordinarse sobre el intencionalismo generaría un pago de largo plazo de 5 para cada uno. Establecer la fecha límite en el 30 de diciembre llevaría a las partes a la casilla superior izquierda. Coordinarse sobre el textualismo generaría un pago de largo plazo de x para cada uno. El tribunal debería fijar la fecha límite en el 30 de diciembre si x supera a 5, y debería fijarla en el 31 de diciembre si 5 supera a *x*. La mejor decisión depende de si el textualismo tiene costos de comunicación más bajos o más altos que el intencionalismo en una serie de casos.

En nuestro ejemplo, el textualismo ciertamente tiene mayores costos en el corto plazo. Los mineros deben cambiar la manera en que leen las leyes mineras. Eso es más costoso que lograr que relativamente pocos legisladores cambien cómo redactan las leyes. Pero en el largo plazo, el textualismo podría hacer más sencilla toda comunicación. Los mineros no necesitan leer la historia legislativa ni contemplar los estados mentales de los legisladores. Solo necesitan leer las palabras. Si los beneficios a largo plazo son lo suficientemente grandes, coordinarse sobre el texto sería lo mejor para la comunicación.

Figura 52. ¿Texto o Intención?

	Texto	**Mineros**	Intención
Texto	X,X		0,0
Legislador			
Intención	0,0		5,5

Este análisis proporciona un argumento económico a los textualistas que sostienen que concentrarse en el texto hace que la ley sea más predecible. En nuestro lenguaje, "predecible" significa "costos de comunicación bajos". Los textualistas creen que su equilibrio preferido minimizará esos costos en el largo plazo.

Los textualistas ¿tienen la razón? El costo de corto plazo para lograr que las personas cambien la manera en que leen e interpretan podría ser significativo. Recuerda que el textualismo depende considerablemente de los cánones interpretativos. ¿Cuántos mineros conocen, por ejemplo, *noscitur a sociis*? Este costo de corto plazo aumenta con el número de intérpretes (en nuestro ejemplo, el número de mineros). En cuanto a los beneficios, incluso si suponemos que el textualismo implica costos más bajos de comunicación, esto no resuelve la cuestión. Necesitamos saber cuánto más bajos son dichos costos. Si el intencionalismo generalmente produce una comunicación difícil y costosa, lo que hace que los regulados desperdicien tiempo y esfuerzo leyendo reportes de comités y contemplando intenciones, entonces coordinarse sobre el texto ofrece una mejora sustancial. Pero si el intencionalismo generalmente produce una comunicación fácil y clara, con solo rupturas ocasionales como en *Locke*, entonces obligar a las personas a coordinarse sobre el texto ofrece una mejora pequeña, quizás demasiado pequeña para justificar el cambio. En ese caso, x en la Figura 52 es menor que 5.

Para generalizar, *ante un malentendido de envergadura, los tribunales deben crear el equilibrio. Un buen equilibrio minimiza los costos de comunicación en una serie de casos.* Esta prescripción entrega a los

jueces un objetivo, pero alcanzarlo es difícil. Los tribunales generalmente no pueden determinar con certeza el equilibrio que minimiza los costos.

Preguntas

1.3.1. Para facilitar la coordinación, un juez toma una decisión textualista hoy y se compromete a tomar decisiones textualistas en el futuro. ¿Es creíble este compromiso? ¿Por qué, a pesar de siglos de interpretación por parte de los tribunales, los legisladores y los ciudadanos no han logrado coordinarse acerca de un método interpretativo?
1.3.2.¿Permite la ley que Elmer herede de Francis a pesar de haberlo asesinado? Supón un malentendido de envergadura. Los legisladores querían responder que "sí", pero la mayoría de las personas entendieron que "no" por razones morales: sería injusto permitir que Elmer heredara a través de un asesinato. A largo plazo, ¿es más fácil para los legisladores redactar un texto más claro o para las personas suspender sus consideraciones morales al leer el texto?[889]
1.3.3."¡Suelta todo!". Si escucharas esta orden, quizás soltarías tu lápiz, pero no soltarías a tu bebé. ¿Es posible que las personas se coordinen únicamente sobre el significado literal de las palabras? ¿Siempre entenderemos que las leyes escritas tienen excepciones?[890]

¿Quién lee la ley?

La *Class Action Fairness Act* de 2005 hizo posible trasladar (es decir, transferir) algunos juicios de alto valor en Estados Unidos desde tribunales estatales a tribunales federales. Los demandantes en estos casos generalmente preferían permanecer en tribunales estatales. Según la ley, podían apelar una orden de traslado a un tribunal federal "no menos de 7 días después de dictada la orden". Este lenguaje es muy peculiar. Para evitar que el litigio se prolongue, leyes como esta generalmente crean plazos ("Tienes una semana para apelar"). Pero esta ley crea un período de vacancia. Dice que no puedes apelar por al menos una semana. La ley casi con certeza contiene un error. Los legisladores escribieron "menos" pero quisieron decir "más".

[889] Cf. Andrew Gold, *Absurd Results, Scrivener's Errors, and Statutory Interpretation*, 75 U. Cin. L. Rev. 25 (2006) (argumentando que resultados suficientemente absurdos o errores suficientemente evidentes serían considerados por lectores competentes, por lo que la aplicación de la doctrina de la absurdidad y la corrección de errores de redacción deberían ser aceptables para los textualistas).

[890] *Véase* Lon L. Fuller, *The Case of the Speluncean Explorers,* 62 Harv. L. Rev. 616, 625–26 (1949).

Muchos tribunales corrigieron el error, pero no sin controversia. El juez Bybee, de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos, pensó que "menos" significaba "menos". Convertir "menos" en "más", escribió, "priva a los ciudadanos de la capacidad de confiar en las leyes tal como están escritas".

Nuestro análisis esclarece y desafía el argumento del juez Bybee. Él creía que corregir el error aumentaría los costos de comunicación de los ciudadanos. En lugar de solo leer el texto, los ciudadanos deben leer el texto y considerar las intenciones probables de los legisladores. Presentado de esta manera, corregir el error parece que aumentará los costos. Pero expongámoslo de otro modo. Corregir el error lleva a que los ciudadanos puedan confiar en el sentido común sobre el significado de la ley, mientras que no corregirlo implica que los ciudadanos deban ignorar el sentido común y leer cuidadosamente el texto legal. Presentado así, no corregir el error parece que aumentará los costos.

Si los ciudadanos que leen esta ley son personas comunes, entonces el juez Bybee podría estar equivocado. Las personas comunes podrían encontrar difícil ignorar el sentido común y leer el texto con mucho cuidado. ¿Crees que personas comunes leen esta ley? Probablemente no. La ley trata sobre juicios colectivos de alto valor. La mayoría de las personas que leen esta ley son abogados, y los abogados están entrenados para leer el texto cuidadosamente. Quizás el juez Bybee tenía razón en el argumento, pero lo expuso mal (¿un error de transcripción?). Quizás debería haber argumentado que convertir "menos" en "más" aumentaría los costos de comunicación de los *abogados*.

1.4. Costos de transición

Hemos vinculado la interpretación con la comunicación, la que es central para el Estado de Derecho. El derecho debería ser claro y accesible[891]. A continuación, vinculamos la interpretación con los costos de transición. Cuando el derecho cambia, las personas incurren en costos de transición. Los costos de transición vienen en muchas formas. Algunos ejemplos son: una nueva prohibición del alcohol deja sin valor una destilería; la supresión de una agencia obliga a sus empleados a encontrar nuevos empleos; una reducción en el presupuesto militar requiere que los planificadores reevalúen sus prioridades;

[891] *Véase, por ejemplo.*, Lon L. Fuller, The Morality of Law 49–51 (1964).

una ley ambiental lleva a los fabricantes de automóviles a modificar su proceso de producción; la aprobación de la *Sarbanes- Oxley Act* obliga a los bancos a contratar abogados para asesorarlos.

En estos ejemplos, los legisladores cambian el derecho mediante una ley. Sin embargo, los jueces pueden efectivamente cambiar el derecho mediante la interpretación. Recuerda el ejemplo de Ricardo, que excavó una mina en tierras públicas. La cuestión es si la ley autorizaba que explotara ese terreno. Supón que la ley parece decir que "sí", pero un tribunal interpreta la ley y concluye que la respuesta es que "no". Para Ricardo, la interpretación del tribunal efectivamente ha cambiado la ley, desperdiciando su inversión en la mina. La interpretación por parte de los tribunales puede generar costos de transición.

En la sección anterior, argumentamos que una buena interpretación minimiza los costos de comunicación. De hecho, un costo de comunicación puede ser un tipo de costo de transición. Por lo tanto, podemos generalizar y decir que una buena interpretación minimiza todos los costos de transición.

Los juegos de coordinación nos ayudan a conectar la interpretación con los costos de transición. Supón que enfrentamos un malentendido menor. Legisladores y ciudadanos generalmente se coordinan sobre el significado de la ley, pero fallan en algunos casos. En esta situación, los jueces minimizan los costos de transición identificando y aplicando el equilibrio existente. Para ilustrar, recuerda nuevamente la ley que castigaba a los conductores que no "detenga… cualquier autobús escolar que esté detenido" para subir o bajar niños. Sin duda, los legisladores querían que los conductores se detuvieran *ante* los autobuses escolares, y seguramente casi todos los que leyeron la ley así lo entendieron. Detenerse *ante* los autobuses escolares es el equilibrio existente. Aplicar este equilibrio coincide con las expectativas de casi todos, por lo que casi nadie necesita cambiar su comportamiento. Los legisladores no necesitan aprobar una nueva ley, y los conductores de autobuses no necesitan desarrollar nuevas protecciones para sus pasajeros. Identificar el equilibrio minimiza los costos de transición.

¿Qué ocurre si enfrentamos un malentendido de envergadura, es decir, uno que ocurre cuando legisladores y ciudadanos no se han coordinado? En este caso, el juez crea un equilibrio mediante la interpretación. Para minimizar los costos de transición, debemos estimar los costos asociados a cada posible equilibrio y compararlos. Los jueces no pueden hacer esto con certeza, ya que los costos de transición son difíciles de medir. Sin embargo, podemos avanzar si razonamos cuidadosamente. Para ver cómo, considera el caso *Riggs v Palmer*. El tribunal debía decidir si los herederos asesinos podían heredar. Supón, para fines del ejemplo, que legisladores y ciudadanos discrepaban entre sí sobre la respuesta correcta a esta pregunta. El tribunal podía resolver la discrepancia respondiendo

"sí" o "no". Si el tribunal respondía "sí", muchas personas reescribirían sus testamentos. Añadirían una frase como: "Dejo mi granja a Tucker, salvo que me asesine". Esto requeriría tiempo y atención. Si el tribunal respondía "no", entonces pocas personas reescribirían sus testamentos. Responder "no" podría frustrar los planes de algunos herederos que planearan un asesinato, pero presumiblemente no serían muchos. Responder "no" minimizaría los costos de transición.

Hemos llegado a esta conclusión sin intentar medir los costos de transición. Para minimizar esos costos, no necesitamos conocer sus valores absolutos. No necesitamos saber si, traducido en dinero, responder "sí" en *Riggs* crearía costos por 100 millones de dólares y responder "no" crearía costos por 5 millones. Solo necesitamos valores relativos. Responder "no" crearía menos costos que responder "sí".

Los costos de transición en *Riggs* parecen fáciles de analizar. Otros casos son más difíciles. Recuerda *Locke* y la ley que exigía a los mineros presentar documentación "antes del 31 de diciembre". Supón que hay un malentendido de envergadura. Los legisladores querían una fecha límite del 30 de diciembre, pero los mineros entendieron que la fecha límite era el 31 de diciembre. Si un tribunal establece la fecha límite en el 31 de diciembre, el gobierno debe cambiar cómo procesa la documentación. Esto podría requerir, por ejemplo, que empleados adicionales trabajen en víspera de Año Nuevo. Si un tribunal establece la fecha límite en el 30 de diciembre, algunos mineros perderán sus concesiones. ¿Qué decisión genera mayores costos de transición? La respuesta depende de cuántos mineros perderían sus concesiones, el valor de esas concesiones, cuántos empleados del gobierno tendrían que trabajar un día extra, entre otras cosas. Solo podemos especular sobre estos costos relativos.

Tras haber discutido los costos de transición, ahora los relacionamos con los dos métodos de interpretación que habíamos analizado, textualismo e intencionalismo. Cualquiera de estos métodos puede llevar a conclusiones sorpresivas en un caso concreto, como cuando las personas se coordinan en torno a la intención de la ley ("los conductores deben detenerse *ante* el autobús") pero el tribunal toma una decisión textualista, o viceversa. Las consecuencias sorpresivas generan costos de transición. En una serie de casos, el textualismo podría minimizar los costos de comunicación, y la existencia de bajos costos de comunicación significa que hay menos sorpresas. Pero, como discutimos anteriormente, la relación a largo plazo entre el textualismo y los costos de comunicación es incierta. Finalmente, generalmente se piensa que el intencionalismo otorga mayor discrecionalidad a los jueces. Estos podrían usar esa discrecionalidad para reducir costos de transición o (involuntariamente) para crearlos.

Preguntas

1.4.1. En *Locke*, fijar la fecha límite en el 30 de diciembre causaría que un minero perdiera su concesión. Supongamos que la mina cerraría y se transferiría al gobierno, que luego transferiría la mina a un nuevo propietario para reabrirla. El propietario anterior paga un costo. ¿El nuevo propietario obtiene un beneficio? ¿Existe un costo general para la sociedad?
1.4.2. Antes señalamos que "la buena interpretación minimiza todos los costos de transición". Esta prescripción oculta difíciles conflictos. En *Locke*, supón que establecer la fecha límite en el 30 de diciembre minimizaría los costos de comunicación, pero generaría otros costos de transición porque algunas minas valiosas cerrarían temporalmente. ¿Establecer la fecha límite en el 30 de diciembre minimiza todos los costos de transición?
1.4.3. La *Class Action Fairness Act* indicaba que los litigantes podían apelar una orden "no menos de 7 días después de dictada la orden"[892]. La ley contenía un error de transcripción. Los legisladores querían escribir "más", no "menos". En una opinión intencionalista, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito resolvió que "menos" significaba "más"[893]. En una opinión textualista, el juez Bybee argumentó que "menos" significaba "menos"[894]. En otra opinión textualista, el juez Easterbrook sostuvo que "menos" significaba "menos", pero que otra disposición limitaba el plazo para apelar a 30 días, reduciendo cualquier riesgo de "demora indefinida"[895]. ¿Qué enfoque minimiza los costos de transición? ¿Cuál genera mayores costos de transición?

1.5. Justicia y excepciones

Cuando las personas leen un caso impactante, no piensan primero en costos de comunicación o de transición. Piensan en la justicia. En *Riggs*, Elmer asesinó a su abuelo para asegurarse la herencia. La mayoría de quienes leen el caso no piensan: "¿Qué decisión en el caso Elmer hará la ley más clara?".

[892] Class Action Fairness Act of 2005, Pub. L. 109-2, 119 Stat. 4 (2005) (codificado en 28 U.S.C. § 1453(c)(1)). Posteriormente, el Congreso enmendó la ley, reemplazando "no menos de 7 días" por "no más de 10 días". *Statutory Time-Periods Technical Amendments Act of 2009,* Pub. L. 111-16, 123 Stat. 1607 (modificando 28 U.S.C. § 1453(c)(1)).

[893] *Véase* Amalgamated Transit Union Local 1309, AFL-CIO v. Laidlaw Transit Services, Inc., 435 F.3d 1140 (9th Cir. 2006).

[894] *Véase id.* at 1095 (Bybee, J., disintiendo de la denegación de la reconsideración en en banc).

[895] Spivey v. Vertrue, 528 F.3d 982, 985 (7th Cir. 2008).

Piensan: "¿Qué exige la justicia?". El texto de la ley permitía que Elmer heredara. Sin embargo, el tribunal recurrió a los "principios generales del derecho natural y la justicia" para concluir que Elmer no podía heredar "de un ancestro… al que ha asesinado"[896].

Riggs ejemplifica una característica general del derecho: puede producir injusticia en algunos casos. La mayoría de las leyes parecen permitir algunas conductas que la justicia proscribe, y proscribir algunas conductas que la justicia permite. Casos como *Riggs* exponen estos errores. Los jueces deben decidir si dejar que rija una decisión en estos términos errónea al aplicar la ley tal como está escrita o si corregir dicho error creando una excepción.

Para corregir un error en nombre de la justicia, los jueces deben confrontar una pregunta difícil: ¿Qué es la justicia? Platón y Aristóteles debatieron esta cuestión en la Grecia antigua, y filósofos y abogados aún la debaten hoy. La justicia involucra valores como libertad, equidad, igualdad, distribución, imparcialidad, y también involucra la práctica de dar razones, entre otras complicaciones. Diferentes personas entienden y valoran estos conceptos de manera distinta. Por lo tanto, las opiniones sobre la justicia difieren. Incluso casos como *Riggs* dividen a las personas. El tribunal consideró que consideraciones de justicia prohibían a Elmer heredar. Pero el juez Gray disintió, quien argumentó que "las exigencias de *policy* quedan satisfechas mediante la correcta ejecución de las leyes y el castigo del crimen" [897]. En otras palabras, la justicia exige hacer lo que dice la ley y nada más. La ley decía permitir que Elmer heredara.

Los economistas no tienen una teoría sobre la justicia. A menudo la equiparan con el bienestar social[898], por lo que aquello que maximiza el bienestar social debe maximizar la justicia. Esto no satisface a muchos abogados o filósofos. El análisis económico no puede asistir al derecho público imponiéndole compromisos que los abogados rechazan. El análisis económico debe acomodarse a los compromisos del derecho. Por lo tanto, aceptamos la justicia como un fin del derecho que puede ser distinto del bienestar social. Sin embargo, no intentamos definir la justicia. En cambio, analizamos quién puede identificar lo que la justicia requiere. Esto depende de la información.

[896] Riggs v. Palmer, 22 N.E. 188, 190 (N.Y. 1889).

[897] *Id.* at 192 (Gray, J., disintiendo).

[898] *Cf.* Louis Kaplow & Steven Shavell, Fairness Versus Welfare (2002). Recuerda que, para los economistas, el "bienestar social" es una agregación de la utilidad de los individuos.

En general, los legisladores tienen mejor información que los jueces. Pueden contratar expertos, encargar informes y celebrar audiencias. Los buenos legisladores conocen algo sobre las preferencias y prioridades de los ciudadanos a quienes representan. Por lo tanto, los legisladores usualmente crean mejores políticas públicas que los jueces. De manera similar, esperamos que los legisladores tengan una mejor (o al menos igualmente buena) percepción de la justicia que los jueces. Supón que una mina de litio crea empleos para sus trabajadores, ganancias para sus accionistas, y baterías para dispositivos como celulares y computadoras portátiles. Pero la mina también contamina el agua subterránea de una comunidad cercana. ¿Qué exige la justicia? ¿Cerrar la mina, restaurar la pureza del agua, pagar reparaciones a la comunidad? ¿Qué ocurre si cerrar la mina empobrece a la comunidad y agrava el cambio climático (los automóviles eléctricos usan baterías de iones de litio)? Las exigencias de la justicia parecen complejas. En general, esperamos que los legisladores lo hagan mejor que los jueces al momento de lidiar con problemas complejos. Este tipo de razonamiento respalda al juez Gray. Comparados con los jueces, los legisladores tienen mejor información al redactar las leyes. Por ello, los jueces promueven la justicia haciendo lo que la ley dice y nada más.

Sin embargo, en ocasiones los jueces tienen una ventaja informativa. Los legisladores crean leyes para casos prototípicos, mientras que los jueces enfrentan casos excepcionales. En *Riggs*, los legisladores habían promulgado una ley pensando en la forma en que habitualmente opera una herencia, pero el caso involucraba una herencia muy inusual. Los casos excepcionales pueden revelar información que los legisladores no consideraron.

Para profundizar nuestro análisis, distingamos dos tipos de hechos. *Los hechos legislativos* se relacionan con la manera en que por regla general opera la creación de leyes, mientras que los *hechos adjudicativos* se relacionan con un caso individual[899]. ¿Las minas de litio crean empleos, contaminan aguas subterráneas y promueven vehículos limpios? Estos son hechos legislativos. ¿Una mina específica descargó una cantidad específica de contaminación cerca de Perth, Australia? Este es un hecho adjudicativo.

Generalmente, los jueces cuentan con buenos hechos adjudicativos porque revisan casos individuales. Para ilustrar, los jueces en *Riggs* sabían que Elmer asesinó a Francis premeditadamente (lo envenenó). ¿Y qué ocurre con los hechos legislativos? Normalmente, los legisladores tienen mejores hechos

[899] *Véase* Kenneth Culp Davis, *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process,* 55 Harv. L. Rev. 364, 404–07 (1942).

legislativos, pero no siempre. Si los legisladores que redactaron el estatuto en *Riggs* nunca consideraron la posibilidad de herederos asesinos, entonces los jueces tenían un mejor hecho legislativo. El caso reveló algo que los legisladores desconocían (existen herederos asesinos). Pero quizás los legisladores sí consideraron a los herederos asesinos. Podrían haber razonado así:

> No queremos que hereden los asesinos a sangre fría. Pero ¿qué ocurre si alguien mata a un testador para aliviar su sufrimiento? ¿Qué ocurre si prohibir al heredero asesino recibir la herencia hace que la propiedad del testador pase a alguien que este quería menos? ¿Y qué ocurre con las condenas erróneas? Si *A* es erróneamente condenado por asesinar a *B*, entonces *A* irá injustamente a prisión. No debemos agravar esta injusticia prohibiendo que *A* herede de *B*. Los herederos asesinos son un asunto complejo. Creemos que lo mejor es permitir que hereden.

Si los legisladores razonaron así, entonces tuvieron mejores hechos legislativos que los jueces. Los legisladores consideraron el problema del heredero asesino de manera comprehensiva, mientras que los jueces solo revisaron un caso específico.

Para generalizar, hacer justicia requiere buena información. Cuando los jueces cuentan con más hechos adjudicativos y legislativos, pueden promover la justicia mejor que los legisladores. El argumento para crear excepciones al texto de la ley se vuelve más fuerte. Por el contrario, cuando los jueces tienen menos hechos adjudicativos y legislativos, el argumento para hacer excepciones es más débil. En el caso típico, los jueces manejan más hechos adjudicativos, pero menos hechos legislativos. Para hacer una excepción al texto de la ley, la justicia obtenida al responder a los hechos de un caso específico debería superar la justicia que se pierda al alterar una ley que es buena en términos generales. Las personas discrepan sobre este equilibrio. Las personas discrepan incluso sobre si la justicia puede equilibrarse en absoluto.

Concluimos relacionando estas ideas con el textualismo y el intencionalismo. Ambos métodos de interpretación pueden llevar a la injusticia. Con el textualismo, los jueces se resisten a hacer excepciones a al tenor literal de la ley. Esto puede causar injusticia en casos indignantes. Con el intencionalismo, los jueces hacen más excepciones al tenor literal de la ley. Esto puede causar injusticia cuando los jueces se equivocan, poniendo demasiado énfasis en los hechos adjudicativos que conocen y demasiado poco en los hechos legislativos que desconocen. *Riggs* demuestra el problema. ¿Quién tenía a la justicia de su lado: el juez Earl, que redactó la opinión del tribunal e inventó una excepción a la ley que había sido creada por el legislador, o el juez Gray, quien habría permitido que un asesino heredara?

Preguntas

1.5.1. ¿Son relevantes los costos de transición para la justicia?
1.5.2. Según un antiguo caso, un tribunal sólo debe pasar por alto el texto de una ley si "la absurdidad e injusticia de aplicar la disposición al caso fuera tan monstruosa, que toda la humanidad se uniría, sin vacilación, en rechazar su aplicación"[890]. ¿Quién posee mejores hechos en tal caso, el juez que lo conoce o los legisladores que elaboraron la ley?
1.5.3. El juez Holmes, un famoso juez estadounidense, escribió: "Los grandes casos, al igual que los casos difíciles, le hacen mal al derecho. Porque a los grandes casos se les llama grandes, no por razón de su importancia… sino por algún accidente de interés inmediato abrumador que apela a los sentimientos y distorsiona el juicio" [891]. ¿Puedes reformular esta idea utilizando los conceptos de hechos adjudicativos, hechos legislativos y error judicial?
1.5.4. Anteriormente conectamos la justicia con la información. Esta pregunta te pide que conectes la justicia con otros dos factores: imparcialidad y capacidad.
(a) Supón que la legislatura está dominada por personas con una visión de mundo partisana que no representa a la sociedad, mientras que los jueces son independientes. Para promover la justicia, ¿deberían los jueces hacer más excepciones al texto de la ley?
(b) Recuerda el caso de John Mendez, quien pasó conduciendo junto al autobús que descargaba niños. El juez se negó a corregir el error de transcripción en la ley y dejó ir libre a Mendez. El juez dijo: "Espero que esto sea atendido [por la legislatura] para que no tengamos que seguir lidiando con esto" [892]. En la práctica, la legislatura no estaba en sesión, por lo que los legisladores no pudieron corregir el error de transcripción por al menos un mes. La limitada capacidad operativa de la legislatura ¿incide en la pregunta de si el juez debe corregir el error?

Minimizando errores, maximizando la justicia

¿Deben los tribunales seguir la ley dondequiera que ésta conduzca, o deben hacer excepciones para promover la justicia? Esta venerable pregunta se relaciona con un tema del capítulo

[890] Sturges v. Crowninshield, 17 U.S. 122, 203 (1819).

[891] N. Sec. Co. v. United States, 193 U.S. 197, 364 (1904) (Holmes, J., disintiendo)..

[892] Tom Jackman, *2 Little Letters Acquit Man Who Passed Stopped School Bus*, Wash. Post, 1 de diciembre de 2010.

anterior: la precisión en la adjudicación. Recordemos a Tamara, la conductora. Si Tamara excede el límite de velocidad, pero el juez concluye que no lo hizo (falso negativo), Tamara podría exceder la velocidad en la próxima ocasión porque sabe que puede salirse con la suya. Si Tamara no excede la velocidad, pero el juez concluye que sí lo hizo (falso positivo), Tamara podría en el futuro exceder la velocidad máxima porque no tendría nada que perder—de cualquier manera, será castigada. Para mejorar la conducción de Tamara, el derecho debe cometer menos errores, pero esto es difícil, ya que mejorar un tipo de error a menudo empeora el otro. Para ilustrarlo, supón que el estado requiere menos evidencia para castigar a quienes exceden el límite de velocidad; esto disminuirá los falsos negativos, pero aumentará los falsos positivos. Una buena ley minimiza la combinación de errores.

Podemos aplicar estas ideas a la interpretación. Los legisladores carecen de información y enfrentan otras limitaciones. Por ello, redactan leyes imperfectas que ocasionalmente producen resultados injustos. Para corregir la injusticia, los jueces deben primero identificarla. Necesitan una prueba para decidir si la ley produce un resultado justo—lo que llevaría a aplicar la ley—o un resultado injusto, lo que llevaría a hacer una excepción. Al igual que los radares de velocidad, las pruebas para detectar injusticia cometen errores porque los jueces no son omniscientes. Imaginen una prueba "liberal" que rápidamente identifique la injusticia. Dicha prueba mejorará un tipo de error (se fijará en la injusticia que hay en el texto de la ley y por tanto creará excepciones), pero introducirá otro tipo de error (la ley es justa, pero los jueces se equivocan y hacen una excepción de todas maneras). Una prueba "conservadora" corre el riesgo opuesto: disminuirá un tipo de error, pero aumentará otro.

En general, los intencionalistas favorecen una prueba liberal para detectar instancias de injusticia, mientras que los textualistas prefieren una prueba conservadora. A veces, su desacuerdo se siente como una batalla encarnizada entre dos grandes tradiciones jurídicas. Pero quizá eso exagera el asunto; tal vez simplemente discrepan sobre la distribución de los errores.

1.6. Epílogo sobre la interpretación

Todas las palabras deben ser interpretadas. En el derecho, gran parte de la interpretación se realiza a través del principio del significado ordinario. Las personas leen las palabras de una ley, consideran el contexto y extraen su significado. Diversos abogados y jueces se coordinan en el significado de la ley de esta manera. Pero a veces esto falla. Algunas palabras son ambiguas, y diferentes cánones de interpretación conducen a conclusiones distintas. Los errores en la redacción de las normas ejercen

presión sobre el principio de significado ordinario. Nuestro sentido de justicia empuja nuestro juicio. Así, no siempre se alcanza un equilibrio; surgen divisiones sobre cuál es la mejor manera de interpretar el derecho.

Hemos estudiado dos métodos de interpretación, el textualismo y el intencionalismo. A menudo, estos métodos arrojan la misma conclusión sobre el significado de una ley, pero no siempre. En Riggs, la mayoría de los textualistas concluirían que Elmer podía heredar porque eso es lo que decían las palabras de la ley, mientras que muchos intencionalistas llegarían a la conclusión opuesta. En general, los intencionalistas se sienten más libres de apartarse del texto de la ley.

¿Qué método es preferible?[893] Hemos analizado tres valores que afectan la respuesta: la comunicación, las transiciones y la información. Un buen método de interpretación reduce los costos de comunicación entre legisladores y ciudadanos. En general, coordinarse en el texto de la ley (en contraposición a sus intenciones o propósitos subyacentes) parecería simplificar la comunicación, lo cual respalda el textualismo por regla general. Pero, en situaciones controvertidas como *Riggs*, textualistas e intencionalistas suelen divergir. ¿Ayudaría o perjudicaría la comunicación rechazar la doctrina del absurdo y adherir rigurosamente al texto? La respuesta depende de factores difíciles de observar y medir, como si las personas pueden suspender sus intuiciones morales al leer las leyes. Un buen método de interpretación minimiza los costos de transición. ¿Cómo afecta el textualismo dichos costos? La respuesta depende de cómo las partes reguladas interpretan la ley. Si en su mayoría son intencionalistas, una decisión textualista podría sorprenderlos, incrementando los costos de transición. Tendríamos menos sorpresas si todos—jueces, abogados y ciudadanos—se coordinaran en un único método de interpretación. Coordinar a tantas personas es difícil. Entre otros problemas, un juez que utiliza un método hoy no puede comprometerse de manera creíble a usar el mismo método mañana.

En comparación con el textualismo, el intencionalismo parece ofrecer flexibilidad en la interpretación. Esa flexibilidad permite a los jueces gestionar los costos de transición caso por caso. Sin embargo, los jueces, como todos, cometen errores, y su capacidad para gestionar estos costos depende, en parte, de la calidad de la información que poseen.

[893] Los abogados podrían formular una pregunta diferente: "¿Qué método está permitido?" Algunos creen que el intencionalismo, independientemente de sus consecuencias, es inadmisible porque los jueces carecen de autoridad legal para apartarse del texto de la ley o consultar fuentes extratextuales como la historia legislativa. Esto debe estar en lo correcto en circunstancias extremas. Los jueces no tienen autoridad para ignorar o reescribir el texto legal a su antojo, ni para consultar hojas de té o cartas del tarot para hallar significado. Nos enfocamos en circunstancias típicas, en las que la mayoría de los jueces siguen en gran medida el texto de la ley, pero algunos se apartan del texto en circunstancias inusuales. Los jueces en muchos sistemas jurídicos han hecho esto durante siglos.

Esto nos lleva a la justicia. Para hacer justicia, los jueces necesitan información. A menudo, cuentan con muchos hechos adjudicativos pero pocos hechos legislativos. ¿Tienen los jueces suficiente información para justificar hacer algunas excepciones a al texto de la ley? Los textualistas generalmente asumen que la respuesta es "no". A veces, esto ocasiona injusticia, pues en ocasiones los jueces sí disponen de buena información. Los intencionalistas están más dispuestos a hacer excepciones, lo que promueve la justicia cuando su información es buena, pero la dificulta cuando su información es deficiente.

Considerándolo todo, ¿cuál método es el mejor? La respuesta depende de muchos factores difíciles de evaluar. En la obra de Samuel Beckett, *Waiting for Godot,* Vladimir y Estragon debaten sobre religión y filosofía mientras esperan al misterioso Godot[894]. De manera similar, los abogados debaten sobre la interpretación mientras esperan que surja la respuesta correcta. Godot nunca llega.

2. Doctrina

Al decidir casos, los jueces se basan en precedentes antiguos y crean nuevos. La *doctrina* se refiere al conjunto de precedentes que los jueces producen. En el derecho público, la doctrina traduce constituciones, estatutos y otras leyes en procedimientos ejecutables. Por ejemplo, la Cláusula de Igual Protección de la Constitución de EE. UU. prohíbe a los estados negar "a cualquier persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes"[895]. Recuerda la ley de Minnesota que prohibía los envases plásticos para la leche, pero no los de papel. La ley trata de manera desigual a los fabricantes de plástico y de papel, pero ¿viola esto la Constitución? El lenguaje de la Cláusula de Igual Protección no ofrece la respuesta. En cambio, los abogados consultan la doctrina legal. Según la doctrina, la prohibición de los envases plásticos es constitucional si se "relaciona racionalmente" con un interés estatal "legítimo"[896].

En esta sección analizamos la doctrina. Comenzamos estudiando la forma que tiene la doctrina. Al igual que los legisladores, los jueces eligen entre reglas y estándares. Luego analizamos las reglas profilácticas, es decir, aquellas reglas que deliberadamente sobreprotegen derechos o

[894] Samuel Beckett, Waiting for Godot (Harold Bloom ed., 1987).

[895] U.S. Const. enmienda. XIV.

[896] Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co., 449 U.S. 456 (1981).

intereses. A continuación, consideramos por qué los jueces siguen precedentes con los que están en desacuerdo. Finalmente, analizamos la aquiescencia. El hecho de que los legisladores no anulen una interpretación no significa que dicha interpretación sea correcta.

2.1. Revisitando la distinción entre reglas y estándares

Un capítulo anterior discutió acerca de reglas y estándares. Las reglas son precisas, como un límite de velocidad de 55 kilómetros por hora, mientras que los estándares son imprecisos, como un límite de "velocidades razonables". Al igual que los legisladores que establecen límites de velocidad, los jueces eligen entre reglas y estándares al crear doctrina. Considera *Caperton v. A.T. Massey Coal Co*[897]. Un jurado determinó que una compañía de carbón debía pagar $50 millones en daños. La compañía apeló ante la Corte Suprema de West Virginia. Antes de que la Corte Suprema de West Virginia conociera de la apelación, el presidente de la compañía gastó millones de dólares para lograr la elección de Brent Benjamin a ese tribunal. ¿Podría el nuevo juez Benjamin conocer la apelación de la compañía?[898] La Corte Suprema de EE. UU. concluyó que "no". La Corte anunció un estándar: los jueces deben recusarse de los casos cuando exista un "real riesgo de sesgo"[899].

Al analizar la delegación, identificamos *trade offs* entre reglas y estándares. Al respecto señalamos que "las reglas disminuyen los costos de desvío, pero aumentan los costos de inflexibilidad, mientras que los estándares aumentan los costos de desvío pero disminuyen los costos de inflexibilidad". Considera cómo opera este *trade off* respecto de la elaboración de doctrina. *Caperton* involucró a un juez que recibió apoyo político de un litigante. Casos futuros podrían involucrar a un juez que comparta amistad, afición o religión con un litigante. ¿Deben los jueces recusarse en tales circunstancias? El estándar en *Caperton* permite a los tribunales inferiores recopilar hechos adjudicativos y decidir caso por caso. Así, el estándar disminuye los costos de inflexibilidad. Sin embargo, el estándar también otorga discreción a los tribunales inferiores. Los jueces podrían explotar esa discreción y decidir los casos a su antojo, y no de la manera que desea la Corte Suprema. Por ello, el estándar aumenta los costos de desvío.

[897] 556 U.S. 868 (2009).

[898] De hecho, Benjamin sí conoció del caso y emitió el voto decisivo a favor de la empresa de carbón, lo que significó que la empresa no tuvo que pagar los 50 millones de dólares. Posteriormente, la Corte Suprema de EE. UU. determinó que Benjamin debería haberse recusado, por lo que el caso tuvo que ser litigado nuevamente.

[899] Caperton v. A.T. Massey Coal Co., Inc., 556 U.S. 868, 883–84 (2009).

Cuatro jueces disintieron en *Caperton*. Consideraron que los jueces deberían recusarse en dos circunstancias: (1) en los casos en que tengan un interés financiero directo, y (2) en los casos de desacato al tribunal penalmente sancionados que resulten de la hostilidad del acusado hacia el juez[900]. La prueba que propuso el voto disidente es relativamente similar a una regla. No permite a los tribunales inferiores responder a nuevas circunstancias que podrían justificar la recusación, como en un caso donde el juez y el litigante sean compañeros de cuarto[901]. La regla propuesta por la disidencia aumentaría los costos de inflexibilidad; sin embargo, limitaría la discreción de los tribunales inferiores, disminuyendo los costos de desvío.

Las reglas y los estándares plantean otro *trade off*. En nuestro capítulo sobre delegación escribimos que "los estándares son más baratos de redactar que las reglas" pero "más costosos de aplicar". En *Caperton*, la mayoría de los jueces consideró que Benjamin debía recusarse. Sin embargo, los precedentes existentes no requerían ese resultado. Así, la Corte tuvo que establecer un nuevo precedente. La Corte podría fijar el estándar—"real riesgo de sesgo"—o bien podría formular una regla que identifique circunstancias específicas que requieran la recusación. Formular el estándar es más sencillo que formular la regla; sin embargo, aplicar el estándar resulta más difícil que aplicar una regla. Con el estándar, los tribunales inferiores deben evaluar el riesgo caso por caso. Con una regla, los tribunales inferiores podrían seguir una fórmula como la siguiente: ¿El juez tiene un interés financiero en el caso, o el caso involucra desacato? Si la respuesta a alguna de estas preguntas es afirmativa, entonces el juez debe recusarse; de lo contrario, no es necesario[902].

Hemos demostrado que el análisis de reglas y estándares presentado anteriormente en este libro aplica a la doctrina. Ahora analizamos algo nuevo. Cuando los abogados debaten sobre reglas y estándares, a menudo se centran en un valor que no hemos enfatizado: la predictibilidad. Considera la opinión disidente del presidente de la Corte, el juez Roberts, en *Caperton*. Él argumentó que el estándar de "real riesgo de sesgo" de la Corte "no ofrece ninguna orientación a jueces y litigantes"[903]. Para ilustrarlo, imagina a un juez que recibe un caso que involucra a su profesor favorito de

[900] *Véase id.* at 890–902 (Roberts, C.J., disintiendo).

[901] En los Estados Unidos, los códigos de conducta judicial, pero no la Constitución, prohíben a un juez decidir un caso que involucre a su conviviente.

[902] Comparamos un estándar complejo (muchos factores podrían afectar el riesgo de sesgo) con una regla simple que tiene solo dos partes. En la realidad, los estándares pueden ser simples y las reglas complejas. Una regla compleja podría ser más difícil de aplicar que un estándar simple. *Véase generalmente* Louis Kaplow, *A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules*, 11 J.L. Econ. & Org. 150 (1995).

[903] Caperton v. A.T. Massey Coal Co., Inc., 556 U.S. 868, 890–91 (2009) (Roberts, C.J., disintiendo).

secundaria. O supón que demandas al chef del restaurante preferido del juez. ¿Debe el juez recusarse en cualquiera de esos casos? La respuesta depende de si existe un "real riesgo de sesgo". La respuesta no es obvia.

Podemos sacarle filo a esta idea utilizando un concepto familiar: los estándares crean costos de comunicación. Las personas quieren saber qué les exige la ley que hagan, pero los estándares dificultan determinarlo; puede que tengan que contratar a un abogado y analizar hechos específicos del caso.

Muchos jueces otorgan gran importancia a la predictibilidad. Considera al juez Scalia, un influyente jurista que disintió en *Caperton*. Él señaló que uno de los "propósitos principales" de la Corte Suprema "es clarificar el derecho," y que la nueva prueba del riesgo de sesgo "crea una incertidumbre inmensa"[904]. Traducido a nuestro lenguaje, una doctrina más vaga aumenta los costos de comunicación.

Estos costos, ¿sirven para construir un argumento decisivo en contra de los estándares? No. Para ver por qué, supón que la Corte estableciera la siguiente regla: "[L]a Constitución nunca exige que los jueces se recusen". El lenguaje es claro, por lo que los costos de comunicación deberían ser bajos. Pero la regla es inflexible y no responde a hechos diferentes. A veces, la regla producirá resultados que sean inconsistentes con lo que la Constitución, interpretada adecuadamente, exige.

Para generalizar, los estándares funcionan mejor cuando los costos de desvío y de comunicación son bajos. Los costos de desvío son bajos cuando los tribunales inferiores actúan como agentes fieles de los tribunales superiores que adoptan los estándares. Los costos de comunicación son bajos cuando los casos presentan hechos extremos (es decir, que claramente violan o no violan el estándar) y no hechos limítrofes. Además, los costos de comunicación se mantienen bajos cuando la ley rara vez es puesta a prueba; pocos casos sobre recusaciones judiciales implican que pocas personas deben analizar y predecir qué significa el vago estándar de Caperton. Finalmente, los estándares son preferibles cuando los costos de inflexibilidad son altos, es decir, cuando el resultado correcto en cada caso depende de hechos difíciles de visualizar y especificar de antemano.

[904] *Id.* at 902 (Scalia, J., disintiendo).

En términos inversos, las reglas son mejores cuando los costos de desvío y de comunicación son altos y los costos de inflexibilidad son bajos. Los costos de desvío son altos cuando los tribunales inferiores no actúan como agentes fieles de los tribunales superiores. Los costos de inflexibilidad son bajos cuando podemos imaginar con claridad los hechos necesarios para formular la mejor regla. Además, los costos de comunicación incrementan cuando la ley es frecuentemente puesta a prueba; numerosos casos sobre recusaciones significan que muchas personas deben analizar y predecir el vago estándar establecido en *Caperton*. Al juez Scalia le preocupaba precisamente ese problema. Recuerda que *Caperton* decía relación con el apoyo político a un juez electo. En su opinión disidente, Scalia escribió que el nuevo estándar creaba incertidumbre "con respecto a un punto jurídico que puede ser planteado en todos los casos litigados en (al menos) aquellos 39 Estados que eligen a sus jueces"[905].

Preguntas

2.1.1. ¿Tienden los textualistas a favorecer reglas o estándares? ¿Y los intencionalistas?
2.1.2. Las reglas tienen su contenido determinado ex ante, es decir, antes de que alguien actúe, mientras que los *estándares* tienen su contenido determinado ex post. Las directrices *simples* dependen de pocos hechos, mientras que las directrices *complejas* dependen de muchos[906]. Aquí hay un ejemplo de un estándar simple: el límite de velocidad es "velocidades razonables", donde la razonabilidad depende únicamente del clima.
(a) Da un ejemplo de una regla simple, una regla compleja y un estándar complejo.
(b) Compara una regla compleja y un estándar simple. ¿Cuál de los dos tiene mayores costos de inflexibilidad? ¿Cuál es más costoso de aplicar?
(c) Los comentaristas a menudo comparan reglas simples con estándares complejos, como hicimos en el análisis anterior. ¿Por qué?

[905] *Id.*

[906] *Véase* Louis Kaplow, *A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules*, 11 J.L. Econ. & Org. 150 (1995); Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 Duke L.J. 557 (1992).

2.2. Ciclos doctrinarios

Los académicos que estudian la doctrina en Estados Unidos han notado algo interesante. En muchas áreas del derecho, la doctrina parece oscilar, pasando de reglas a estándares, luego de vuelta a reglas, y así sucesivamente. ¿Qué explica este patrón?

Una respuesta involucra al personal que está involucrado en fallar casos. Algunos jueces prefieren las reglas, otros prefieren los estándares, y la doctrina cambia dependiendo de quién esté sentado en los tribunales[907].

Otra explicación involucra el *sesgo de selección*. El sesgo de selección surge cuando la población observada no es representativa de la población en general. Aquí lo ilustramos de manera simple: si pasas todo tu tiempo entre fisicoculturistas, podrías pensar que todas las personas son fuertes. Pero eso es incorrecto, ya que los fisicoculturistas que observas constituyen una muestra sesgada de la población. A continuación, se presenta una ilustración más complicada del sesgo de selección. Durante la Segunda Guerra Mundial, los aviones británicos atacaron al ejército alemán. Algunos aviones sufrieron daños pero regresaron a la base de forma segura, mientras que otros fueron derribados. Los británicos consultaron con Abraham Wald, un estadístico, para determinar en qué partes de los aviones debían añadir blindaje extra. Wald observó los aviones dañados después de sus misiones y aconsejó: añadir blindaje donde los aviones no presentan daños. Por ejemplo, si los aviones solo muestran daños en las alas, entonces se debe añadir blindaje en el fuselaje. ¿Por qué ofreció este consejo? Wald no vio todos los aviones dañados, solo aquellos que regresaron a salvo a la base. Si esos aviones presentaban daños en las alas pero no en el fuselaje, eso significaba que los aviones que eran alcanzados en el fuselaje debían haber sido derribados. Así que, hay que añadir blindaje al fuselaje[908].

Los jueces enfrentan sesgo de selección cuando las disputas que ven no son representativas de las disputas en general, lo cual puede afectar la doctrina que elaboran[909]. Para explicar la idea, imagina dos casos. En el Caso 1, Fernanda atraviesa un semáforo en rojo porque tiene una emergencia

[907] Kathleen M. Sullivan, *The Supreme Court, 1991 Term—Foreword: The Justices of Rules and Standards,* 106 Harv. L. Rev. 22 (1992).

[908] Para un relato reciente de esta famosa historia, véase Peter Brannen, *Why Earth's History Appears So Miraculous,* The Atlantic, 15 de marzo de 2018.

[909] La siguiente discusión se basa en Adrian Vermeule, *The Cycles of Statutory Interpretation,* 68 U. Chi. L. Rev. 149 (2001), y Scott Baker & Pauline Kim, *A Dynamic Model of Doctrinal Choice*, 4 J. Legal Analysis 329 (2012). *Véase también* Jason Scott Johnston, *Uncertainty Chaos and the Torts Process: An Economic Analysis of Legal Form*, 76 Cornell L. Rev. 341 (1991).

médica. En el Caso 2, José Tomás atraviesa un semáforo en rojo porque llega tarde a una reunión. Supón que la doctrina inicialmente consagra como regla: "No se debe pasar en rojo". Dada esta regla, la policía multa tanto a Fernanda como a José Tomás. José Tomás no se molesta en impugnar su multa porque su infracción es obvia, y el juez no llega a ver el Caso 2. Sin embargo, Fernanda impugna su multa porque la regla le parece injusta dada su situación. El juez analiza el Caso 1 y decide que la regla es demasiado inflexible. Así, el juez sustituye la regla por un estándar: "No se debe pasar en rojo, a menos que se tenga una excusa razonable". Ahora, supón que vuelven a ocurrir los Casos 1 y 2. Fernanda no recibe multa porque tiene una excusa razonable, y el juez no se encuentra nuevamente con el Caso 1. Sin embargo, José Tomás recibe multa porque la policía no considera razonable su excusa. José Tomás impugna su multa, por lo que el juez examina el Caso 2 y concluye que la regla es demasiado flexible. Personas como José Tomás impugnan sus multas, lo que desperdicia el tiempo del tribunal. Entonces, el juez reemplaza el estándar por una regla: "No se debe pasar en rojo". Y el proceso se repite.

Generalmente, los jueces no crean doctrina sobre semáforos, pero la idea se aplica en contextos en los que sí crean doctrina. Por ejemplo, la Quinta Enmienda de la Constitución de EE. UU. protege a las personas contra la autoincriminación[910]. La policía no puede obligarte a confesar un delito. Al principio, la doctrina prohibía las confesiones "involuntarias"[911]. Este estándar generó preguntas difíciles, como si un drogadicto de 19 años, descrito como una persona "bordeando la incapacidad cognitiva," había confesado voluntariamente un delito[912]. En *Miranda v. Arizona*, la Corte Suprema reemplazó el estándar por una regla. Para que una confesión sea admisible en un tribunal, la policía debe informar al acusado que tiene el "derecho a permanecer en silencio, que cualquier declaración que haga podrá ser usada en su contra," entre otras advertencias, y el acusado debe subsecuentemente renunciar a su derecho[913]. La regla generó preguntas difíciles, como si un agente estatal debe realizar

[910] U.S. Const. enmienda. V ("Ninguna persona... será obligada en ningún caso penal a ser testigo contra sí misma".).

[911] *Véase* Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 442–66 (1966).

[912] Townsend v. Sain, 372 U.S. 293, 307–09 (1963).

[913] Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 469 (1966) ("Al principio, si una persona bajo custodia va a ser sometida a interrogatorio, debe ser informada en términos claros e inequívocos de que tiene el derecho de permanecer en silencio... [lo cual] debe ir acompañado de la explicación de que cualquier cosa que diga puede y será utilizada en su contra en un tribunal".) El lenguaje exacto usado por la policía varía según la ubicación.

la advertencia Miranda en situaciones de urgencia, por ejemplo, cuando un sospechoso oculta un arma[914]. La Corte flexibilizó la regla añadiendo una excepción de "seguridad pública"[915]. La doctrina de la Quinta Enmienda oscila entre reglas y estándares.

Ciclos interpretativos

Utilizamos el sesgo de selección para ilustrar los cambios entre reglas y estándares. La misma idea podría explicar los cambios entre métodos interpretativos. En el Caso 1, la ley tiene un texto ambiguo, pero la intención del legislador parece clara a partir de la historia legislativa. En el Caso 2, la ley tiene un texto claro, pero la historia legislativa es ambigua. Si todos saben que el juez es textualista, nadie se molesta en llevar el Caso 2 a juicio. Saben cómo fallará el juez, por lo que resuelven el asunto fuera de la corte y evitan los gastos del litigio. El juez no llega a ver el Caso 2. Sin embargo, el juez sí conoce el Caso 1. El Caso 1 persuade al juez (o a la Corte) de adoptar una teoría intencionalista, porque una teoría intencionalista resuelve el caso. Luego, los casos se repiten. Nadie lleva el Caso 1 a tribunales, ya que pueden predecir cómo fallará el juez. Sin embargo, el juez conoce el Caso 2. El Caso 2 persuade al juez (o a la Corte) de rechazar una teoría intencionalista y adoptar una teoría textualista, porque esta última resuelve el caso. Y así sucesivamente.

Para que este tipo de ciclo se repita, los jueces deben olvidar. En nuestro ejemplo, el juez debe olvidar el Caso 1 al resolver el Caso 2. El olvido conduce a la *maldición del zigzag*. La maldición ocurre cuando un tomador de decisiones cambia constantemente a un nuevo enfoque porque ha olvidado las razones que tuvo para adoptar el enfoque anterior. Si recordara esas razones, podría mantener el enfoque antiguo, ahorrándose a sí mismo y a todos quienes padecen sus decisiones muchos costos de transición.

La maldición del zig-zag podría ocurrir infrecuentemente entre jueces individuales. Muchos jueces tienen una memoria aguda de sus casos. Sin embargo, la maldición podría ser común entre varios jueces. En Estados Unidos, el presidente de la Corte John Marshall daba énfasis el texto a principios del siglo XIX. La Corte Suprema decidió el caso *Church of the Holy Trinity*, a partir de una visión intencionalista basada en la historia legislativa, a finales del

[914] *Véase* New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984).

[915] *Id.* at 657–58.

siglo XIX. El juez Scalia empezó a empujar a la Corte Suprema hacia el textualismo un siglo después. Por supuesto, este esbozo de la historia omite muchos detalles. La Corte Suprema siempre ha combinado textualismo e intencionalismo.

2.3. Reglas profilácticas

En comparación con los estándares, las reglas son inflexibles. Esa inflexibilidad hace que las reglas sean subinclusivas y sobreinclusivas cuando se evalúan en relación con sus propósitos. Como recordatorio, una regla subinclusiva es aquella que no se aplica en situaciones en las que sí debería aplicar, y una regla sobreinclusiva es aquella que se aplica en situaciones en las que no debería aplicarse. Un capítulo anterior lo demostró con el ejemplo del voto. Supón que la ley prohíbe votar a las personas menores de 18 años. El propósito de la ley es asegurar que sólo voten personas maduras. La regla es subinclusiva porque permite que algunos adultos inmaduros voten, y es sobreinclusiva porque impide que algunos niños maduros voten.

En general, las buenas reglas minimizan la subinclusión y la sobreinclusión. Para ilustrarlo con números, supón que establecer la edad para votar en 18 años provoca que 100 adultos inmaduros voten y evita que 50 niños maduros voten, lo que ocasiona 150 errores. Supón además que fijar la edad para votar en 19 años provocaría que 70 adultos inmaduros voten y evitaría que 55 niños maduros voten, generando así sólo 125 errores. Entre estas dos edades, 19 minimiza la subinclusión y la sobreinclusión. Por lo tanto, se debería establecer la edad para votar en 19 años.

Esta discusión trata todas las instancias de subinclusión y sobreinclusión de igual manera. Sin embargo, a veces merecen un tratamiento distinto porque un tipo de error es peor que el otro. El derecho penal ofrece un ejemplo clásico: un sistema de justicia penal subinclusivo no castiga a una persona materialmente culpable de haber cometido un ilícito, mientras que un sistema sobreinclusivo castiga a una persona inocente. La mayoría de las personas considera que castigar a un inocente es peor que dejar impune a un culpable. Según William Blackstone, un famoso jurista inglés, "mejor que diez culpables escapen, que uno solo inocente sufra"[916].

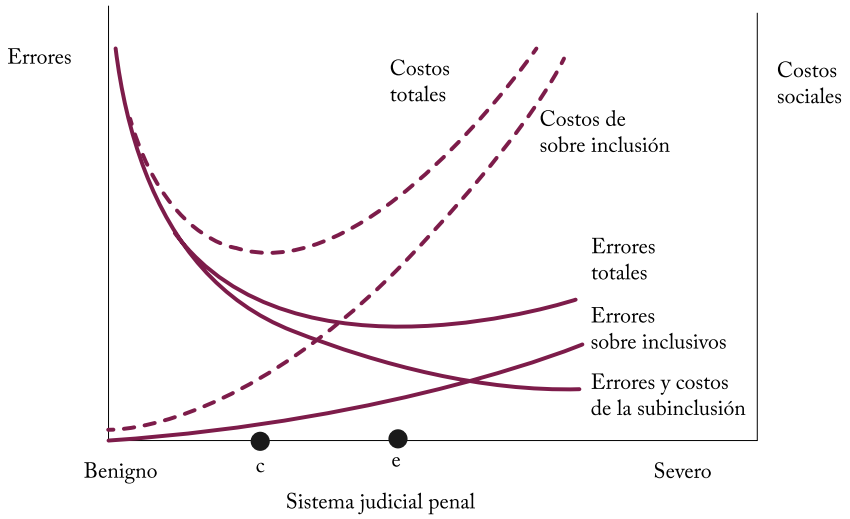
La subinclusión y la sobreinclusión merecen ser tratadas de forma diferente cuando una impone mayores costos a la sociedad que la otra. En ese caso, las buenas reglas no minimizan necesariamente la subinclusión y la sobreinclusión, sino que minimizan los costos que generan.

[916] William Blackstone, Commentaries on the Laws of England 1027 (1882).

La Figura 53 representa estas ideas. El eje vertical de la izquierda representa errores que ocurren en el sistema de justicia penal, y el eje horizontal representa la severidad del sistema de justicia penal. Un sistema en el extremo izquierdo del eje permite que muchas personas queden impunes, incluidos numerosos criminales. Un sistema en el extremo derecho castiga a muchas personas, incluidos muchos inocentes. Al desplazarse hacia la derecha desde el origen, una curva sólida muestra que los errores por sobreinclusión aumentan, mientras que otra curva sólida muestra que los errores por subinclusión disminuyen. La curva en forma de U sólida, etiquetada "errores totales", combina las dos curvas previas y representa el total de errores derivados de la sobreinclusión y la subinclusión; es decir, la suma de los inocentes castigados y los criminales dejados sin castigo. El sistema de justicia penal que minimiza los errores tiene una severidad *e*, donde e representa el número de errores, lo cual corresponde al punto más bajo de la curva de "errores totales".

Al igual que Blackstone, la mayoría de las personas piensa que castigar a los inocentes es peor que dejar libres a los criminales. La Figura 53 ilustra esta idea. El eje vertical de la derecha representa los costos sociales. A medida que nos desplazamos hacia la derecha desde el origen, se castiga a más personas inocentes. La curva discontinua de pendiente ascendente muestra que los costos sociales de la sobreinclusión aumentan rápidamente. Para simplificar, asumimos que los costos sociales y las instancias de subinclusión son iguales, de modo que esa curva permanece constante. La curva discontinua en forma de U, etiquetada "costos totales", representa el costo social total derivado de la sobreinclusión y la subinclusión; en otras palabras, la suma del daño social que se sigue de castigar a los inocentes y del daño social que se sigue de no castigar a los criminales. El sistema de justicia penal que minimiza los costos tiene una severidad *c*.

Figura 53. Subinclusión y Sobreinclusión



El sistema que minimiza los costos es menos severo que el sistema que minimiza los errores. La diferencia surge del costo relativamente alto de castigar a personas inocentes y el costo relativamente bajo de dejar libres a personas materialmente culpables. Pasar de *e* a *c* aumenta el número de errores, pero disminuye los costos.

Esta discusión es abstracta. Hagamos que sea más concreta con un ejemplo real. Anteriormente mencionamos la Quinta Enmienda de la Constitución de EE. UU., que establece: "Ninguna persona… será obligada en ningún caso criminal a atestiguar contra sí misma"[917]. Este lenguaje es lo suficientemente claro para algunos casos. Supón que un policía le dice a un sospechoso: "Confiesa el delito o te quemaré con un cigarrillo"[918]. La mayoría de los abogados estarían de acuerdo en que el sospechoso fue "obligado" en violación de la Quinta Enmienda. Pero considera algunos casos más complejos. Un policía le dice a un sospechoso: "Confiesa el delito y dejaremos ir a tu cómplice". O, "Confiesa el delito x y dejaremos de investigar el delito y, que creemos que también cometiste". ¿Fueron los sospechosos "obligados" a confesar? La respuesta no es clara. La Quinta Enmienda es demasiado vaga para resolver estos casos.

La Corte Suprema ha desarrollado doctrina sobre la Quinta Enmienda. Antes de la década de 1960, la Corte adoptó la prueba de "voluntariedad"[919]. Si un sospechoso confesaba de forma voluntaria, el gobierno podía usar esa confesión al enjuiciarlo; por el contrario, si un sospechoso confesaba de forma involuntaria, el gobierno no podía utilizar la confesión al argumentar su caso. Al igual que el texto de la Quinta Enmienda, la prueba de voluntariedad es un estándar vago. Los tribunales inferiores tuvieron dificultades para aplicarlo y no siempre decidieron los casos de la forma que la Corte Suprema deseaba.

La Corte Suprema buscó reemplazar el estándar de voluntariedad con una regla. Una regla disminuiría los costos de desvío, pero aumentaría los costos de inflexibilidad. Los costos de inflexibilidad resultan de la subinclusión y la sobreinclusión. ¿Cómo minimizar los costos de subinclusión y sobreinclusión? Para responder, debemos comparar ambos costos. Blackstone consideró que era peor castigar a un inocente que dejar libre a un culpable. De manera similar, muchas personas piensan que es peor permitir una confesión involuntaria que bloquear una

[917] U.S. Const. enmienda. V.

[918] Este ejemplo se basa en un caso real de abuso policial. Véase Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 446 (1966) (citando *People v. Portelli,* 15 N.Y. 2d 235 (1965)).

[919] *Véase, por ejemplo,* Chambers v. State of Florida, 309 U.S. 227, 238–40 (1940) (considerando que una confesión, dada bajo interrogatorio prolongado y aislamiento, fue obtenida por coacción en lugar de ser voluntaria).

confesión voluntaria. Los costos de hacer la doctrina de la Quinta Enmienda subinclusiva (permitiendo algunas confesiones involuntarias) superan los costos de hacerla sobreinclusiva (bloqueando algunas confesiones voluntarias). Así, para minimizar los costos totales, la regla debe ser sobreinclusiva.

En *Miranda v. Arizona*, la Corte Suprema cambió su doctrina sobre la Quinta Enmienda al consagrar una regla. Antes de interrogar a un sospechoso, la policía debe informarle que "tiene el derecho a permanecer en silencio," que cualquier cosa que diga "puede ser y será utilizada en su contra," y que "tiene el derecho a consultar con un abogado y a tener al abogado presente durante el interrogatorio"[920]. Esta es la "advertencia *Miranda*". En general, la policía no puede utilizar ninguna declaración o confesión de un sospechoso a menos que primero le haya dado la advertencia *Miranda*. Al recordar a los sospechosos sus derechos, la advertencia de *Miranda* evita algunas confesiones involuntarias. Sin embargo, la policía a veces se olvida de dar la advertencia, bloqueando así muchas confesiones voluntarias.

En comparación con el estándar de voluntariedad, la advertencia *Miranda* es una regla deliberadamente sobreinclusiva. Sobreprotege de forma deliberada el derecho consagrado en la Quinta Enmienda. Los abogados tienen un término especial para referirse a las reglas deliberadamente sobreprotectoras elaboradas por los jueces: las llaman reglas *profilácticas*.

Preguntas

2.3.1. Da un ejemplo, real o hipotético, de un estándar profiláctico y de una regla deliberadamente subinclusiva.
2.3.2. Algunas personas aceptan las reglas "comunes" pero critican las reglas profilácticas. ¿Existe alguna diferencia? Evan Caminker dice que no. Él señaló que:
[S]i el argumento es que las reglas profilácticas son diferentes porque se basan en ciertos juicios institucionales sobre la capacidad de los tribunales para hacer cumplir las normas constitucionales, en lugar de simplemente en una "pura" interpretación de dichas normas, esto es completamente erróneo. Casi toda la doctrina constitucional dice relación con un juicio judicial *tanto* sobre el contenido de la norma constitucional como sobre la capacidad institucional de un tribunal para hacerla cumplir de diversas maneras, tomando en cuenta

[920] Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 467–71 (1966).

tanto sus propias propensiones y limitaciones como las de otros actores relevantes, tales como los tribunales federales y estatales inferiores[921].

(a) Supón que las reglas "ordinarias" tienen como objetivo minimizar las instancias de subinclusión y sobreinclusión, mientras que las reglas profilácticas buscan minimizar los costos de la subinclusión y la sobreinclusión. ¿Es uno de estos fines más objetivo y manejable que el otro?

(b) Los jueces no pueden determinar con precisión los costos de la subinclusión y la sobreinclusión. ¿Significa esto que deberían ignorar esos costos al elaborar doctrina?

2.4. Sobre precedentes y "Pendientes Resbaladizas"

A lo largo de este libro hemos discutido acerca del *stare decisis*. Según el *stare decisis,* los jueces deben decidir el caso de hoy siguiendo los precedentes establecidos en casos anteriores. Este estándar plantea muchas preguntas, como ¿qué cuenta como un precedente? y ¿cuándo (si es que alguna vez) deben los jueces cambiar un precedente? Aquí exploramos una pregunta diferente: ¿por qué los jueces siguen los precedentes?

Comencemos con algunas distinciones. El *stare decisis* vertical significa que un tribunal inferior aplica un precedente establecido por un tribunal superior. Cuando los jueces de primera instancia aplican el estándar fijado por la Corte Suprema en *Caperton*, están siguiendo el *stare decisis* vertical. El capítulo anterior analizó la discreción en la jerarquía judicial, y esa discusión se relaciona con el *stare decisis* vertical. Aquí no estudiamos el precedente vertical.

El *stare decisis horizontal* significa que un tribunal sigue sus propios precedentes. Cuando la Corte Suprema aplica el test de Caperton a un nuevo caso, está ejerciendo el *stare decisis* horizontal. Si el juez o los jueces no cambian, entonces cómo aplica el *stare decisis* horizontal es predictible: los jueces establecen un precedente que les gustó y continúan aplicándolo[922]. El fenómeno resulta aún más interesante cuando los jueces cambian. Por ejemplo, la Corte Suprema actual se apoya en precedentes establecidos hace décadas por distintos magistrados. La Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de EE. UU. cuenta con 29 jueces que resuelven casos en paneles de tres. ¿Por qué el panel conformado por los jueces *x*, *y* y *z* sigue el precedente establecido por los jueces *u*, *v* y *w*?

[921] Evan H. Caminker, *Miranda and Some Puzzles of "Prophylactic" Rules*, 70 U. Cin. L. Rev. 1, 25–26 (2001).

[922] Si los valores de un juez cambian, o si éste consigue nueva información, entonces podría rechazar su precedente. *Véase generalmente* Lewis A. Kornhauser, *An Economic Perspective on Stare Decisis*, 65 Chi.-Kent L. Rev. 63 (1989). Esta sección se basa en el trabajo de Kornhauser.

Los académicos han ofrecido muchas explicaciones para el *stare decisis* horizontal. Los jueces pueden sentir el deber de seguir los precedentes de su tribunal o dar gran valor a la estabilidad jurídica. Incluso pueden disfrutar del "juego" de identificar y aplicar precedentes[923]. Aquí se presentan dos posibilidades adicionales fundamentadas en el análisis económico. Primero, establecer un nuevo precedente requiere tiempo y esfuerzo. Si un juez puede ahorrarse tiempo y esfuerzo aplicando un precedente ya existente, entonces podría optar por seguirlo, incluso si no le agrada del todo. Relacionado con esto, los precedentes contienen información. Supón que la jueza Sandoval conoció de un caso que involucraba una ley confusa y lo resolvió estableciendo el precedente *P*. Más adelante, el juez Santolaya recibe un caso similar sobre la misma ley. El juez Santolaya puede aplicar el precedente *P*[924] o crear uno nuevo. Si el juez Santolaya cree que la jueza Sandoval era competente, podría concluir que no puede mejorar *P*. Sabiendo esto, el juez Santolaya opta por seguir el precedente existente, aunque no lo entienda completamente, en lugar de crear uno nuevo.

Estas ideas ayudan a explicar el *stare decisis* horizontal, pero no pueden explicar todos los casos. Supón que el juez Santolaya recibe un caso en el que el precedente establecido por la jueza Sandoval respalda el resultado *A*, pero el juez Santolaya prefiere el resultado *B*. El juez Santolaya siente cierto deber de aplicar los precedentes ya establecidos y valora la seguridad jurídica, pero esos compromisos no son absolutos. El juez Santolaya dispone de tiempo y cree comprender el asunto mejor que la jueza Sandoval. Ninguna de las explicaciones previas para el *stare decisis* horizontal se aplica en este caso. Sin embargo, ¿podría el juez Santolaya optar por seguir el precedente?

La respuesta es que sí. Para ver por qué, volvamos a un concepto mencionado al inicio del libro: el dilema del prisionero. En lugar de prisioneros, jugaremos con jueces. Santolaya puede seguir el precedente de Sandoval, o bien "desobedecer" el precedente (es decir, ignorar el precedente de Sandoval) y decidir cómo le convenga. Del mismo modo, Sandoval puede seguir un precedente establecido por Santolaya, o puede desobedecerlo y decidir según sus propios criterios. La Figura 54 muestra las posibilidades. La casilla superior izquierda muestra los pagos a los jueces si ambos siguen el precedente. La casilla inferior derecha muestra los pagos si ambos se apartan del precedente. Las otras casillas muestran los pagos si un juez sigue el precedente y el otro no. Por ejemplo, si Santolaya sigue el precedente y Sandoval se aparta de éste, Santolaya obtiene un pago de –3 y Sandoval un pago de 4, tal como se observa en la casilla superior derecha.

[923] *Véase* Richard A. Posner, *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Things Everyone Else Does),* 3 Sup. Ct. Econ. Rev. 1 (1993).

[924] En los Estados Unidos, los jueces de primera instancia no establecen precedentes de manera formal. A modo de ejemplo, esta discusión supone que sí lo hacen. Las ideas se aplican a entornos más complicados con paneles de jueces que sí establecen precedentes.

Hemos explicado las casillas y sus pagos. Ahora consideremos las intuiciones detrás de esto. A Santolaya le gustaría dejar de lado el precedente de Sandoval, y a la vez le gustaría que Sandoval siguiera su propio precedente. Así, el pago más alto para Santolaya se encuentra en la casilla inferior izquierda. Sandoval hace un cálculo similar, por lo que su pago más alto se ubica en la casilla superior derecha. Como segunda opción, ambos jueces prefieren que todos sigan el precedente. Y como tercera opción, ambos prefieren que nadie lo siga.

El resultado "seguir, seguir" produce un pago total de 6, el mayor para el grupo. Sin embargo, este no es el equilibrio. Si Sandoval sigue el precedente, Santolaya puede seguirlo y obtener un pago de 3 o desobedecerlo y obtener 4. Si Sandoval desobedece el precedente, Santolaya puede seguirlo y obtener –3 o desobedecerlo y obtener 2. Independientemente de la elección de Sandoval, Santolaya prefiere desobedecer. Sandoval realiza el mismo cálculo, por lo que ambos jueces optan por desobedecer. El resultado "desobedecer, desobedecer" es el equilibrio, que produce un pago total de 4.

En este ejemplo, cada juez toma una única decisión: aplicar o dejar de lado el precedente del otro. Normalmente, los jueces toman muchas de estas decisiones. Los 29 jueces de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito deciden una y otra vez si seguir o no los precedentes de sus colegas. En lugar de tratarse de un dilema del prisionero "de una sola jugada", su juego se asemeja a un dilema del prisionero "repetido". En el juego repetido, la cooperación es posible.

Supón que el juez Santolaya razona de la siguiente manera: "Puedo seguir el precedente de la jueza Sandoval en el Caso Uno, o puedo desobedecerlo. Si desobedezco, puedo decidir el Caso Uno como yo quiera; sin embargo, la jueza Sandoval me castigará desobedeciendo mi precedente cuando decida el Caso Dos". Con ese razonamiento, el juez Santolaya imagina una serie de pagos para sí mismo, tal como se indica en la Figura 55. Él decide los casos impares, y la jueza Sandoval decide los casos pares. En el Caso Uno, el juez Santolaya obtiene 2 al desobedecer el precedente y 1 al seguirlo. Si desobedece en el Caso Uno, obtendrá 0 en el Caso Dos, porque la jueza Sandoval tomará represalias, y así ignorará su precedente. Si sigue el precedente en el Caso Uno, obtendrá un pago de 2 en el Caso Dos, ya que la jueza Sandoval seguirá su precedente. Desobedecer le produce un pago total de 2 en dos casos, mientras que seguir le produce un pago total de 3 en dos casos. Las interacciones repetidas incentivan al juez Santolaya a seguir el precedente. Si todos los jueces razonan como el juez Santolaya, todos seguirán el precedente[925].

[925] Para una versión más sofisticada del análisis presentado aquí, véase Eric Rasmussen, *Judicial Legitimacy as a Repeated Game,* 10 J.L. Econ. & Org. 63 (1994). Para trabajos tempranos sobre el dilema del prisionero repetido, véase Robert Axelrod, The Evolution of Cooperation (1984).

Figura 54. Dilema Precedente

	Seguir	**Sandoval**	Desobedecer
Seguir	3,3,		-3,4
Santolaya			
Desobedecer	4,-3		2,2

Figura 55. Dilema del Precedente Repetido

Estrategia Juez Santolaya	Caso 1	Caso 2	Caso 3	Caso 4	Caso 5	…
Apartarse	2	0	2	0	2	…
Seguir	1	2	1	2	1	...

La versión repetida del dilema del prisionero ayuda a explicar por qué los jueces siguen los precedentes, incluso aquellos a los que se oponen. Además, ilumina el concepto de *pendientes resbaladizas*. A veces, una acción que en el momento actual es deseable puede llevar a una acción indeseable mañana. Abogados y jueces a menudo se preocupan por las pendientes resbaladizas. Considera *Washington v. Glucksberg*[926]. Los pacientes con enfermedades terminales querían que sus médicos les ayudaran a cometer suicidio. Los médicos podían prescribir medicamentos letales que los propios pacientes ingerirían, pero la ley estatal prohibía el suicidio asistido. La cuestión era si los pacientes tenían un interés en la libertad, protegido por la Constitución, que prevaleciera sobre la ley estatal. La Corte Suprema respondió negativamente, razonando que "el Estado puede

[926] 521 U.S. 702 (1997).

temer que permitir el suicidio asistido lo ponga en la senda hacia la eutanasia voluntaria e incluso involuntaria"[927]. El juez Souter, en una opinión concurrente, argumentó de manera similar:

> "[Un] médico que proporcionaría a un paciente un fármaco para que éste mismo lo ingiera podría muy bien dar el siguiente paso de administrar el remedio él mismo; así, la barrera entre el suicidio asistido y la eutanasia podría volverse porosa, al igual que la línea entre la eutanasia voluntaria e involuntaria. El argumento a favor de la pendiente resbaladiza está bastante demostrado aquí... porque existe un argumento plausible de que el derecho reclamado no sería fácilmente contenible"[928].

Una metáfora capta este razonamiento: si permitimos el suicidio asistido, salimos de una meseta estable y pasamos a una pendiente resbaladiza. Desde allí, podríamos deslizar hasta el fondo, donde los médicos podrían llegar a matar a pacientes vulnerables a cambio de dinero.

Las pendientes resbaladizas ocurren en distintas situaciones[929]. La versión repetitiva del dilema del prisionero ilumina una de ellas. Si el juez Santolaya hoy deja de lado el precedente (es decir, "se sube a la pendiente"), entonces la jueza Sandoval podría responder dejando de lado el precedente mañana. Pronto, todos los jueces podrían dejar de lado los precedentes, haciendo que el derecho se vuelva inestable (deslizando hasta el fondo). Si el juez Santolaya teme deslizar hasta el fondo mañana, es probable que hoy opte por seguir el precedente.

Preguntas

2.4.1. En el juego de una sola jugada, ambos jueces desobedecen el precedente. ¿Podría la negociación evitar este resultado? ¿Qué impedimentos para la negociación enfrentan los jueces?
2.4.2. Si el juez Santolaya desobedeciera el precedente, asumimos que la jueza Sandoval tomará represalias desobedeciendo el precedente en otro caso. Sin embargo, la jueza Sandoval podría haber adoptado una estrategia más dura: podría haber tomado represalias dejando de lado el precedente en dos casos, o incluso en todos los casos futuros (la estrategia del "gatillador loco"). ¿Afectaría una estrategia más dura la elección del juez Santolaya entre

[927] *Id.* at 732.

[928] *Id.* at 785 (Souter, J., concurriendo).

[929] *Véase* Eugene Volokh, *The Mechanisms of the Slippery Slope*, 116 Harv. L. Rev. 1026 (2003).

seguir o desobedecer el precedente? ¿Por qué podría la jueza Sandoval preferir una estrategia indulgente?

2.4.3. La policía tiene tres opciones: (1) no instalar cámaras en la vía pública, (2) instalar cámaras para resolver crímenes, o (3) instalar cámaras para resolver crímenes y rastrear los movimientos de los ciudadanos. El statu quo es la opción (1). La gente se opone a pasar de (1) a (3) pero apoyaría pasar de (2) a (3). ¿Por qué? ¿Se trata de una pendiente resbaladiza?[930]

El fin del juego

Hemos descrito una estrategia según la cual los jueces recompensan a otros jueces que siguen el precedente y toman represalias contra quienes se apartan de éste. Esta estrategia se ha denominado "toma y daca" (si cooperas, te recompenso; si no cooperas, te castigo). El toma y daca puede sostener la cooperación durante largos períodos y es una estrategia común en todo tipo de relaciones. Sin embargo, la mayoría de las relaciones eventualmente llegan a su fin. A medida que se acerca el final, la cooperación suele desmoronarse y surge el conflicto, incluso entre personas que han cooperado exitosamente durante mucho tiempo. Aquí explicamos por qué.

Anteriormente asumimos que el ir y venir entre el juez Santolaya y la jueza Sandoval continuaba indefinidamente. Ahora, supón que su juego termina en un punto específico y predecible. En la Figura 55, el juego finaliza después del Caso Cinco. El juez Santolaya decide los casos impares, por lo que él decidirá el Caso Cinco. Podría desobedecer el precedente para obtener un pago de 2 o seguir el precedente para obtener un pago de 1. Si el juego continuara, el juez Santolaya podría optar por seguir el precedente, aceptando 1 en el Caso Cinco para asegurar un pago de 2 en el siguiente caso. Pero como el juego termina después del Caso Cinco, sin la promesa de una recompensa futura, la mejor estrategia para el juez Santolaya es desobedecer el precedente en ese caso. Ahora considera a la jueza Sandoval, que decide el Caso Cuatro. Su estrategia y su secuencia de pagos son las mismas que las del juez Santolaya. Ella podría seguir el precedente en el Caso Cuatro para obtener un pago de 1, pero el juez Santolaya no la recompensará en el Caso Cinco, pues desobedecerá el precedente sin importar lo que ella haga. Por ello, la mejor opción para la jueza Sandoval es desobedecer el precedente en el Caso Cuatro para obtener un pago de 2. Siguiendo la misma lógica, el juez Santolaya desobedecerá el precedente en el Caso Tres, y el

[930] *Véase id.* at 1043–44.

razonamiento se repetirá. Así, ambos jueces desobedecen el precedente en cada caso. Conocer el final del juego hace que toda cooperación se caiga a pedazos.

En el mundo de los negocios, las partes a menudo superan el problema del fin del juego mediante un contrato. Imagina a un comprador y a un vendedor de algodón. Inician su relación firmando un contrato. Tras cooperar durante un largo período, cada parte confía en la otra. La compradora ni se molesta en pesar cada envío de algodón, pues confía en que el vendedor enviará la cantidad adecuada. Durante ese período de cooperación, las partes no dependen del contrato. Sin embargo, cuando el final de la relación se vuelve evidente, la cooperación podría desmoronarse: el vendedor podría intentar despachar un envío insuficiente y la compradora podría retrasar el pago. En ese momento, el contrato cobra importancia, ya que obliga a ambas partes a cumplir con sus obligaciones en el juego final.

Los funcionarios gubernamentales, por lo general, no pueden firmar contratos de la misma forma que compradores y vendedores de algodón. Sin embargo, en ocasiones el derecho público actúa como sustituto de un contrato. El capítulo anterior explicó que la competencia política puede promover la independencia judicial. La lógica es similar a aquella en la versión repetitiva del dilema del prisionero: el partido fuerte de hoy respeta la independencia judicial, aun cuando los tribunales independientes puedan frustrar su agenda, porque espera ser el partido débil de mañana. Los tribunales independientes protegen al partido débil; de la misma forma, el partido débil de hoy respetará la independencia judicial mañana cuando se convierta en el partido fuerte. Las interacciones repetidas entre las partes pueden sostener la cooperación sin necesidad de un acuerdo formal. Sin embargo, cuando el final del juego se acerca y se vuelve evidente —quizás porque una de las partes se vuelve dominante y el poder deja de rotar— la cooperación podría fracasar. El partido poderoso podría desear debilitar los tribunales. En ese contexto, la Constitución, que protege la independencia judicial, podría cobrar importancia al obligar al partido poderoso a respetar esa independencia en el juego final.

2.5. Aquiescencia al precedente

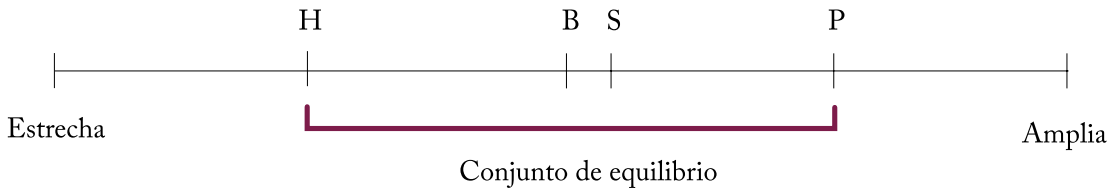
La cooperación y el interés propio pueden llevar a que los jueces respeten los precedentes, tal como ilustramos con los jueces Sandoval y Santolaya. Sin embargo, es posible que los jueces no piensen en estos términos. En lugar de negociar explícitamente, pueden optar por seguir una norma social de deferencia al precedente. Las normas sociales se relacionan con el *enforcement*, un tema amplio que abordaremos más adelante. Aquí tratamos algo distinto: la aquiescencia. Al decidir si seguir un

precedente, los jueces no escriben sobre juegos repetidos ni sobre "toma y daca". Se centran en otras cuestiones, entre ellas: ¿La legislatura se ha opuesto al precedente? Si no es así, los jueces afirman que la legislatura "ha consentido". La aquiescencia ofrece una razón para seguir el precedente.

Introdujimos el concepto de aquiescencia en un capítulo anterior. El Congreso de EE. UU. promulgó la *Sherman Antitrust Act* para proteger a la población de los monopolios en el ámbito empresarial. En *Flood v. Kuhn*, la Corte Suprema tuvo que decidir si dicha ley se aplicaba a las ligas profesionales de béisbol[931]. La ley se aplicaba a otros deportes profesionales como el baloncesto y el fútbol. Al momento de conocer el caso, la televisión y la radio difundían el béisbol a nivel nacional, lo que lo convertía en un asunto interestatal dentro del ámbito del Congreso. En consecuencia, la Corte tenía buenas razones para aplicar la ley al béisbol. Sin embargo, *Flood* no fue un caso donde se discutía este asunto por primera vez. En dos casos anteriores, *Federal Baseball y Toolson*, la Corte sostuvo que la ley no se aplicaba al béisbol[932]. En *Flood*, la Corte siguió sus precedentes, eximiendo al béisbol de la ley de antimonopolio.

> Para explicar su decisión, la Corte escribió:
>
> Seguimos mostrando reticencia, 50 años después de *Federal Baseball* y casi dos décadas después de *Toolson*, a revocar judicialmente esos casos cuando el Congreso, por su inacción positiva, ha permitido que esas decisiones se mantengan durante tanto tiempo y, más allá de meras inferencias e implicaciones, ha demostrado claramente el deseo de no desaprobarlas legislativamente[933].

Figura 56. Aquiescencia



[931] 407 U.S. 258 (1972).

[932] *Véase id.* Fed. Baseball Club v. Nat'l League, 259 U.S. 200 (1922); Toolson v. New York Yankees, Inc., 346 U.S. 356 (1953).

[933] Flood v. Kuhn, 407 U.S. 258, 283–84 (1972).

Este es un argumento basado en la aquiescencia. Los miembros del Congreso conocían los precedentes de la Corte. Se presentaron varios proyectos de ley para anular dichos precedentes y extender la aplicación de la ley al béisbol, pero ninguno se convirtió en ley. La "inacción positiva" del Congreso debió significar que los legisladores daban su visto bueno a los precedentes de la Corte. Así, la Corte continuó aplicándolos.

¿Significa la aquiescencia de los legisladores que el precedente es correcto? Los modelos espaciales del capítulo anterior pueden ayudar a responder esta pregunta. La Figura 56 representa la ley de antimonopolio. Una ley ubicada en el lado izquierdo de la dimensión es estrecha, es decir, regula pocas empresas, mientras que una en el lado derecho regula muchas. Se muestran los puntos ideales de la Cámara de Representantes (*H*), el Senado (*S*) y el Presidente (*P*). Supón que esos actores promulgan una ley en el punto *B*, donde *B* representa el acuerdo legislativo sobre cómo lidiar con los monopolios. Ahora, imagina que un tribunal recibe un caso sobre el significado de la ley. Si el tribunal interpreta que la ley significa *B*, la legislatura no la anulará. La Cámara no aprobará una nueva ley a la izquierda de *B*, y el Senado no aprobará una a la derecha de *B*. La interpretación del tribunal es correcta y la legislatura consiente en esto.

Ahora supón que el tribunal toma una decisión diferente. Interpreta la ley de forma distinta a *B*, quizás ubicándola justo a la derecha de *H* o a la izquierda de *P*. Esas interpretaciones son incorrectas (*B* es la interpretación correcta), pero la legislatura no las anula. En términos generales, el tribunal puede seleccionar cualquier interpretación entre *H* y *P* sin provocar una anulación. La aquiescencia por parte de la legislatura no significa que el tribunal haya alcanzado la interpretación correcta; solo significa que la interpretación se encuentra dentro del conjunto de equilibrio.

Este ejemplo asume que los puntos ideales de la Cámara, el Senado y el Presidente permanecen fijos en el tiempo. En realidad, cambian, pero eso no afecta la lógica subyacente. La decisión de la Corte Suprema sobre el béisbol perduró durante décadas, incluso cuando los puntos ideales se desplazaron de una elección a otra. El Congreso siempre consintió tácitamente, por lo que aparentemente el precedente se mantuvo dentro del conjunto de equilibrio variable.

Hemos demostrado que la aquiescencia de parte de la legislatura no implica que el tribunal haya acertado en su interpretación. No obstante, la aquiescencia puede suministrar información útil a los tribunales. Un capítulo anterior introdujo la teoría de las transiciones en la interpretación, la cual aplica cuando un tribunal se enfrenta a un caso regido por un precedente erróneo. Los tribunales deben sopesar los beneficios de desafiar el precedente y corregir el error con los costos de transición asociados con cambiar la ley. Por lo general, los tribunales no conocen con precisión esos

beneficios y costos de transición; deben adivinar basándose en información limitada. La aquiescencia proporciona algo de información, aun cuando esta es limitada. Si un precedente permanece estable durante muchos años, incluso cuando los legisladores debaten e intentan anularlo, ello sugiere que cambiar la ley implicaría altos costos de transición. Esos altos costos probablemente expliquen por qué el Congreso no ha modificado la ley en sí. Así, la aquiescencia ofrece una razón para sostener un precedente existente. Sin embargo, la razón se fundamenta en los costos de transición, no en que el precedente consista de una correcta interpretación de la ley.

3. Puzles y Paradojas

El filósofo Ronald Dworkin imaginó a Hércules, un juez con sabiduría, conocimiento y habilidad sobrehumana[934]. Hércules resuelve todos los casos correctamente. Además, trabaja solo. En realidad, los jueces son falibles, y muchos de ellos trabajan en equipos. En Estados Unidos, los paneles de apelación suelen tener tres jueces, y la Corte Suprema cuenta con nueve. Varios jueces colaboran para tomar decisiones grupales. A veces, la toma de decisiones en grupo conduce a resultados sorprendentes. Un tribunal compuesto por jueces sabios puede emitir decisiones poco prudentes o incluso carentes de sentido. Esta sección explica por qué esto ocurre así por la vía de aplicar analizar económicamente la manera en que opera la doctrina en tribunales colegiados.

3.1. La Regla de Marks

Jurados en el estado de Oregón condenaron a tres hombres por cometer delitos. En dos de los casos, los jurados votaron 11–1 a favor de la condena, y en el tercer caso votaron 10–2 a favor de ésta. Los acusados apelaron ante la Corte Suprema de EE. UU. Argumentaron que la Sexta Enmienda de la Constitución, que protege el derecho a un juicio por jurado, exige veredictos unánimes. Dado que los jurados no votaron de manera unánime, los hombres afirmaron que no podían ser condenados. En *Apodaca v. Oregon*, la Corte Suprema rechazó esa afirmación[935]. Cuatro jueces se unieron a una opinión que sostenía que la Sexta Enmienda no exige veredictos unánimes. El juez Powell escribió una opinión en la que afirmaba que la Sexta Enmienda sí exige veredictos unánimes, pero solo en juicios federales

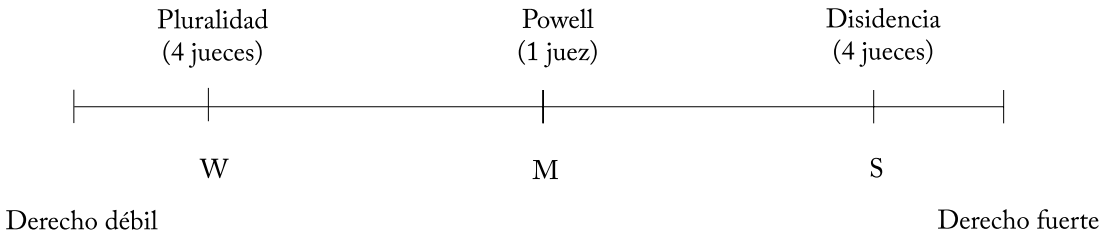
[934] Ronald Dworkin, Law's Empire 239–75 (1986).

[935] Apodaca v. Oregon, 406 U.S. 404 (1972). Esta decisión fue anulada por una posterior decisión de la Corte, que sostuvo que la Sexta Enmienda requiere un veredicto unánime para condenar a un acusado por un delito grave. Véase Ramos v. Louisiana, 140 S. Ct. 1390, 1394 (2020).

(es decir, juicios en tribunales federales que involucran violaciones de leyes penales federales). Los hombres violaron leyes penales estatales. En conjunto, esos cinco jueces formaron mayoría, de modo que su decisión —condenar a los acusados— resolvió el caso. Cuatro jueces disidentes argumentaron que la Sexta Enmienda exige veredictos unánimes en todos los juicios penales[936].

¿Qué precedente estableció la Corte en *Apodaca*? Habitualmente, encontramos el precedente en la opinión mayoritaria. Pero casos como Apodaca no tienen una opinión mayoritaria. No más de cuatro jueces se unieron a una sola opinión, y se requieren cinco para formar mayoría. *Apodaca* es, por tanto, un *fallo de pluralidad.*

Figura 57. Aplicando *Marks a Apodaca*



¿Los fallos de pluralidad crean precedentes? Sí. Según la Corte Suprema, "[c]uando un Tribunal fragmentado decide un caso y ninguna única justificación que explique el resultado cuenta con el asentimiento de cinco jueces, el fallo del Tribunal puede considerarse como la posición adoptada por aquellos miembros que concurrieron, a partir de los argumentos más estrechos, a la decisión del caso"[937]. Esto se conoce como la Regla *Marks*, así llamada por el caso en el que la Corte la creó.

En *Apodaca*, el juez Powell concurrió respecto de cómo se decidió el fallo (es decir, estuvo de acuerdo con la conclusión de la Corte de que los hombres habían sido legalmente condenados). Su opinión contiene los argumentos más estrechos a favor del fallo en el sentido de que adopta una posición

[936] *Véase* Apodaca v. Oregon, 464 U.S. 404, 414–15 (1972) (Stewart, J., disintiendo). Los jueces Brennan, Marshall y Douglas escribieron opiniones disidentes en el caso complementario de *Apodaca, Johnson v. Louisiana,* 406 U.S. 356, 395–403 (1972). Esto no afecta nuestro análisis.

[937] Marks v. United States, 430 U.S. 188, 193 (1977) (se omiten las comillas internas y las citas).

más moderada. Mientras que la pluralidad de cuatro jueces bloquearía todas las reclamaciones de la Sexta Enmienda acerca de veredictos unánimes del jurado, la opinión del juez Powell bloquearía únicamente algunas reclamaciones sobre veredictos unánimes (las relativas a jurados estatales). Según la Regla *Marks*, la opinión del juez Powell es la que controla el caso, es decir, es aquella en que consiste el precedente.

Esto parece sorprendente. Ocho de los nueve jueces rechazaron la opinión del juez Powell, sin embargo, su opinión aparentemente estableció el precedente que deben seguir la Corte Suprema y los tribunales inferiores.

Podemos racionalizar la Regla *Marks* utilizando herramientas de un capítulo anterior[938]. En *Apodaca*, nueve jueces adoptaron posturas sobre el derecho a un juicio por jurado. La pluralidad de cuatro jueces interpretó el derecho de forma débil (es decir, no es exigible tener jurados unánimes para imponer una sanción penal); llamemos a esta interpretación *W*. Los cuatro jueces en disidencia interpretaron el derecho de forma fuerte (es decir, es exigible que haya jurados unánimes para imponer una sanción penal); llamemos a esta interpretación *S*. El juez Powell adoptó una posición moderada (a veces es exigible que haya jurados unánimes para imponer una sanción penal); llamemos a esta interpretación *M*. La Figura 57 sitúa a los jueces en una dimensión interpretativa, con el extremo izquierdo correspondiendo a un derecho débil y el extremo derecho a un derecho fuerte. Supón que los jueces emiten votos en pares sobre las tres interpretaciones en competencia. Powell y la pluralidad de cuatro jueces prefieren *M* a *S*. Asimismo, Powell y los cuatro jueces disidentes prefieren *M* a *W*. *M* vence a todas las alternativas.

El juez Powell redactó una opinión únicamente para sí mismo, pero una mayoría de los jueces la prefiere sobre cualquier otra opinión. Permitir que la opinión del juez Powell fije el precedente ya no resulta sorprendente.

Este análisis se basa en el teorema del votante mediano, el cual discutimos en los capítulos sobre votación. Dicho teorema puede justificar la Regla *Marks*. Sin embargo, el teorema parte de algunas suposiciones. Una de ellas es que los votantes tengan preferencias con un solo pico. En el caso recién analizado, asumimos que la pluralidad de cuatro jueces prefiere la interpretación *W* a *M* y *M* a *S*; de

[938] Esta discusión se basa en Maxwell Stearns, *Modeling Narrowest Grounds*, 89 Geo. Wash. L. Rev. 101 (2021).

igual modo, asumimos que los jueces disidentes prefieren la interpretación *S* a *M* y *M* a *W*. Estas son preferencias con un solo pico. Supón, en cambio, que los jueces disidentes tienen preferencias de dos picos: es decir, prefieren *S* a *W* y *W* a *M*. Esto alteraría el voto, de modo que una mayoría o bien prefiere *W* a las alternativas, o bien los jueces quedarían atrapados en un ciclo, ya que sus preferencias grupales serían intransitivas[939]. Para que el teorema del votante mediano justifique la Regla *Marks*, debemos asumir que los jueces poseen preferencias con un solo pico.

El teorema del votante mediano parte de otra suposición: que existe una única dimensión de elección. Con preferencias de pico único, emitir votos por pares sobre una sola dimensión lleva a seleccionar la mediana. Si pasamos a dos o más dimensiones de elección, incluso manteniendo fijas las demás suposiciones, la votación suele conducir a la intransitividad[940].

Apliquemos esta idea. En *Apodaca* podemos ordenar las opiniones en una dimensión que representa cuan fuerte es el derecho al juicio por jurado. Esto nos ayuda a aplicar el teorema del votante mediano al caso. Sin embargo, en otros casos las opiniones se distribuyen a lo largo de múltiples dimensiones. Considera *McDonald v. City of Chicago*[941]. La Segunda Enmienda de la Constitución de EE. UU. protege el derecho a "poseer y portar armas"[942]. Esto limita el poder del gobierno federal para regular tenencia de armas. La cuestión en *McDonald* era si la Segunda Enmienda también se aplica a los estados, es decir, si limita el poder de los gobiernos estatales y locales para regular las armas. Cinco jueces respondieron afirmativamente. Cuatro de ellos se unieron a una opinión plural que sostenía que la Cláusula del Debido Proceso hace aplicable la Segunda Enmienda a los estados. El quinto, el juez Thomas, redactó una opinión en la que afirmaba que la Cláusula de Privilegios e Inmunidades hace aplicable la Segunda Enmienda a los estados. En disidencia, cuatro jueces sostuvieron que la Segunda Enmienda no se aplica a los estados. La Tabla 10 resume las posiciones de los jueces[943].

[939] La pluralidad de cuatro jueces prefiere *W* a *M* y *M* a *S*. Los cuatro jueces disidentes prefieren *S* a *W* y *W* a *M*. Si el juez Powell prefiere *M* a *W* y *W* a *S*, entonces *W* vence tanto a M como a *S*. Si el juez Powell prefiere *M* a *S* y *S* a *W*, entonces el grupo tiene preferencias intransitivas (*W* vence a *M*, *M* vence a *S*, y *S* vence a *W*).

[940] Véase el Capítulo 4 para un repaso.

[941] 561 U.S. 742 (2010).

[942] U.S. Const. enmienda. II.

[943] Esto se basa en la tabla 3 de Maxwell Stearns, *Modeling Narrowest Grounds*, 89 Geo. Wash. L. Rev. 101, 134 (2021).

McDonald es una opinión plural. Para encontrar el precedente, debemos aplicar la Regla *Marks*. ¿Qué decisión constituye los fundamentos más estrechos para el fallo? No podemos responderlo. Al igual que comparar peras con manzanas, la opinión plural y la opinión del juez Thomas no son comparables. La votación evidencia el problema. Sea *P* la opinión plural, *T* la opinión del juez Thomas y *D* el voto disidente. ¿Cuál gana en una votación por pares, *P* o *T*? No podemos saberlo, pues los jueces disidentes emitirán los votos decisivos y no podemos inferir cuál opción prefieren. En *Apodaca*, los jueces disidentes tenían una mayor preferencia por un derecho fuerte, por lo que resulta razonable asumir que su segunda opción era un derecho moderado y su tercera opción un derecho débil. En *McDonald*, los jueces disidentes preferían en primer lugar no aplicar la Segunda Enmienda a los estados, y su primera opción no permitía determinar si *P* o *T* es su segunda opción. El problema radica en la multidimensionalidad: conocer la preferencia en una dimensión (si aplicar o no la Segunda Enmienda a los estados) no proporciona información sobre la otra dimensión (Debido Proceso versus Privilegios o Inmunidades). Incluso si conociéramos las preferencias de los jueces en ambas dimensiones, agregarlas podría conducir a la intransitividad.

En resumen, la Regla *Marks* indica a los abogados cómo identificar el precedente en una opinión plural. Algunos comentaristas han criticado la regla, en parte porque permite que una minoría de jueces, o incluso un solo juez, establezca precedentes. El análisis económico de la votación puede brindar una justificación a la Regla *Marks*, pero solo en determinadas situaciones. Cuando se cumplen las suposiciones del teorema del votante mediano, dicha regla tiende a seleccionar la opinión que está en la mediana, es decir, aquella que la mayoría de los jueces prefiere sobre todas las demás.

Tabla 10. ¿Aplica la Segunda Enmienda a los Estados?

	Sí, a través de la Cláusula de Privilegios o Inmunidades	**No, no a través de la Cláusula de Privilegios o Inmunidades**
Sí, a través de la Cláusula del Debido Proceso	?	Pluralidad (4 jueces)
No, no a través de la Cláusula del Debido Proceso	Thomas (1 juez)	Disidencia (4 jueces)

Preguntas

3.1.1. En *Vieth v. Jubelirer*, la Corte Suprema tuvo que decidir si las líneas distritales que habían sido objeto de *gerrymandering* violaban la Constitución[944]. Cuatro jueces sostuvieron que las alegaciones de *gerrymandering* son no justiciables, es decir, que la Corte carece de jurisdicción para resolverlas. Escribiendo por sí mismo, el juez Kennedy emitió una opinión muy inusual, en la que sostuvo que las reclamaciones de *gerrymandering* son justiciables, que el estándar para identificar un *gerrymandering* inconstitucional es desconocido, y que los reclamantes en el caso no alcanzaron a satisfacer ese (desconocido) estándar. Cuatro jueces —Breyer, Ginsburg, Souter y Stevens— disintieron. El juez Breyer escribió una opinión argumentando que el *gerrymandering* viola la Constitución cuando otorga a un partido minoritario la mayoría de los escaños. El juez Souter, a la que se unió la jueza Ginsburg, presentó una opinión que incluía una prueba de varios pasos para identificar instancias inconstitucionales de *gerrymandering*. El juez Stevens escribió una opinión argumentando que el *gerrymandering* viola la Constitución cuando predominan las motivaciones partidistas.

(a) ¿Violó el *gerrymandering* la Constitución?

(b) ¿Cuál opinión decidió el caso sobre los fundamentos más estrechos?

(c) ¿Cuál es la opinión que está en la mediana?

3.1.2. El gobierno contrata a empresas para realizar ciertos trabajos, como la construcción de carreteras y puentes. ¿Puede el gobierno reservar el 15 por ciento de sus contratos para negocios cuyos dueños pertenecen a alguna minoría? Seis jueces señalan que "sí". De ellos, tres concluyen que la acción afirmativa en la contratación nunca viola la Constitución; dos proponen una prueba fácil de superar, la cual señala que la acción afirmativa a veces viola la Constitución, pero no en este caso; y uno propone una prueba estricta, es decir, que la acción afirmativa usualmente viola la Constitución, pero no en este caso. En disidencia, tres jueces concluyen que la acción afirmativa en la contratación siempre viola la Constitución. ¿Cuál opinión decidió el caso sobre fundamentos más estrechos? ¿Es esta la opinión mediana?[945]

[944] 541 U.S. 267 (2004).

[945] Esta pregunta se basa vagamente en *Fullilove v. Klutznick,* 448 U.S. 448 (1980). El profesor Stearns usa *Fullilove* para identificar una "imperfección" en la *Marks Rule. Véase* Maxwell Stearns, *Modeling Narrowest Grounds*, 89 Geo. Wash. L. Rev. 101, 158–61 (2021). Recuerde que en el texto escribimos: "la *Marks Rule* tiende a seleccionar la opinión medianera".

3.2. La Paradoja Doctrinal

Sir Edward Coke, un famoso jurista inglés, dijo: "[L]a razón es la vida de la Ley"[946]. A diferencia de ejecutivos y legisladores, los jueces generalmente tienen la obligación de explicar sus decisiones. Ellos no solo resuelven un asunto, sino que además *justifican* su decisión. Para notar la diferencia, recuerda *Caperton*. La Corte Suprema decidió que el juez Benjamin debía recusarse del caso en el que estaba involucrado su benefactor político. La Corte ordenó a Benjamin recusarse y redactó una extensa opinión justificando su decisión. A través de sus opiniones, los jueces aportan razones para sustentar sus conclusiones.

Cuando un único juez decide un caso, sus razones respaldan su fallo. Sin embargo, cuando varios jueces deciden un caso, las razones y la decisión final pueden divergir.[947]

Para explicar esto, imaginemos a un único juez resolviendo un caso sobre un contrato. La compradora alega que la vendedora incumplió el contrato y le debe indemnizar, mientras que la vendedora afirma que nunca existió un contrato con la compradora y, en todo caso, sus acciones no constituyeron un incumplimiento contractual. Ante estos argumentos, el juez se concentra en dos cuestiones: ¿existía un contrato exigible entre las partes y, de existirlo, ¿la vendedora lo incumplió? La Tabla 11 enumera las dos preguntas y tres combinaciones de respuestas posibles.

En la combinación 1, las partes tenían un contrato y la vendedora lo incumplió. Este razonamiento respalda el resultado del caso: la vendedora es responsable y debe indemnizar los perjuicios. En la combinación 3, las acciones de la vendedora habrían constituido un incumplimiento si existiera un contrato exigible, pero no lo hubo; sin contrato, la vendedora no puede ser considerada responsable. Nuevamente, este razonamiento respalda el resultado: la vendedora no es responsable y, por ende, no debe pagar daños. En cada escenario, las razones del juez se corresponden con su decisión final. Si se conocen las respuestas a las preguntas, se conoce el resultado.

Ahora imagina el mismo caso ante un panel de tres jueces. En lugar de que un juez responda a las dos preguntas, tres jueces las responden, pudiendo sus respuestas variar. La Tabla 12 muestra una posible combinación de respuestas.

[946] Edward Coke, The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke 701 (Steve Sheppard ed., 2003).

[947] Esta discusión se basa en Lewis A. Kornhauser & Lawrence G. Sager, *Unpacking the Court,* 96 Yale L.J. 82 (1986); Lewis A. Kornhauser, *Modeling Collegial Courts. II. Legal Doctrine*, 8 J.L. Econ. & Org. 441 (1992); Lewis A. Kornhauser & Lawrence G. Sager, *The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts,* 81 Cal. L. Rev. 1 (1993).

Los paneles de jueces suelen tomar decisiones por mayoría. Los jueces 1 y 2, la mayoría, concluyen que la compradora y la vendedora tenían un contrato exigible. Los jueces 1 y 3, también la mayoría, concluyen que la vendedora incumplió el contrato. Esto implicaría que la vendedora debe indemnizar los daños. Pero, ¡espera! Si se pregunta a los tres jueces si la vendedora debe pagar daños, solo el juez 1 responde afirmativamente, mientras que los jueces 2 y 3, la mayoría, contestan negativamente.

En este caso, las respuestas a las preguntas no explican el resultado final. Las razones de la Corte no se corresponden con su decisión; esto es lo que se conoce como la *paradoja doctrinal* [948].

Para apreciar la paradoja, considera las partes en la disputa contractual. Si la Corte rechaza la pretensión de la compradora de que se le indemnice los perjuicios, ella exigirá una explicación. Sin embargo, dicha explicación probablemente no la satisfaga, pues la mayoría de los jueces cree que la compradora tenía un contrato exigible con la vendedora y que las acciones de ésta constituían un incumplimiento contractual. Por el contrario, si la Corte ordena a la vendedora pagar daños, esta también exigirá una explicación, la cual probablemente no le satisfaga, ya que la mayoría de los jueces opina que ella no debe indemnizar perjuicios.

Tabla 11. Razones y Resultados para un Juez

	Razones		**Resultado**
	¿Existía un contrato?	**¿Hubo incumplimiento?**	**¿Es el vendedor responsable?**
Combinación 1	Sí	Sí	Sí
Combinación 2	Sí	No	No
Combinación 3	No	Sí	No

[948] Esta etiqueta proviene de Lewis A. Kornhauser, Modeling Collegial Courts. II. Legal Doctrine, 8 J.L. Econ. & Org. 441 (1992).

Tabla 12. Paradoja Doctrinal

	Razones		Resultado
	¿Existía un contrato?	**¿Hubo incumplimiento?**	**¿Es el vendedor responsable?**
Juez 1	Sí	Sí	Sí
Juez 2	Sí	No	No
Juez 3	No	Sí	No
Decisión de la Corte	Sí	Sí	No

Hemos introducido la paradoja doctrinal en un caso hipotético sobre derecho privado. Ahora consideremos un caso real que involucra la Constitución de EE. UU. Una compañía de seguros del Distrito de Columbia presentó un caso en un tribunal federal contra una empresa de Maryland. Maryland es un estado de EE. UU. El Distrito de Columbia es la capital de EE. UU., pero no es un estado ni forma parte de uno. La cuestión era si el tribunal federal tenía jurisdicción para conocer el caso del asegurador. El asegurador argumentó que "sí" basándose en un estatuto federal que otorgaba jurisdicción en casos de este tipo. El demandado, en cambio, argumentó que "no", aludiendo al Artículo III de la Constitución, el cual limita la jurisdicción de los tribunales federales a casos que involucren "ciudadanos de diferentes Estados"[949]. La disputa se centró en dos preguntas: (1) ¿Puede el Congreso expandir la jurisdicción de los tribunales federales en casos como este mediante una ley? y (2) ¿incluye la palabra "Estados" en el Artículo III al Distrito de Columbia?

En *National Mutual Insurance Co. v. Tidewater Transfer Co.*, la Corte Suprema falló a favor del asegurador [950]. La Tabla 13 muestra los nombres de los nueve jueces y sus respuestas a las dos preguntas[951].

Solo tres jueces concluyeron que el Congreso podía expandir la jurisdicción de los tribunales federales en casos como este. Solo dos jueces concluyeron que la palabra "Estados" en el Artículo III incluía al Distrito de Columbia.

[949] U.S. Const. art. III, § 2. Los tribunales federales también tienen jurisdicción para conocer casos relacionados con la ley federal, como disputas relacionadas con la Constitución de EE. UU., una ley federal o una regulación federal.

[950] 337 U.S. 582 (1949).

[951] Esto se basa en Lewis A. Kornhauser & Lawrence G. Sager, *The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts,* 81 Cal. L. Rev. 1 (1993).

Tabla 13. *National Mutual Insurance v. Tidewater Transfer Co.*

Nombre Juez	¿Puede el Congreso ampliar la jurisdicción de los tribunales federales en casos como este por medio de una ley?	¿Incluye la palabra "Estados" en el Artículo III al Distrito de Columbia?	¿Tiene el tribunal jurisdicción para escuchar el caso?
Black	Sí	No	Sí
Burton	Sí	No	Sí
Jackson	Sí	No	Sí
Murphy	Sí	Sí	Sí
Rutledge	No	Sí	Sí
Douglas	No	No	No
Frankfurter	No	No	No
Reed	No	No	No
Vinson	No	No	No
Decisión de la Corte	No (6 a 3)	No (7 a 2)	Sí (5 a 4)

En conjunto, estos jueces constituían una mayoría que sostenía que el tribunal federal tenía jurisdicción. El asegurador ganó el caso, pero la Corte no pudo explicar por qué. Como una mesa sin patas, la decisión careció de fundamento: ningún fundamento obtuvo la mayoría de los votos.

Para resolver casos con cuestiones múltiples, los tribunales pueden decidir por tema o decidir por caso. En *Tidewater*, decidir por tema significaría votar sobre cada una de las preguntas. Una mayoría de los jueces votó "no" en ambas preguntas. Por lo tanto, si se decidiera por tema, el asegurador perdería. Decidir por caso implicaría votar sobre si el tribunal federal tenía jurisdicción. Una mayoría de los jueces concluyó que el tribunal tenía jurisdicción, de modo que decidir por caso llevaría a que el asegurador ganara. La paradoja doctrinal surge cuando la votación por tema y la votación por caso producen resultados diferentes.

El asegurador ganó en *Tidewater*, por lo que la Corte debió haber decidido en atención al caso y no en atención a los temas. ¿Fue este el mejor enfoque? Quizás no. Decidir por caso condujo a un resultado sin justificación: el asegurador ganó, pero la Corte no pudo explicar por qué.
Decidir por tema evitaría este problema al alinear las razones con el resultado. Sin embargo, decidir por tema también tiene desventajas. Para ilustrarlo, imagina un caso de abuso policial. Los policías detienen y golpean a un sospechoso, lo coaccionan para que confiese y destruyen pruebas que podrían

exonerarlo. El sospechoso alega que los policías violaron sus derechos de la Cuarta Enmienda (que prohíbe las búsquedas e incautaciones irrazonables), la Quinta Enmienda (que regula estrictamente la autoincriminación) y la Decimocuarta Enmienda (que resguarda el debido proceso). Tres jueces votan a favor del sospechoso únicamente con fundamento en la Cuarta Enmienda, otros tres a favor con fundamento en la Quinta Enmienda y los tres restantes a favor con fundamento en la Decimocuarta Enmienda. Bajo una votación por tema, el sospechoso perdería en todas las reclamaciones por un voto de 6 a 3, a pesar de que los nueve jueces creen que los policías violaron sus derechos. Entonces, ¿promueve la votación por tema la justicia?

Los académicos discrepan sobre si es mejor decidir por tema o por caso. De manera más general, la paradoja doctrinal plantea preguntas difíciles sobre los tribunales y la doctrina legal. Reflexionar sobre esas cuestiones profundiza nuestro entendimiento del derecho y nos ayuda a pensar estratégicamente. Supón que eres el abogado de la vendedora en la disputa contractual. Si argumentas ante el panel de tres jueces, cuyas opiniones se muestran en la Tabla 12, ¿cómo enmarcarías tu argumento? ¿Diría: "Señores jueces, este caso involucra dos cuestiones: una sobre el contrato y otra sobre el incumplimiento"? ¿O diría: "Este caso involucra una única cuestión: ¿Debe mi cliente pagar daños?"

Preguntas

3.2.1. Explica esta oración: "Cualquier caso que tenga una opinión plural en el fondo es un caso paradójico"[952].

3.2.2. Supón que, después de decidir *Tidewater*, la Corte Suprema recibe un caso sobre una nueva ley. Dicha ley otorga a los tribunales federales jurisdicción para conocer casos entre ciudadanos de Guam, un territorio estadounidense, y ciudadanos de los estados de EE. UU. Guam no es un "Estado" según el Artículo III de la Constitución, por lo que el caso se centra en si el Congreso tiene el poder de ampliar la jurisdicción de los tribunales federales. ¿Requiere el precedente de *Tidewater* que la Corte confirme la validez de la nueva ley?[953]

3.2.3. Los tribunales superiores establecen precedentes que deben aplicar los tribunales inferiores. ¿Por qué podría tener más sentido que los tribunales superiores decidan por tema a que lo hagan que los tribunales inferiores?

[952] *Id.* at 29.

[953] *Véase id.* at 26–27.

3.3. Intransitividad en el Tribunal

Los tribunales deberían emitir fallos consistentes, ya que la consistencia promueve el trato equitativo, la predictibilidad y otros valores jurídicos. En la práctica, los tribunales a veces toman decisiones inconsistentes. Un tribunal podría hoy dar prioridad al derecho a un juicio por jurado, pero minimizar su importancia mañana. La inconsistencia expone a los tribunales a críticas.

¿Por qué los tribunales toman decisiones inconsistentes? Una explicación involucra a las personas mismas que fallan los casos: jueces nuevos con ideas nuevas reemplazan a los jueces más viejos que se retiran. Otra explicación involucra el error; al igual que el resto de nosotros, los jueces a veces se equivocan.

Sin embargo, estas explicaciones no cuentan toda la historia. Incluso si la composición de los tribunales nunca cambiara y, además, los jueces no cometieran errores, los tribunales tendrían dificultades para comportarse de manera consistente. El problema radica en su estructura: al igual que una legislatura, un tribunal es una única entidad compuesta por muchos individuos, y cada uno tiene opiniones diferentes. Agregar esas opiniones conduce a un problema familiar y desconcertante: la intransitividad[954].

Para ilustrarlo, supón que la legislatura promulga leyes que apoyan las prácticas religiosas. Una ley proporciona fondos a escuelas, incluidas escuelas religiosas, para la compra de libros escolares. Otra ley financia la instalación de cruces en edificios gubernamentales. La Constitución exige la separación entre la religión y el gobierno. ¿Violan estas leyes la Constitución? La respuesta depende de qué es lo que exactamente significa la Constitución, lo cual es una cuestión interpretativa. La Constitución podría proscribir cualquier tipo de apoyo gubernamental a la religión, en cuyo caso ambas leyes violarían la Constitución; llamemos a esta la interpretación *A*, de "absolutista". La Constitución podría permitir un apoyo gubernamental "neutral" que trate por igual a las instituciones religiosas y seculares. Bajo esta visión, la ley que financia cruces violaría la Constitución, pero la ley que financia libros escolares no la viola, ya que asigna la misma cantidad de dinero tanto a escuelas religiosas como no religiosas; llamemos a esta interpretación *N*, de "neutralidad". Finalmente, la Constitución podría exigir que se buscara, caso a caso, un equilibrio que considere la magnitud del apoyo a la religión, el propósito de la ley y otros factores. Llamemos a esta interpretación *B*, de "balance".

[954] Esta discusión se basa en Frank H. Easterbrook, *Ways of Criticizing the Court,* 95 Harv. L. Rev. 802 (1982). *Véase también* Maxwell L. Stearns, *Standing Back from the Forest: Justiciability and Social Choice*, 83 Cal. L. Rev. 1309 (1995).

Los litigantes impugnan las leyes ante un tribunal compuesto por tres jueces. El primer juez opina que *B* representa la mejor interpretación, que *A* es la segunda mejor y que *N* es la peor. El segundo juez sostiene que *N* representa la mejor interpretación, que *B* es la segunda y que *A* es la tercera. El tercer juez prefiere *N* a *N* y *N* a *B*. Podemos resumir las preferencias de los jueces de la siguiente manera[955].

Juez 1: *B* > *A* > *N*
Juez 2: *N* > *B* > *A*
Juez 3: *A* > *N* > *B*

Los litigantes en el Caso Uno impugnan la ley sobre los textos escolares y debaten acerca de dos interpretaciones, *N* y *B*. Normalmente, los tribunales no consideran argumentos que los litigantes no plantean. Por ello, en el Caso Uno, el tribunal se limita a dos opciones, *N* y *B*. Los jueces 2 y 3, constituyendo la mayoría, prefieren *N* a *B*, de modo que el tribunal selecciona *N*. En el Caso Dos, los litigantes impugnan la ley sobre las cruces y debaten sobre las interpretaciones *A* y *N*. Los jueces 1 y 3, la mayoría, prefieren *A* a *N*, por lo que el tribunal selecciona *A*. En el Caso Tres, los litigantes impugnan otra ley y presentan a los jueces la opción entre *B* y *A*. Los jueces 1 y 2, la mayoría, prefieren *B* a *A*, por lo que el tribunal selecciona *B*. Las preferencias del tribunal quedan así: *B* > *A* > *N* > *B*. La doctrina da vueltas en círculo a lo largo de la secuencia de casos. El tribunal emite decisiones inconsistentes, a pesar de que sus miembros tienen preferencias consistentes. Los honorables jueces se persiguen mutuamente. Aumentar el número de jueces (la Corte Suprema de EE. UU. tiene nueve magistrados) y aumentar el número de interpretaciones (*C*, *D*, etc.) incrementa la probabilidad de obtener este resultado circular.

Supón que el tribunal sigue una regla contra la reintroducción: una vez que la mayoría vota en contra de una interpretación, el tribunal no puede reconsiderarla. Esto evita la intransitividad. Tras nuestro segundo caso imaginario, el tribunal ha seleccionado *A* y rechazado *B* y *N*. Con una regla contra la reintroducción, el tribunal no puede volver a considerar las alternativas derrotadas, de modo que la doctrina se mantiene estable en *A*.

En general, los jueces no siguen procedimientos de votación detallados. No adoptan las Reglas de Orden de Robert. Por consiguiente, las reglas formales no impiden que los jueces reintroduzcan alternativas derrotadas. Pero una norma poderosa sí lo hace: el stare decisis. En nuestra secuencia de casos, imaginamos que los jueces eligen primero entre las interpretaciones *N* y *B*, y seleccionan

[955] *Véase* Frank H. Easterbrook, *Ways of Criticizing the Court,* 95 Harv. L. Rev. 802, 816 (1982).

N. El segundo caso enfrenta a *N* contra una nueva interpretación A. El *stare decisis* no requiere necesariamente que el tribunal seleccione *N* sobre *A*. Después de todo, el tribunal nunca ha considerado *A*. La decisión en el primer caso no controla necesariamente todos los casos futuros, especialmente aquellos que presentan argumentos novedosos. Así, el tribunal puede (y en los hechos así ocurre) elegir *A*. Queda un único caso, en el que se enfrenta *A* contra *B*. Pero *B* no necesariamente plantea un argumento novedoso, ya que el tribunal ya consideró y rechazó *B* en el primer caso. Por ello, el stare decisis lleva al tribunal a rechazar *B*, y *A* se convierte en el precedente estable.

El *stare decisis* detiene el ciclo al actuar como una regla contra la reintroducción. ¿Dónde se detiene el ciclo? ¿Qué interpretación prevalece? La respuesta depende del orden de votación. Anteriormente imaginamos la siguiente secuencia: en el Caso Uno, *N* versus *B* (Gana *N*), y en el Caso Dos, *A* versus *N* (Gana *A*). El tribunal ha rechazado *B* y *N*, por lo que *A* se convierte en el precedente estable. Supón que cambiamos el orden: en el Caso Uno, *A* versus *B* (Gana *B*), y en el Caso Dos, *N* versus *B* (Gana *N*). El tribunal habría rechazado *A* y *B*, de modo que prevalecería *N*. El precedente prevaleciente depende del orden de la votación.

¿Quién decide el orden de la votación? En la legislatura, un funcionario poderoso lo hace, como el Presidente de la Cámara de Representantes en el Congreso de EE. UU. El Presidente elige el orden estratégicamente para obtener el resultado que prefiere. Las cosas funcionan distinto cuando uno se enfrenta a un tribunal. En general, los litigantes establecen la agenda del tribunal. Ellos deciden qué casos presentar, qué argumentos hacer y cuándo presentarlos. En muchas jurisdicciones, los litigantes son demasiado numerosos para coordinarse. Miles o incluso millones de personas pueden demandar en cualquier momento. El orden de la votación, y por ende el precedente prevaleciente, depende de quién demanda y cuándo. El precedente depende del azar. La doctrina legal es aleatoria.

Preguntas

3.3.1. Un litigante estratégico quiere que *B* se convierta en el precedente estable y conoce las preferencias de los tres jueces, de acuerdo a lo descrito anteriormente. ¿Qué caso presentaría—es decir, qué interpretaciones en competencia plantearía—primero?

3.3.2. La intransitividad se relaciona con dos problemas para la doctrina legal. Primero, puede hacer que la doctrina sea aleatoria. Segundo, puede hacer que la doctrina sea manipulable, como cuando un litigante estratégico ordena los casos para producir un resultado particular.

(a) Los litigantes necesitan "legitimación" para demandar. Un enfoque liberal de la legitimación

permite que muchas personas demanden. Un enfoque conservador de la legitimación permite que pocas personas demanden. ¿Qué enfoque de la legitimación empeora el problema de la aleatoriedad?
(b) ¿Qué enfoque de la legitimación empeora el problema de la manipulación?[956]
3.3.3. ¿Nuestro análisis implica que toda la doctrina legal es aleatoria? ¿O solo la doctrina legal en áreas donde los jueces discrepan sustancialmente?

Negociación entre jueces

¿Deben los jueces intercambiar votos para decidir casos? Como explicamos en un capítulo sobre la votación, la negociación puede prevenir la intransitividad. Para ver cómo, volvamos a los tres jueces descritos anteriormente. El juez 1 prefiere la interpretación *B* a la *N*, mientras que el juez 2 prefiere *N* a *B*. El juez 1 podría hacerle la siguiente oferta al juez 2: "Vota por la interpretación *B* en los casos sobre religión, y a cambio yo votaré por la interpretación que tú prefieras en otros casos que tú priorices". Si el juez 2 acepta la oferta, el tribunal no entrará en un ciclo. La mayoría votará a favor de *B* en vez de las otras alternativas, haciendo que *B* se convierta en el precedente estable en los casos sobre religión.

La negociación puede hacer más que prevenir ciclos; puede promover el bienestar de los jueces. En un capítulo anterior imaginamos a Adam y Blair negociando por celdas en la cárcel. Cada uno tenía algo (dinero, celdas vacías) que el otro valoraba más, haciendo que el intercambio fuera mutuamente beneficioso. La misma lógica se aplica en el tribunal. Supón que al juez 1 le importa más la religión y al juez 2 le importa más la libertad de expresión. Cada uno posee algo (un voto sobre la doctrina religiosa, un voto sobre la doctrina de la libertad de expresión) que el otro valora más. Intercambiar votos puede mejorar la situación de ambas partes.

¿Negocian los jueces en la práctica? Esta pregunta es difícil de responder porque los jueces a menudo trabajan en secreto. Sin embargo, algunas observaciones sugieren que la respuesta es que "sí". Muchos jueces colaboran durante muchos años, lo que puede generar un espíritu de cooperación en el que se muestra deferencia cuando otros jueces tienen convicciones fuertes (recordemos la discusión sobre los efectos de panel). La cooperación y la deferencia pueden

[956] Estas preguntas se basan en una discusión en Maxwell L. Stearns, *Standing Back from the Forest: Justiciability and Social Choice*, 83 Cal. L. Rev. 1309, 1401–12 (1995).

sustituir a la negociación explícita, y otros mecanismos pueden producir un resultado similar. Por ejemplo, en Estados Unidos, los jueces de la Corte Suprema intercambian borradores de sus opiniones judiciales. Un juez podría ofrecer unirse a una opinión si el autor añade o elimina cierta parte; el autor podría aceptar la oferta para asegurar una mayoría (ya que las opiniones mayoritarias establecen precedentes más sólidos que las plurales). Así, los jueces intercambian palabras por votos en opiniones particulares.

Los códigos de ética suelen prohibir que los jueces intercambien votos, especialmente entre casos. Una explicación de esto involucra la representación. En la vida privada, la negociación a menudo afecta únicamente a las partes del acuerdo, como cuando pagas a un agricultor por arándanos. En el derecho público, la negociación afecta a terceros. El intercambio entre el juez 1 y el juez 2 podría beneficiarlos a ellos, pero perjudicar a la sociedad. En términos generales, la negociación entre jueces representativos debería beneficiar a la sociedad, mientras que la negociación entre jueces no representativos tiende a perjudicarla. La independencia política puede hacer que los jueces sean no representativos. Quizás los jueces electos deberían intercambiar votos, pero los jueces independientes no.

Mucha gente está convencida de que los jueces no deben intercambiar votos. Sin embargo, no hacerlo puede conducir a la intransitividad o a la aleatoriedad en la doctrina. Tal vez los jueces deberían intercambiar votos sobre la doctrina, pero no sobre las decisiones finales. Según esta perspectiva, los jueces 1 y 2 podrían negociar sobre si la Constitución exige la interpretación *B* o la *N*, pero no podrían negociar sobre si el acusado debe ir a prisión o si la ley debe ser anulada. ¿Funcionaría esta distinción en la práctica?

Conclusión

Cada constitución, ley y tratado requiere ser interpretada. Los jueces realizan interpretaciones con fuerza legalmente vinculante al decidir los casos. Así, la adjudicación es fundamental para el derecho público. El capítulo anterior estudió la adjudicación en general, y este capítulo aplicó algunas de esas ideas a cuestiones importantes. Comenzamos analizando métodos de interpretación, incluidos el textualismo y el intencionalismo. Luego estudiamos la formación de precedentes. Terminamos alzando el velo que cubre algunos enigmas en la adjudicación. A veces, los tribunales emiten decisiones sin justificación (la paradoja doctrinal); otras veces, la doctrina gira en círculos o exhibe aleatoriedad en lugar de racionalidad.

Ya sean razonadas o no, las interpretaciones judiciales se sitúan en el corazón del derecho. Traducen los textos y tradiciones legales en guías aplicables para los litigantes y la sociedad. Pero las interpretaciones no se ejecutan por sí solas, ni tampoco lo hacen las leyes o las regulaciones. Simplemente anunciar la ley, incluso en una opinión bien fundamentada, no necesariamente cambia el comportamiento. Cambiar el comportamiento suele requerir la aplicación de la ley. Hacer cumplir la ley supone hacer uso de amenazas, detectar infracciones y también se relaciona con normas sociales. Además, también están en juego la información que se posee, persuasión moral y estándares de prueba. Y conlleva los castigos dictados por los tribunales. Gran parte de la maquinaria estatal se concentra en el *enforcement*, y gran parte del derecho parece inútil sin él. El *enforcement* de la ley es nuestro próximo tema.

Décimo Segunda Parte
Teoría del *enforcement*

Teoría del *enforcement*

Las personas roban joyas, contaminan el aire, defraudan a los inversores, sobornan a jueces y venden secretos de Estado. El derecho busca prevenir la ocurrencia de actividades socialmente dañosas como estas por la vía de influir en el comportamiento de las personas. A veces, la ley puede influir en dicho comportamiento intentando descansar en el carácter que tienen las personas, entendiendo por este último rasgos relacionados con la personalidad de un individuo, como si es leal u honesto. Si las personas sienten el deber de obedecer la ley, entonces promulgar y dar a conocer una nueva ley cambiará sus acciones. Para ilustrarlo, supón que un cartel le dice a los conductores que no cambien de carril en el túnel. Leer el cartel podría hacer que un conductor obediente se mantenga en su carril, sin importar si ve policías u otros autos cerca[957]. El deber motiva a algunas personas en algunos momentos, pero a menudo no puede garantizar el cumplimiento de las normas. El jurista Oliver Wendell Holmes imaginó a un "hombre malo" que "no se preocupa por una regla ética" sino que solo se preocupa por "las consecuencias materiales" [958]. Apelar a la conciencia del "hombre malo" no cambiará su comportamiento. Debemos castigarlo.

El castigo es un ingrediente clave en un proceso legal fundamental: el *enforcement*. Dondequiera que miremos, vemos personas haciendo cumplir la ley, esto es, realizando actividades de *enforcement*. Los funcionarios inspeccionan puentes, monitorean chimeneas, revisan pasaportes, registran barcos, examinan formularios de impuestos y miden cuanto atrapan los pescadores. Los jueces revisan escuelas y prisiones para verificar su conformidad con la Constitución. El Estado arresta sospechosos, multa empresas y ocasionalmente condena personas a muerte. Para garantizar que haya cumplimiento de la ley, los gobiernos de todo el mundo dedican recursos considerables al *enforcement*. El *enforcement* es tan fundamental que algunos académicos lo consideran parte de la esencia del derecho, lo que significa que no puede haber derecho sin él[959]. Según un proverbio, "Mejor no tener leyes que tener leyes sin aplicar"[960].

[957] Los filósofos podrían decir que la conductora ha "internalizado" la ley, lo que significa que deja que la ley guíe su conducta independientemente de cualquier sanción. Ver H.L.A. Hart, The Concept of Law (1961). Los economistas usan el término "internalizado" de manera diferente.

[958] Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457, 459 (1897).

[959] John Austin, por ejemplo, entendía la ley como una obligación respaldada por una sanción. John Austin, The Province of Jurisprudence Defined (Wilfrid E. Rumble ed., 1995) (1ra ed. 1832).

[960] Henry George Bohn, A Polyglot of Foreign Proverbs, Comprising French, Italian, German, Dutch, Spanish, Portuguese, and Danish, with English translations and a General Index 350 (1857).

Este capítulo aplica el análisis económico al *enforcement*. Ilumina cuestiones como estas:

> *Ejemplo 1:* El límite de velocidad es de 55, pero los conductores van a 60 sin por ello enfrentar consecuencias. El jurista Roscoe Pound imputaba este tipo de problemas a "nuestro aparato judicial". Argumentó que los abogados deben "hacer que la operación práctica de la ley se ajuste a la ley tal como ésta aparece en los libros"[961]. ¿Estás de acuerdo? ¿Deberíamos multar a los conductores por viajar una kilómetro por hora por encima del límite?
> *Ejemplo 2:* El presidente Nixon se grabó a sí mismo encubriendo un robo. Un fiscal exigió las cintas y Nixon se negó, citando el privilegio ejecutivo. El abogado de Nixon dijo: "El Presidente quiere que argumente que él es tan poderoso como un monarca, como Luis XIV... y que no está sometido a los procesos de ningún tribunal del país, excepto a un juicio político".[962] La Corte Suprema ordenó a Nixon entregar las cintas, lo cual Nixon terminó haciendo. ¿Tomó la Corte la decisión correcta? ¿Qué habría pasado si el Presidente no hubiera cumplido?
> *Ejemplo 3:* Un ladrón rompe la puerta de un museo y roba una escultura. Reparar la puerta cuesta $1,000, y la escultura vale $100,000. El ladrón es un comerciante de arte y, cuando es detenido, sufre una pérdida en su reputación por valor de $50,000. El tribunal le ordena devolver la escultura. ¿Debería el tribunal hacer que pague también una multa? Si es así, ¿de qué valor?

Para responder estas preguntas, comenzamos con un análisis positivo del *enforcement* que se concentra en la disuasión. La disuasión es un objetivo importante del *enforcement*, y los economistas la han estudiado extensamente. A continuación, presentamos un análisis normativo del *enforcement*, abordando temas como cuándo el Estado debería hacer cumplir la ley y qué castigo debería imponer. Finalmente, presentamos una teoría interpretativa del *enforcement*. Nuestra teoría aborda el poder que tienen los tribunales de declarar que las personas están en estado desacato por negarse a obedecer órdenes judiciales. La doctrina legal sobre el desacato es imprecisa, y utilizamos el análisis económico para hacerla más precisa.

[961] Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 Am. U.L. Rev. 12, 35–36 (1910).

[962] Michael G. Trachtman, The Supremes' Greatest Hits: The 37 Supreme Court Cases that Most Directly Affect Your Life 138–39 (2d. ed. 2009).

1. Teoría Positiva del *enforcement*

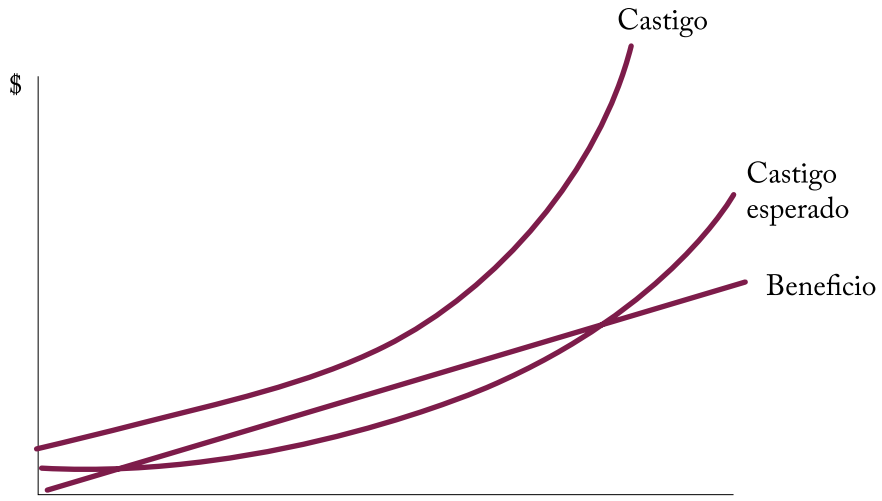
Los estados hacen *enforcement* de sus leyes por diferentes razones. Los economistas se enfocan en una razón en particular: la disuasión. Hacer *enforcement* de la ley al día de hoy, desalienta las transgresiones de la ley mañana. La mera amenaza de *enforcement* puede disuadir la transgresión, como cuando un ladrón considera robar un banco pero, al ver a un oficial, cambia de opinión. El *enforcement* a menudo se concentra en individuos privados, como cuando un policía patrulla las calles o la autoridad tributaria realiza una auditoría. En el derecho público, algunas acciones de *enforcement* se dirigen a funcionarios gubernamentales, como cuando un grupo de investigadores descubrió una corrupción generalizada entre los guardias de prisiones estatales[963]. Comenzamos con un análisis general de la disuasión que se aplica a ambas situaciones. Más adelante, consideraremos algunos problemas específicos que surgen al hacer cumplir la ley contra el gobierno.

1.1. Los costos y beneficios de violar la ley

Violar la ley conlleva costos y beneficios. Los costos pueden incluir que quien lo realiza tenga sentimientos de culpa y, si es atrapada, sienta vergüenza, vea su reputación dañada, pierda su empleo e incluso sufra un castigo penal. Los beneficios pueden incluir dinero, poder, comodidad (como cuando se omite solicitar un permiso requerido) e incluso el placer de castigar a un enemigo o vengarse. Para analizar el *enforcement*, los economistas comienzan imaginando a una persona racional que sopesa esos costos y beneficios al decidir cómo comportarse. Esta persona se asemeja al "hombre malo" de Holmes. Si los costos de violar la ley superan los beneficios, el "hombre malo" se ve disuadido. Si los beneficios superan los costos, viola la ley.

[963] Yanan Wang, *"Staggering Corruption: 46 Georgia Prison Officers Indicted in FBI Drug and Contraband Sting,"* Wash. Post, Feb. 12, 2016.

Figura 58. Costos y beneficios de la transgresión de la ley



Para ilustrarlo, supón que una empresa opera plataformas petroleras en el Golfo de México. Para promover la seguridad y prevenir fugas, la ley exige que la empresa inspeccione y haga mantención en sus instalaciones. Saltarse una inspección viola la ley, y si la empresa es descubierta, deberá pagar una multa. Sin embargo, omitir una inspección le ahorra tiempo y esfuerzo a la empresa. No tendrá que pagar a los ingenieros para que viajen a las instalaciones, examinen las tuberías, realicen reparaciones, etc.

La Figura 58 representa los costos y beneficios para la empresa de violar la ley[964]. El eje horizontal está etiquetado como "gravedad de la transgresión". A medida que nos desplazamos hacia la derecha en el eje, la empresa realiza inspecciones más laxas o las omite por completo. El eje vertical representa el dinero. La línea de beneficios representa el beneficio para la empresa de violar la ley. Al movernos hacia la derecha desde el origen, la empresa dedica menos recursos a las inspecciones y ahorra más dinero, por lo que existe una pendiente ascendente de la línea de beneficios[965].

Concéntrate en la curva etiquetada como "castigo". Esta representa el costo para la empresa de violar la ley en un mundo con *enforcement* perfecto. Si la empresa no realiza las inspecciones correctamente, el estado lo descubrirá y la empresa pagará una multa. Cuanto más grave sea la violación de la empresa, mayor será la multa, de ahí la pendiente ascendente. La curva de castigo

[964] Esta figura se parece a una en Robert Cooter & Thomas Ulen, Law and Economics 465 (6th ed. 2014).

[965] Representamos el beneficio de violar la ley con una línea recta. Esto simplifica nuestro análisis sin afectar sus conclusiones.

siempre se encuentra por encima de la línea de beneficios, lo que significa que el costo de violar la ley siempre supera el beneficio. Una empresa racional siempre cumplirá con la ley realizando inspecciones y manteniendo las instalaciones.

Hemos imaginado un escenario con *enforcement* perfecto. El estado siempre descubre las violaciones y siempre impone multas. En la realidad, el *enforcement* suele ser incierto. Si la empresa se salta una inspección, el gobierno podría no descubrirlo, o podría descubrirlo pero manejar mal la investigación (tal vez al no preservar adecuadamente las pruebas). La curva etiquetada como "castigo esperado" tiene en cuenta esta posibilidad. Representa el castigo por violar la ley, descontado por la probabilidad de que se haga cumplir.

Para hacer esto más concreto, considera la Figura 59 que agrega algunos detalles a la figura anterior. El punto etiquetado como v_1 en el eje horizontal corresponde a una violación de la ley "algo grave" por parte de la empresa al omitir ésta algunas inspecciones. Omitir las inspecciones ahorra a la empresa $50,000, como muestra la línea de beneficios. La multa por omitir las inspecciones es de $75,000, como indica la curva de castigo. Con un *enforcement* perfecto, la empresa no omitiría las inspecciones porque el costo de $75,000 supera el beneficio de $50,000. Sin embargo, el *enforcement* es imperfecto. El gobierno tiene solo un 50 % de probabilidad de descubrir la violación de la empresa, por lo que el castigo esperado por omitir las inspecciones equivale a $37,500 (0.5 * $75,000)[966]. Dado que el *enforcement* es imperfecto, el beneficio de cometer la violación en v_1 supera el costo.

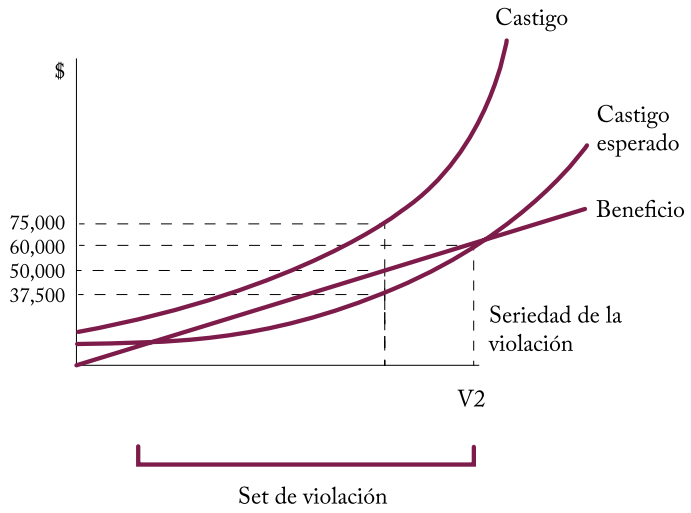
Generalizando, cada acción dentro del "conjunto de violaciones" genera más beneficios para la empresa que costos esperados. Por lo tanto, la empresa prefiere tomar una decisión dentro de ese conjunto en lugar de cumplir con la ley. ¿Qué decisión específica tomará la empresa? Podría pensarse que la respuesta es v_2. Ese punto representa la violación más grave para la cual el beneficio supera (o al menos iguala) el costo esperado. Pero eso es incorrecto. La empresa no quiere cometer la violación más grave; quiere cometer la violación más rentable. La ganancia es la diferencia entre el beneficio y el costo esperado. Una empresa racional cometerá la violación v^*, donde la distancia entre la línea de beneficios y la curva de costos esperados sea la mayor posible.

Podemos profundizar nuestra comprensión de la Figura 59 a través del razonamiento marginal. Desde v_1, supón que la empresa se desplaza hacia la derecha hasta v_2, lo que significa que comete

[966] Para simplificar, asumimos que la probabilidad de descubrir la violación es igual a la probabilidad de *enforcement*. En la práctica, ambas cuestiones no siempre van de la mano. Los oficiales pueden observar muchas violaciones de tránsito (exceso de velocidad, pasar luces rojas), pero, debido a la falta de tiempo y recursos, solo hacen *enforcement* ocasionalmente. La probabilidad de *enforcement* generalmente es menor que la probabilidad de detección.

una violación más grave. Esto aumenta el beneficio de la empresa de $50,000 a $60,000, por lo que el beneficio marginal es de $10,000. Sin embargo, también aumenta el costo esperado de la empresa de $37,500 a $60,000, por lo que el costo marginal es de $22,500. Dado que el costo marginal supera el beneficio marginal, una empresa racional no se movería de v_1 a v_2. Para analizar esto desde la otra perspectiva, supón que la empresa comienza en v_2 y se desplaza hacia la izquierda hasta v_1. Esto disminuye el beneficio de la empresa de $60,000 a $50,000, por lo que el beneficio marginal es de –$10,000. Sin embargo, también reduce el costo esperado de la empresa de $60,000 a $37,500, por lo que el costo marginal es de –$22,500. Como el beneficio marginal de –$10,000 supera el costo marginal de –$22,500, una empresa racional se movería de v_2 a v_1. Desde cualquier punto de partida en el eje horizontal, una empresa racional se movería hacia la izquierda o hacia la derecha hasta que el costo marginal de su movimiento igualara exactamente el beneficio marginal, y luego se detendría. Esto ocurre en v^*.

Figura 59. Transgresión racional de la ley



En resumen, los economistas imaginan que las personas sopesan fríamente los costos y los beneficios. Si los beneficios de violar la ley superan los costos, entonces las personas violan la ley. Además, calibran la gravedad de su violación para maximizar su beneficio neto. Esta es una teoría positiva, lo que significa que hace predicciones sobre cómo se comportan las personas.

¿Es precisa esta predicción? ¿Se comportan las personas reales como la empresa en nuestro ejemplo? He aquí una razón para decir que no: las personas no siempre actúan racionalmente. Emociones como la ira y los celos pueden provocar comportamientos irracionales, al igual que el consumo de drogas, alcohol y muchos otros factores.

Este es un desafío poderoso, pero no fatal, para la teoría económica del *enforcement*. La cuestión no es si los modelos económicos del *enforcement* (o cualquier otro tema) son perfectamente precisos. La cuestión es si son lo suficientemente precisos como para ser útiles en la elaboración de leyes y de *policy*. Más adelante hablaremos más sobre la irracionalidad.

Preguntas

1.1.1. La empresa en nuestro ejemplo conoce exactamente el beneficio y el costo esperado de cada posible violación de la ley. ¿Las personas reales poseen tal información? Si las personas solo tienen estimaciones aproximadas, ¿son inútiles las predicciones de los economistas sobre su comportamiento?

1.1.2. El grupo Wood Group fue multado con $7 millones por informar falsamente que sus empleados habían realizado inspecciones de seguridad en instalaciones petroleras. Aparentemente, el CEO no canceló las inspecciones para ahorrar dinero. En cambio, los empleados de la empresa estaban abrumados con otras tareas y encontraron más fácil falsificar los informes que realizar las inspecciones[967]. ¿Actuaron los empleados como lo predeciría la teoría económica?

1.1.3. Supón que el estado suma $20 a cada multa. Si la multa por una infracción menor era de $100 antes, ahora es de $120, y si la multa por una infracción grave era de $1,000 antes, ahora es de $1,020. ¿Qué efecto tiene esto en la curva de castigo esperado en la Figura 12.2? ¿Qué tan grave será la infracción que cometa la empresa?

1.1.4. Supón que el gobierno aumenta en un 20 % cada multa. Si la multa por una infracción menor era de $100 antes, ahora es de $120, y si la multa por una infracción grave era de $1,000 antes, ahora es de $1,200. ¿Qué efecto tiene esto en la curva de castigo esperado en la Figura 1.1.5? ¿Qué tan grave será la infracción que cometa la empresa?

¿Por qué castigar?

La disuasión es un objetivo importante, pero no es el único objetivo de *enforcement* ni del castigo. El castigo puede cumplir al menos otros tres propósitos: retribución, incapacitación

[967] *Company to Pay $9.5 Million for False Reporting of Safety Inspections and Clean Water Act Violations That Led to Explosion in Gulf of Mexico*, Office of Public Affairs, Department of Justice (Feb. 23, 2017), disponible en https://www.justice.gov/opa/pr/company-pay-95-million-false-reporting-safety-inspections-and-clean-water-act-violations-led

y rehabilitación. La retribución involucra asuntos relativos a la moral y la venganza. Los infractores "reciben lo que merecen". La incapacitación implica encarcelamiento u otras formas de restricción. No podemos disuadir a una persona "incorregible", pero podemos prevenir algunos de sus delitos encerrándola. La rehabilitación implica tratamientos y capacitación que convierten al delincuente en un ciudadano respetuoso de la ley.

Los economistas han estudiado algunos de estos propósitos. Por ejemplo, han argumentado que incapacitar a una persona es eficiente cuando el beneficio de prevenir sus delitos supera el costo de encarcelarlo. Si la prisión rehabilita, entonces deberíamos estar especialmente dispuestos a encarcelar a las personas, ya que hacerlo genera un beneficio más allá de la disuasión y la incapacitación.

A pesar de estudios como estos, la mayoría de los economistas se concentran en la disuasión. Nosotros también nos enfocamos en la disuasión, aunque ocasionalmente haremos referencia a estos otros propósitos. Para ilustrarlo, el próximo capítulo considerará el cambio de preferencias como una herramienta de *enforcement*. ¿Deberíamos mejorar el comportamiento de las personas alterando su carácter? Esta pregunta se relaciona con la rehabilitación. La respuesta es más compleja de lo que podrías pensar.

1.2. La "Ley" de la Disuasión

Hemos demostrado que disuadir a las personas requiere hacer que el costo esperado de violar la ley supere su beneficio. En las figuras, la curva de castigo esperado debe situarse por encima de la línea de beneficios. Detrás de este análisis subyace un concepto fundamental de la economía: la ley de la demanda. Según la ley de la demanda, los precios más altos hacen que los consumidores demanden menores cantidades. Si se aumenta el precio de los plátanos, las personas compran menos plátanos. De manera similar, si se eleva el "precio" de infringir la ley aumentando los castigos esperados, las personas cometen menos infracciones.

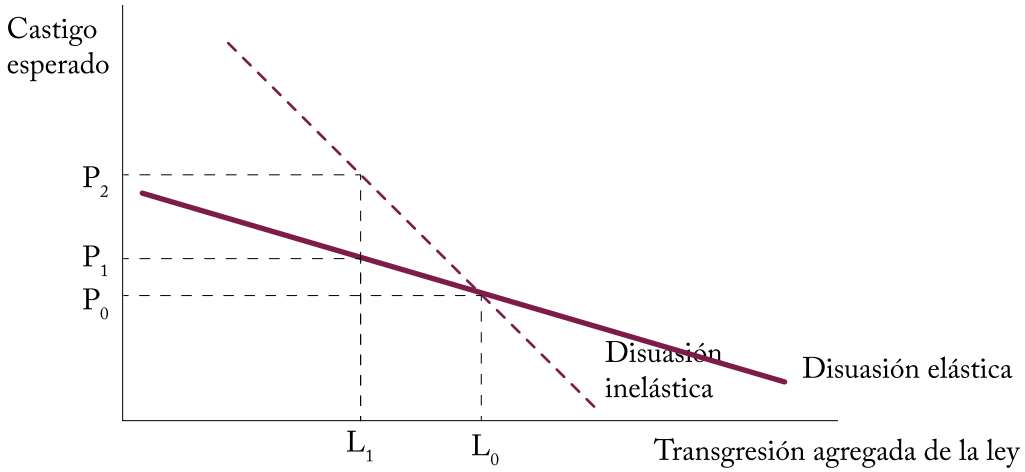
Aplicada al *enforcement*, la ley de la demanda se convierte en la *ley de la disuasión*. Según la ley de la disuasión, el aumento de los castigos esperados disminuye la cantidad total de delitos en la sociedad. La Figura 60 proporciona una ilustración[968]. El eje horizontal representa la cantidad total de delitos, y

[968] Esta figura se parece a una en Robert Cooter & Thomas Ulen, Law and Economics 468 (6th ed. 2014).

el eje vertical representa los castigos esperados. La línea continua con pendiente descendente captura la relación entre ambos ejes. Castigos esperados altos corresponden a una menor cantidad de delitos, mientras que castigos esperados bajos corresponden a una mayor cantidad de delitos.

Los economistas confían en la ley de la disuasión. En general, castigos esperados más altos deben disuadir la delincuencia, suponiendo que las personas son más o menos racionales. Pero ¿en qué medida? ¿Aumentar la sanción disuade un poco o mucho? Esta pregunta implica otro concepto económico: la elasticidad de la demanda. La demanda es *elástica* cuando un cambio en el precio tiene un efecto relativamente grande en las compras de las personas, mientras que la demanda es *inelástica* cuando un cambio en el precio tiene un efecto relativamente pequeño. Para ilustrarlo, supón que los precios de los plátanos y los cigarrillos se duplican. Si el aumento de precio provoca que muchas personas dejen de comprar plátanos (quizás opten por comprar manzanas en su lugar), entonces la demanda de plátanos es elástica. Si el aumento de precio tiene poco efecto en la compra de cigarrillos, entonces la demanda de cigarrillos es inelástica. Los consumidores no responden mucho a los cambios de precio en los cigarrillos, tal vez debido a la adicción.

Figura 60. La ley de la disuasión



La Figura 60 muestra la importancia de la elasticidad en el *enforcement*. La línea continua con pendiente descendente representa una disuasión elástica. Pequeños cambios en el castigo esperado generan efectos relativamente grandes en la cantidad total de delitos. La línea discontinua con pendiente descendente representa una disuasión inelástica. Para comprender la diferencia, supón que la sociedad experimenta una cantidad de delitos equivalente a L_0. Los legisladores prometen reducir la delincuencia a L_1. Con una disuasión elástica, pueden lograr esto aumentando el castigo esperado de p_0 a p_1. Con una disuasión inelástica, deben aumentar el castigo esperado mucho más, de p_0 a p_2.

Determinar la elasticidad de la disuasión es un desafío porque la delincuencia tiene muchas causas. Diferentes personas obtienen distintos beneficios al violar la ley. Del mismo modo, distintas personas experimentan las sanciones de manera diferente. Las multas generan más dificultades para los pobres que para los ricos. Algunas personas tienen mayor tolerancia al riesgo que otras. Una persona cautelosa podría nunca consumir drogas ilegales, mientras que una persona que disfruta del riesgo podría buscarlas activamente. Algunas personas tienen buena información sobre los castigos esperados, mientras que otras son ignorantes de la ley. La delincuencia se correlaciona con la educación. Y, por supuesto, las personas a veces actúan de manera irracional.

Estas complicaciones no niegan la ley de la disuasión. Sin embargo, oscurecen la relación exacta entre las sanciones y la delincuencia. Aumentar el castigo tiende a reducir la cantidad total de delitos, a veces en pequeña medida y a veces en gran medida. No todos pueden ser disuadidos, y parece inevitable que algunos delitos ocurran.

1.3. La ley en los libros y la ley en la práctica

El *enforcement* involucra a muchos actores. El Estado debe contratar y capacitar agentes como policías, guardabosques, inspectores ambientales y examinadores bancarios. Los sujetos pasivos de dicho *enforcement*, es decir, quienes son fiscalizados, suelen terminar en los tribunales, donde los abogados presentan pruebas, los jurados toman decisiones y los jueces redactan opiniones. Finalmente, el estado impone sanciones, lo que requiere recaudadores para las multas y alcaides para las prisiones. Cada paso del proceso es costoso. Para cada actor en el sistema, los costos a veces superan los beneficios.

> Tomemos un ejemplo simple: el comercio ambulante. En la ciudad de Nueva York, miles de personas venden libros, camisetas y otros artículos en puestos colocados en las aceras. El código de la ciudad regula el tamaño y la ubicación de estos puestos:
>
> Ningún puesto de un vendedor general podrá exceder los 152 centímetros de altura desde el nivel del suelo. El puesto no podrá estar a menos de 60 centímetros sobre la acera si la superficie de exhibición es paralela a la acera, y no podrá estar a menos de 30 centímetros sobre la acera si la superficie del puesto es vertical[969].

[969] N.Y.C., N.Y., Admin. Code § 20-465(n) (2021).

¿Por qué regular la altura de los puestos de los vendedores? Una respuesta tiene que ver con mejorar la seguridad. Un puesto alto se podría caer y lastimar a alguien, especialmente en condiciones de viento, y un puesto bajo podría hacer que alguien tropiece.

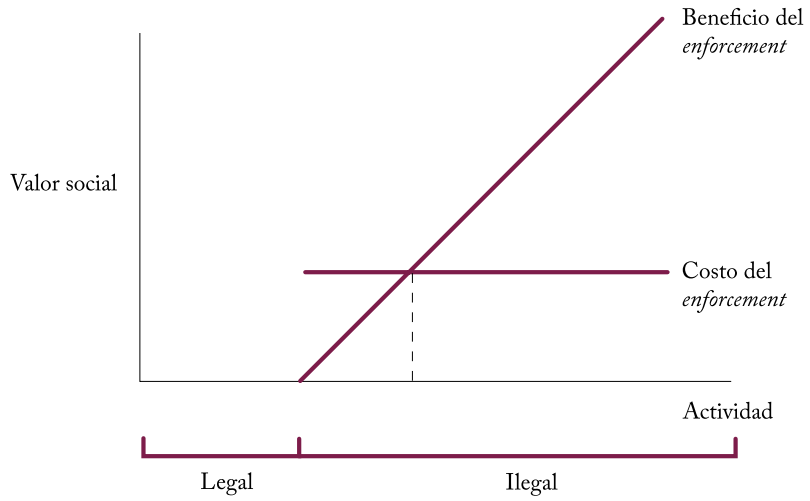
Ahora considera el desafío de hacer cumplir esta regulación. Los funcionarios públicos deben medir la altura de los puestos que se sitúan en aceras concurridas, lo que requiere tiempo y esfuerzo. Si descubren una infracción—por ejemplo, que una mesa está a 58 centímetros de la acera en lugar de 60—deben emitir una multa. El vendedor puede pagar la multa o impugnarla. Si el vendedor la impugna, el oficial de policía podría tener que testificar en el tribunal, lo que significa menos tiempo para hacer cumplir otras leyes. El costo total del *enforcement* parece alto.

Mientras tanto, los beneficios del *enforcement* parecen bajos. La mesa es solo dos centímetros más baja de lo permitido, y dos centímetros difícilmente hace una gran diferencia en términos de seguridad. Además, si el vendedor impugna la multa, el juez podría absolverlo. La supuesta infracción es trivial, y tal vez el oficial cometió un error al medir la altura del puesto. Si el juez absuelve al vendedor, este no pagará una multa y es posible que no se vea disuadido. Es probable que use la misma mesa baja mañana, lo que significa que el esfuerzo de *enforcement* fue en vano.

En resumen, los costos de multar al vendedor superan los beneficios de hacerlo. Un oficial con tiempo y recursos limitados no buscará realizar *enforcement* de dicha ley. Al prever que no habrá sanción, el vendedor continuará usando su mesa baja.

Nuestro análisis se generaliza a innumerables otros contextos. La ley limita el peso de los trenes, el tamaño del atún, las horas de trabajo y el contenido de alcohol en el vino. Regula el transporte de divisas, el envasado de alimentos, la construcción de rascacielos y la aproximación a la vida silvestre en parques nacionales. Leyes fundamentales establecen derechos humanos, protegen el medio ambiente y limitan la discreción de las agencias gubernamentales. En todas las áreas del derecho, el *enforcement* va de la mano con costos. A veces, los costos son tan altos en relación con los beneficios que las autoridades deciden no hacer cumplir la ley.

Figura 61. La brecha del *enforcement*



La Figura 61 aclara cómo es la relación entre costos y *enforcement*. El eje horizontal representa la extensión o magnitud de una actividad regulada. A medida que nos movemos hacia la derecha desde el origen, aumenta la altura del puesto del vendedor, las emisiones de hollín de una fábrica, el tamaño de la captura de un pescador, o cualquier otra actividad regulada. El punto *B* representa el límite legal de la actividad, como una captura máxima de 100 langostas. Los puntos a la izquierda de *B* o que están en *B* representan actos legales, mientras que los puntos a la derecha de *B* representan actos ilegales (por ejemplo, pescar más de 100 langostas). La línea de beneficios muestra la ganancia derivada de hacer cumplir la ley contra un infractor. Su pendiente ascendente indica que castigar y disuadir violaciones graves genera un mayor beneficio que castigar y disuadir violaciones menores. La línea de costos muestra el costo del *enforcement*.

Para violaciones a la derecha de *A*, el beneficio que produce el *enforcement* supera el costo que produce, por lo que el Estado hará que la ley se cumpla. Para violaciones en *A* o a la izquierda de *A*, el costo de hacer cumplir la ley supera el beneficio de hacerla cumplir, por lo que el Estado no la hará cumplir[970]. Dado que este es el caso, las partes reguladas que tienen acceso a la información en la Figura 61 elegirán realizar la actividad ilegal en *A*. Harán todo lo que puedan hacer sin activar la aplicación de la ley. El pescador de langostas, por ejemplo, podría capturar 110 langostas, a pesar de que la ley lo limita a capturar 100 langostas.

El costo del *enforcement* genera una brecha entre la "ley en los libros" en el punto *B* (que indica cómo deberían actuar las personas) y la "ley en la práctica" en el punto *A* (que indica cómo

[970] En el punto A, el costo del *enforcement* es igual al beneficio, por lo que el estado es indiferente sobre si hacer cumplir o no. Suponemos que el estado "rompe el empate" al no hacer cumplir las leyes.

realmente actúan las personas)[971]. Un ejemplo común de esta brecha es el límite de velocidad. Si el límite de velocidad es 55 kilómetros por hora, muchos conductores viajarán a 60 kilómetros por hora sin enfrentar consecuencias.

¿Qué ocurre con esta brecha cuando aumenta el beneficio que genera el *enforcement*? Supón que las langostas se convierten en una especie amenazada. Hacer cumplir el límite de captura se vuelve más beneficioso, lo que podemos representar en la Figura 61 con una pendiente más pronunciada en la línea de beneficios. La nueva línea de beneficios interseca la línea de costos en un punto a la izquierda de A, por lo que las partes reguladas ajustan su comportamiento y actúan más cerca de B. Ahora, supón que aumenta el costo del *enforcement*. La línea de costos se desplaza hacia arriba, lo que cambia el punto de intersección. Como resultado, las partes reguladas pueden salirse con la suya con mayor facilidad, lo que amplía la brecha entre la ley en los libros y la ley en la práctica. Diferentes leyes tienen diferentes costos y beneficios de *enforcement*, lo que ayuda a explicar por qué el Estado hace que el cumplimiento coactivo de algunas leyes opere de manera estricta en algunas ocasiones y de manera más laxa en otras.

En nuestro ejemplo, la ley limita la captura a 100 langostas, pero el pescador sabe que el Estado no hará cumplir la ley por violaciones menores, por lo que captura 110 langostas. ¿Podemos disuadir al pescador con sanciones más severas? El costo esperado de violar la ley es igual a la probabilidad de aplicación de la ley, representado como *p* multiplicada por la multa, representada como *f*. Supón que se triplica la multa impuesta por exceder el límite, de modo que *f* aumenta. Si la probabilidad de *enforcement* es mayor que cero, entonces triplicar la multa aumenta el costo esperado de violar la ley, lo que podría disuadir al pescador. Sin embargo, si la probabilidad de aplicación es igual a cero, entonces triplicar la multa no tiene efecto sobre el costo esperado de violar la ley. Si p es igual a cero, entonces *p * f* también es igual a cero, sin importar el valor de *f*.

El problema basal involucra un concepto familiar: los compromisos creíbles. Si quien está a cargo del *enforcement*, el ejecutor, pudiera comprometerse de manera creíble a sancionar las violaciones menores de la ley, entonces habría menos personas cometiendo tales violaciones. Pero hacer un compromiso creíble es difícil. Requiere que quien está a cargo del *enforcement* se comprometa a hacer cumplir la ley incluso cuando hacerlo sea irracional porque su costo de *enforcement* supera el beneficio. Este es el *dilema del ejecutor*[972]. Sin un compromiso creíble, la probabilidad de *enforcement*

[971] Roscoe Pound, *Laws in Books and Law in Action*, 44 Am. U.L. Rev. 12, 14–15 (1910).

[972] *Véase, e.g., Scott Baker & Anup Malani, Trial Court Budgets, the Enforcer's Dilemma, and the Rule of Law*, 2014 U. Ill. L. Rev. 1573 (2014).

para una violación lo suficientemente pequeña es cero. Dada una probabilidad cero de *enforcement*, tener penas más severas no pueden mejorar el cumplimiento. La brecha entre la ley en los libros y la ley en la práctica es inescapable.

Preguntas

1.3.1. Los estados pueden disuadir a los conductores de pasarse los semáforos en rojo colocando oficiales en intersecciones transitadas, o pueden instalar cámaras que fotografían automáticamente los vehículos y sus placas. Las cámaras cuestan menos que los oficiales.
(a) Utilizando la Figura 61, explica la relación entre la invención de las cámaras que se ponen para vigilar semáforo en rojo, el costo de *enforcement* y el tamaño de la brecha entre la ley en los libros y la ley en la práctica.
(b) Las cámaras que se sitúan para vigilar los semáforos en rojo tienen períodos de gracia incorporados. Por ejemplo, esperan un segundo después de que la luz se pone en rojo para empezar a fotografiar los vehículos en la intersección. ¿Por qué?
1.3.2. La Figura 61 asume que el costo de *enforcement* de la ley es el mismo tanto para violaciones menores como mayores. En la práctica, sancionar violaciones mayores podría costar menos porque la evidencia de la infracción es más clara. Alternativamente, sancionar violaciones mayores podría costar más, ya que las sanciones son más severas, por lo que los acusados lucharían más contratando mejores abogados, negándose a cooperar con los investigadores, etc. Utiliza la Figura 61 para representar gráficamente estas posibilidades. ¿Alguna de ellas afecta la brecha?

1.4. *Enforcement* a través de acuerdos extrajudiciales

El alto costo del *enforcement* impide que el estado logre que siempre se respeten sus normas. Como consecuencia, algunos actos ilícitos no son disuadidos. Las personas conducen demasiado rápido, capturan demasiadas langostas, y así sucesivamente. Reducir el costo del *enforcement* atenúa el problema.

Una forma de reducir dicho costo es llegar a acuerdos extrajudiciales. Dichos acuerdos ahorran a las partes el tiempo y el esfuerzo de ir a juicio: presentar mociones, preparar testigos, exhibir pruebas, testificar, pagar tasas judiciales, etc. Un capítulo anterior estudió los acuerdos extrajudiciales en detalle. Aquí adaptamos ese análisis al *enforcement*.

Supón que Yvette cometió un delito y un fiscal presentó cargos en su contra. La evidencia es imperfecta, por lo que, aunque Yvette es culpable, su condena no es segura. Ambas partes creen que la probabilidad de condena es del 70% y la probabilidad de absolución es del 30%. Si Yvette es condenada, pagará una multa de $20,000, y el fiscal obtendrá un beneficio. En el siguiente cuadro abordamos los motivos de los fiscales y otros agentes encargados del *enforcement*. Por ahora, hagamos una suposición simple: el beneficio para el fiscal es igual al costo para Yvette. Si Yvette es condenada, pagará $20,000, y el fiscal obtendrá un beneficio (reputacional, psicológico) equivalente a $20,000. Ir a juicio cuesta $2,000 a cada parte.

Como en capítulos anteriores, podemos aplicar la teoría de la negociación al caso. Yvette tiene un beneficio esperado del juicio de 0.7(–20,000) + 0.3(0) – 2,000 = –$16,000. El beneficio esperado del fiscal en juicio es de 0.7(20,000) + 0.3(0) – 2,000 = $12,000. El valor no cooperativo del juego es la suma de estos valores de amenaza, –16,000 + 12,000 = –$4,000. En lugar de ir a juicio, las partes podrían llegar a un acuerdo. En derecho penal, estos acuerdos se llaman colaboración premiada*. A cambio de una reducción en la sanción, el acusado se declara culpable, ahorrando tiempo y costos a ambas partes[973].

Considera un acuerdo de colaboración premiada entre el fiscal e Yvette. Supón que el acuerdo es gratuito, es decir, ahorra un total de $4,000 en costos de juicio. El acuerdo razonable otorga a cada parte su valor de amenaza más la mitad del excedente, por lo que el fiscal debería recibir $14,000 e Yvette debería recibir –$14,000. Bajo un acuerdo razonable, Yvette acepta declararse culpable a cambio de una reducción de la multa de $20,000 a $14,000. Ambas partes prefieren el acuerdo al juicio.

Los acuerdos de colaboración premiada ahorran tiempo y esfuerzo a ambas partes. Esta "ventaja mutua" promueve un uso eficiente de los recursos[974]. Para el fiscal, dedicar menos tiempo al caso de Yvette le deja más tiempo para otros casos, quizás más relevantes. Para Yvette, el acuerdo reduce la incertidumbre, lo cual podría ser valioso. Ella obtiene la certeza de un castigo menor, en lugar de la incertidumbre de un juicio. (Para apreciar el valor de la certeza, basta imaginarse un juicio donde la absolución significa libertad y la condena significa cadena perpetua). Los acuerdos de colaboración

* Nota del traductor: en la versión original de este libro, el término "acuerdos de colaboración premiada" es designado con el término *"plea bargain"*.

[973] El análisis económico de los acuerdos de colaboración premiada inició con un influyente artículo: William Landes, *An Economic Analysis of the Courts,* 14 J.L. Econ. 61 (1971).

[974] Brady v. United States, 397 U.S. 742, 752 (1970).

premiada pueden actuar como un filtro, en el que los acusados culpables aceptan el acuerdo y los inocentes usualmente suelen ir a juicio y ganar[975].

Por supuesto, los acuerdos de colaboración premiada tienen desventajas. Los juicios otorgan protecciones procesales a los acusados—reglas probatorias, un alto estándar de prueba—que los acuerdos de colaboración premiada no garantizan. Algunos acusados podrían no entender bien sus opciones o sentirse presionados a aceptar el acuerdo. El filtro nunca funciona perfectamente. Algunos acusados inocentes aceptan declararse culpables de un delito que no cometieron. Prefieren el acuerdo antes que arriesgarse a un juicio donde podrían ser condenados injustamente y recibir una pena mayor.

Estas son objeciones importantes a los acuerdos de colaboración premiada, pero las dejaremos de lado para centrarnos en otro problema: la disuasión. Supón que un ladrón está considerando robar un cuadro. Podría ser disuadido por la vía de verse obligado a pagar una multa de, por ejemplo, $10,000. Si la probabilidad de *enforcement* es del 50 %, entonces la multa debería ser de $20,000, ya que esto haría que la multa esperada sea de $10,000—si el ladrón va a juicio. Pero el ladrón no irá a juicio. Si comete el crimen y lo atrapan, el fiscal le ofrecerá un acuerdo de colaboración premiada. Para inducir al ladrón a aceptar, el fiscal tendrá que reducir la multa a menos de $10,000, tal vez a $8,000. Si el ladrón sabe esto, entonces su costo esperado de cometer el delito será de $8,000, lo cual es demasiado bajo para disuadirlo. Los acuerdos de colaboración premiada pueden debilitar la disuasión[976].

El Estado puede contrarrestar este problema aumentando las sanciones[977]. Para ilustrarlo, supón que la sanción por robar el cuadro aumenta de $20,000 a $24,000. Dado que la probabilidad de *enforcement* es del 50 %, la sanción esperada en juicio se convierte en $12,000. Para inducir al ladrón a aceptar un acuerdo de colaboración premiada, el fiscal podría ofrecerle una multa de $10,000, exactamente la cantidad necesaria para disuadirlo.

[975] *Véase, e.g.,* Gene Grossman & Michael Katz, *Plea Bargaining and Social Welfare*, 73 Am. Econ. Rev. 749–57 (1983); Scott Baker & Claudio Mezzetti, *Prosecutorial Resources, Plea Bargaining, and the Decision to Go to Trial*, 17 J.L. Econ. & Org. 149 (2001).

[976] A. Mitchell Polinsky & Daniel L. Rubinfeld, *The Deterrent Effects of Settlements and Trials*, 8 Int'l Rev. L. Econ. 109 (1988).

[977] *Véase Id.*

En teoría, aumentar las sanciones ofrece una solución sencilla a la falta de disuasión. En la práctica, genera problemas. La gente se opone a sanciones severas, especialmente cuando sospecha de los motivos de quienes están a cargo del *enforcement*. Una forma de aumentar las sanciones es multiplicando los delitos imputados. La "acumulación de cargos" (*charge stacking*) ocurre cuando un fiscal acusa a alguien de múltiples delitos por un solo acto, como cuando portar un arma de fuego constituye posesión de un arma por parte de un delincuente, posesión de un arma cerca de una escuela y posesión de una pistola sin tener el permiso para ello. Para usar esta estrategia, los fiscales necesitan un amplio catálogo de delitos. William Stuntz caracterizó el derecho penal estadounidense como "un mundo en el que la ley en los libros hace que todos sean delincuentes"[978].

Sea bueno o malo, los acuerdos de colaboración premiada son ampliamente utilizados. En los Estados Unidos, más del 90 % de los casos penales terminan en uno de estos acuerdos.

Hemos discutido el *enforcement* de algunas leyes penales a través de acuerdos de colaboración premiada. Para realizar *enforcement*, el estado también hace uso de *decretos de consentimiento*[*]. Los decretos de consentimiento son órdenes judiciales que resuelven una disputa según lo determinado por un acuerdo entre las partes. Por ejemplo, cuando el gobierno demandó a la empresa AT&T por discriminación laboral, AT&T llegó a un acuerdo. La empresa aceptó modificar sus prácticas laborales y pagar compensaciones a mujeres y trabajadores de minorías, y a cambio, el gobierno retiró la demanda y dejó de amenazar con revocar los contratos gubernamentales de AT&T [979]. En los Estados Unidos, muchas regulaciones se hacen cumplir a través de decretos de consentimiento. En 2018, los tribunales federales dictaron 109 decretos de consentimiento solo en demandas civiles ambientales[980].

Los decretos de consentimiento y los acuerdos de colaboración premiada comparten algunas características fundamentales. En ambos casos, el acuerdo ahorra recursos y reduce la incertidumbre de las partes. Sin embargo, llegar a acuerdos puede debilitar la disuasión. AT&T aceptó pagar $15 millones en salarios retroactivos a ciertos trabajadores, menos de lo que querían sus críticos o de

[978] William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 Mich. L. Rev. 505, 511 (2001).

[*] Nota del traductor: el término "decretos de consentimiento" en la versión en inglés de esta obra aparece como "*consent decrees*".

[979] *Véase Eileen Shanahan, A.T.&T. to Grant 15,000 Back Pay in Job Inequities*, N.Y. Times, Jan. 19, 1973.

[980] Tracy Hester, *Consent Decrees as Emergent Environmental Law,* 85 Mo. L. Rev. 687, 691 (2020). Entre 2012 y 2017, el Departamento de Interior de EE.UU. acordó más de 460 decretos de consentimiento y otros acuerdos, generando $4.000 millones en pagos monetarios. *Véase id.* at 690–91.

lo que el estado podría haber obtenido en un juicio[981]. Para mantener la disuasión, el estado puede aumentar las sanciones. Sin embargo, al igual que en el derecho penal, sanciones severas pueden generar controversia.

Preguntas

1.4.1. Hayes ya tenía dos condenas por delitos graves cuando fue sorprendido falsificando un cheque por $88.30. El fiscal le hizo una oferta: Declararse culpable y pasar cinco años en prisión, o Declararse inocente, ir a juicio y arriesgarse a cadena perpetua. Hayes rechazó la oferta, fue a juicio y fue condenado a cadena perpetua. ¿Fue la oferta del fiscal un "uso legítimo del poder de negociación en el proceso de negociación de acuerdos de colaboración premiados"?[982]

1.4.2. Un fiscal te acusa de un delito que va asociado a una multa de $50,000. Luego te ofrece lo siguiente: declararte culpable y pagar solo $5,000. ¿Esta oferta revela algo sobre la solidez del caso del fiscal?[983] Si es así, ¿por qué haría el fiscal una oferta de este tipo?

1.4.3. Algunos de quienes son acusados en sede penal no pueden pagar la fianza, lo que significa que permanecen detenidos en la cárcel hasta el juicio. Explica por qué la detención previa al juicio induce a acusados inocentes a aceptar acuerdos de colaboración premiada.[984]

1.4.4. Los fiscales no tienen suficientes recursos para llevar a juicio a todos los acusados. Si todos los acusados se negaran a aceptar acuerdos de colaboración premiada, los fiscales tendrían que retirar los cargos en la mayoría de los casos. ¿Por qué los acusados no se coordinan para rechazar los acuerdos de colaboración premiada?[985]

[981] Eileen Shanahan, *A.T.&T. to Grant 15,000 Back Pay in Job Inequities,* N.Y. Times, Jan. 19, 1973 ("La organización Nacional para las Mujeres liberó una declaración calificando los $15 millones entregados a las mujeres como "comida de pájaro", si se comparaba dicha cifra con los $4.000 millones que, a su juicio, realmente se le debía a las empleadas mujeres de la compañía").

[982] Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357, 359 (1978). The Supreme Court upheld Hayes's sentence.

[983] *Véase* Jennifer Reinganum, *Plea Bargaining and Prosecutorial Discretion*, 78 Am. Econ. Rev. 713–28 (1988).

[984] *Véase* Megan T. Stevenson, *Distortion of Justice: How the Inability to Pay Bail Affects Case Outcomes,* 34 J.L. Econ. & Org. 511 (2018).

[985] *Véase* Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *The Prisoners' (Plea Bargain) Dilemma*, 1 J. Legal Analysis 737 (2009).

Costos de Agencia en el *enforcement*

Los economistas hacen suposiciones simples para estudiar fenómenos complejos. Idealmente, las suposiciones hacen que el análisis sea manejable mientras se mantiene aproximadamente preciso. Cuando estudian el *enforcement*, muchos economistas suponen que la autoridad encargada de él es un ente monolítico que maximiza el bienestar social. Esta suposición no es muy precisa. El *enforcement* supone que se tienen que coordinar múltiples actores, incluidos legisladores, policías, fiscales, jueces y jurados, cada uno con sus propios intereses y objetivos. Podemos conceptualizar el problema en términos familiares. Los ciudadanos son el principal, y quieren un *enforcement* que maximice el bienestar social. Las autoridades son los agentes, y ejercen discrecionalidad para perseguir sus propios objetivos. El *enforcement* sufre de costos de agencia.

Consideremos algunos ejemplos. Los legisladores aprueban leyes duras contra el crimen para ganar apoyo político, no para optimizar la disuasión. Los fiscales presentan acusaciones graves o serias para agradar al Presidente que los nombró (y que podría recompensarlos con un cargo de juez). Los policías ignoran las exhibiciones de los vendedores ambulantes porque no les interesa la regulación de altura. Los jurados imponen penas largas porque no pagan los costos del encarcelamiento.

El tema común en estos ejemplos son las externalidades. Las autoridades externalizan diversos costos y beneficios, lo que hace que sus decisiones se desvíen del óptimo social.

Pasar por alto los costos de agencia conduce a errores en las predicciones. Para demostrarlo, concéntrate en las multas. Según la mayoría de los modelos económicos que buscan explicar el *enforcement*, al estado no le preocupa recaudar multas. Esto se debe a que las multas no alteran la cantidad de dinero en la sociedad, simplemente lo transfieren del infractor al Estado. El valor total no cambia, por lo que una persona a cargo del *enforcement* que maximiza el bienestar no debería preocuparse por éstas. Quien está a cargo del *enforcement* cobra multas solo para disuadir las infracciones, nunca para generar ganancias.

En la práctica, algunas autoridades sí se preocupan por obtener ganancias. En los Estados Unidos, cientos de gobiernos locales dependen para financiar sus presupuestos de los ingresos que reciben gracias multas. Los departamentos de policía sancionan violaciones menores de la ley del tráfico porque tratan la recaudación de multas como un beneficio, no como una simple transferencia. El costo social del *enforcement* supera el beneficio, por lo que los modelos

económicos predicen que no debería haber *enforcement*, pero en la práctica, el *enforcement* es generalizado. No tomar en cuenta los costos de agencia no invalida el análisis económico básico sobre la disuasión, pero debilita la precisión de sus predicciones.

1.5. Irracionalidad y Descuento

Comenzamos nuestra discusión sobre la disuasión imaginando a un criminal racional que sopesa los costos y beneficios de infringir la ley. Luego continuamos imaginando a un agente racional que sopesa los costos y beneficios sociales de hacer *enforcement*. Estos experimentos mentales simplifican el análisis, pero a muchas personas les parecen poco realistas. Los encargados del *enforcement* no siempre actúan en el interés de la sociedad. Algunas personas evalúan los costos y beneficios de infringir la ley, como cuando un ejecutivo petrolero decide si inspeccionar las instalaciones, pero muchas otras no. Muchos criminales son irracionales.

En el análisis económico, la palabra "irracional" tiene un significado particular. Una persona racional toma la decisión que mejor satisface sus preferencias dadas sus creencias y restricciones. Tomar cualquier otra decisión es irracional. Para ilustrarlo, supón que José Tomás, un estudiante universitario, elige entre tres cursos, *A, B* y *C*. El curso *C* parece especialmente interesante, pero tiene un requisito previo que José Tomás no ha cumplido, por lo que no puede inscribirse. El requisito previo es una restricción. Entre las opciones restantes, José Tomás prefiere *A*, por lo que elige *A*. Elegir *A* es racional, mientras que elegir *B* o intentar inscribirse en *C* sería irracional.

Expresado de esta manera, la racionalidad parece algo obvio, casi tautológico. Pero esto no es del todo correcto. Los estudios han demostrado que las personas parecen comportarse de manera irracional en diversas circunstancias. Por ejemplo, considera el *sesgo de anclaje*[986]. En el escenario uno, un vendedor te dice que el auto cuesta $30,000. En el escenario dos, el vendedor te dice que el auto normalmente cuesta $40,000, pero está en oferta por $30,000. Ambos escenarios involucran al mismo comprador, auto, precio y vendedor, por lo que los economistas esperarían que los compradores reaccionaran de la misma manera. En la práctica, las personas tienen más probabilidades de comprar el auto en el segundo escenario. Anunciar el precio de $40,000 "ancla" la percepción del comprador sobre el valor del auto.

[986] *Véase* Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases,* 185 Science 1124 (1974).

Además del sesgo de anclaje, los estudios han identificado otros patrones de comportamiento que parecen contradecir la teoría de la elección racional. Estos patrones sustentan un campo de investigación importante llamado economía del comportamiento[987]. La economía del comportamiento podría ayudar a explicar la transgresión de la ley[988], pero aquí nos enfocamos en una explicación diferente que encaja dentro del análisis económico tradicional: el descuento.

Muchas decisiones generan costos y beneficios a lo largo del tiempo. Comprar una acción significa pagar hoy y obtener ganancias más adelante (cuestión que deseas que ocurra), mientras que esquiar cuesta abajo significa disfrutar hoy y sentir dolor muscular mañana (cuestión que deseas que no ocurra). El descuento es el proceso mediante el cual las personas comparan las ganancias inmediatas de una decisión con las pérdidas a largo plazo, o viceversa.

Para ilustrarlo, supón que un estudiante recibe una invitación a una fiesta hoy, pero tiene un examen importante mañana. Asistir a la fiesta sería divertido, proporcionando un beneficio de 6 unidades hoy. Sin embargo, asistir a la fiesta haría que el estudiante repruebe el examen, generando un costo de 10 unidades mañana. Si al estudiante le da el mismo peso al futuro que al presente—es decir, si no descuenta el futuro—entonces compara el beneficio de 6 con el costo de 10 y decide no ir a la fiesta. Si el estudiante le da la mitad de peso al futuro que al presente, entonces compara un beneficio de 6 con un costo de 5 y decide ir a la fiesta. En el segundo caso, el estudiante tiene una tasa de descuento alta. Le da mucho más peso al presente que al futuro, lo que lo lleva a tomar decisiones hoy que lamentará mañana.

Podemos vincular las decisiones con las tasas de descuento mediante una fórmula sencilla[989]:

Si $b_1 - c_2/_r > 0$, entonces realiza la acción; de lo contrario, no la realices.

El término b_1 representa el beneficio presente (6 en el ejemplo anterior), c_2 representa el costo futuro (10 en el ejemplo anterior), y r representa la tasa de descuento. El estudiante que no descuenta

[987] Para una introducción accesible escrita por uno de los pioneros del campo, ver Daniel Kahneman, Thinking, Fast and Slow (2011).

[988] *Véase e.g.,* Eyal Zamir & Doron Teichman, Behavioral Law and Economics (2018); Richard H. McAdams & Thomas S. Ulen, *Behavioral Criminal Law and Economics, in Criminal Law and Economics* (Nuno Garoupa ed., 2009)

[989] Esta fórmula aparece en Robert Cooter & Thomas Ulen, Law and Economics 471 n.9 (6th ed. 2014).

el futuro tiene una tasa de descuento de $r = 1$, por lo que no asiste a la fiesta[990]. El estudiante en el segundo caso tiene una tasa de descuento más alta de $r = 2$, por lo que asiste a la fiesta. Reorganizando los términos en la ecuación, obtenemos el siguiente punto de inflexión:

$$r^* = \frac{c_2}{b_1}$$

Las personas con tasas de descuento mayores a c_2 / b_1 realizarán la acción, mientras que las personas con tasas de descuento menores a c_2 / b_1 no la realizarán. En nuestro ejemplo, el estudiante asistirá a la fiesta si su tasa de descuento supera 1.67.

Descontar es racional. Le damos menos peso al futuro porque no podemos estar seguros de que el futuro llegará. Incluso tasas de descuento altas son racionales desde una perspectiva económica[991]. Sin embargo, tasas de descuento altas suelen ser imprudentes. Un estudiante prudente no iría a la fiesta hoy sabiendo que esto le hará reprobar un examen importante mañana. Es cierto que mañana podría no llegar, pero lo más probable es que sí llegue.

Las tasas de descuento constituyen la base de un modelo de cómo operar la infracción a las leyes. Al contemplar si infringir una ley, las personas sopesan, por un lado, el beneficio inmediato que viene aparejado a la acción y, por otro lado, el castigo que pueden padecer en el futuro. A medida que las tasas de descuento aumentan, las personas dan menos importancia al castigo, lo que las anima a realizar una acción ilegal. Para ilustrarlo, recuerda el ejemplo del ladrón y el cuadro. El castigo esperado por robar el cuadro es $10,000. Supón que para el ladrón el beneficio de cometer el delito es $8,000 (quizás pueda vender el cuadro por esa cantidad). El beneficio es inmediato, mientras que el castigo llegará más tarde. A medida que la tasa de descuento del ladrón aumenta, la importancia del castigo pesa menos en su decisión. Si su tasa de descuento supera 1.25, robará el cuadro.

Nuestra discusión supone dos períodos de tiempo, hoy y el futuro, pero esto es demasiado simple. El futuro podría estar a una semana, un mes o un año de distancia. Cuanto más lejano sea el castigo, mayor será el descuento. Si el ladrón espera pagar una multa en un mes, este castigo pesará

[990] Ten en cuenta que una tasa de descuento de r = 2 es equivalente a multiplicar el término de costo por ½.

[991] Los economistas tratan las tasas de descuento como una preferencia, un "gusto" por el tiempo comparable a los gustos por fiestas, buenas calificaciones y helado de chocolate. Las preferencias no son irracionales siempre que sean consistentes (más formalmente, siempre que sean completas y transitivas). Ten en cuenta que el descuento hiperbólico es irracional porque implica una inconsistencia en las preferencias por el tiempo. Aquí hay un ejemplo de descuento hiperbólico: prefieres $1 hoy a $3 mañana, pero prefieres $3 en 366 días a $1 en 365 días. *Véase, e.g., Richard H. Thaler, Some Empirical Evidence on Dynamic Inconsistency, 8 Econ. Letters 201 (1981).*

considerablemente en su elección. Si el ladrón espera pagar una multa en 10 años, prácticamente la ignorará. Una persona con una alta tasa de descuento que enfrentaría un castigo próximamente podría comportarse igual que una persona con una tasa de descuento menor que enfrentaría un castigo mucho más tarde.

Hemos tratado las tasas de descuento como si fueran fijas. En la práctica, las tasas de descuento podrían variar de la misma manera que lo hacen los estados anímicos de las personas[992]. Una persona prudente y estable podría tener generalmente una tasa de descuento de, digamos, 1.03, pero ocasionalmente podría tener una tasa de 1.02 o 1.04 dependiendo de su estado de ánimo. Una persona imprudente y volátil podría tener una tasa de descuento de 1.5 en promedio, pero a menudo podría tener una tasa de 1.3 o 1.7. Las tasas de descuento variables podrían explicar la existencia de los infractores ocasionales, personas que mayormente siguen la ley pero ocasionalmente actúan de manera impulsiva y la rompen.

La teoría del descuento ayuda a entender el incumplimiento de la ley y su *enforcement*. Las personas con tasas de descuento especialmente altas o especialmente variables violan más leyes. Retrasos en el procedimiento de imposición del castigo, como aquellos que surgen, por ejemplo, con los procedimientos judiciales que tardan años, agravan el problema al posponer la imposición del castigo más allá del futuro cercano. En teoría, podemos disuadir a quienes tienen tasas de descuento altas con castigos más severos. En la fórmula anterior, podemos contrarrestar los aumentos de r con aumentos en $c2$. En la práctica, el descuento limita la efectividad del castigo. Para una persona con una tasa de descuento alta, una sentencia de 20 años de prisión y una sentencia de 25 años de prisión podrían tener casi el mismo efecto disuasorio porque los últimos cinco años, que están a décadas de distancia, tienen casi ningún peso en su toma de decisiones. (Mientras tanto, esos últimos cinco años de prisión cuestan mucho a la sociedad).

Esta discusión lleva a formular dos hipótesis. Primero, si existe una alta tasa de descuento, un castigo más rápido y certero funciona mejor[993]. La intuición es simple: si las personas descuentan mucho el futuro, entonces la posibilidad de un castigo futuro no disuade tanto como un castigo seguro hoy. Podemos ilustrarlo con un ejemplo. Si el ladrón roba el cuadro, se enfrenta a un 50 por ciento de probabilidad de ir a prisión durante dos años. Traducido en términos de utilidad, el primer año en

[992] *Véase, e.g.,* Robert Cooter, *Models of Morality in Law and Economics: Self-Control and Self-Improvement for the Bad Man of Holmes*, 78 B.U. L. Rev. 903 (1998).

[993] *Véase* A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence,* 28 J. Legal Stud. 1 (1999).

prisión le costará 100, pero debido al descuento, el segundo año le costará solo 50. El castigo esperado por robar el cuadro es 0.5(100 + 50) = 75. En cambio, supón que el ladrón enfrenta un 80 por ciento de probabilidad de ir a prisión durante un año. Su castigo esperado es más alto, 0.8(100) = 80.

Aquí está la segunda hipótesis: el estado puede prevenir el incumplimiento de la ley reduciendo la magnitud y variabilidad de las tasas de descuento. Menores tasas de descuento efectivamente aumentan cuanto se castiga, disuadiendo más transgresiones de la ley. Las tasas de descuento se relacionan con los estados anímicos, el autocontrol y la volatilidad. Podríamos reducir las tasas de descuento a través de programas educativos, terapia, programas de salud mental y el tratamiento de adicciones. La teoría del descuento conecta dos características del estado moderno, los servicios sociales y el sistema de justicia. Ofrecen mecanismos alternativos para disuadir la ocurrencia de conductas indeseadas.

Preguntas

1.5.1. Un delincuente es condenado a 10 años de prisión. El estado podría encarcelarlo de inmediato, o podría esperar algunos años hasta que la prisión esté menos hacinada o el presupuesto estatal esté equilibrado. ¿Por qué encarcelamos a las personas de inmediato?[994]
1.5.2. Defiende esta afirmación: "Para prevenir la delincuencia juvenil, debemos ofrecer servicios sociales, pero para prevenir la ocurrencia de delitos de cuello y corbata, debemos aumentar los castigos".
1.5.3. ¿La rehabilitación y la disuasión son justificaciones distintas para el castigo?

2. Teoría normativa del *enforcement*

Nos hemos centrado en la teoría positiva de la disuasión. Según esa teoría, el estado puede disuadir las violaciones de la ley haciendo que el castigo esperado sea mayor que el beneficio que obtiene el infractor. Dado que las tasas de descuento son altas, el estado debe imponer castigos especialmente severos o intentar reducir las tasas de descuento, quizás a través de servicios sociales. Esta teoría es simple y elegante, y puede explicar algunas prácticas reales del *enforcement*, aunque, por supuesto, no de manera perfecta.

[994] Véase A. Mitchell Polinsky & Paul N. Riskind, *Deterrence and the Optimal Use of Prison, Parole, and Probation*, 62 J.L. Econ. 347 (2019).

Aquí nos dirigimos al análisis normativo. Comenzamos identificando el propósito económico del *enforcement*, que es minimizar los costos sociales. A menudo, el estado minimiza los costos sociales disuadiendo el quebrantamiento de la ley, pero a veces minimiza los costos permitiendo el quebrantamiento de la ley. A continuación, consideramos los mecanismos de disuasión. Para prevenir el quebrantamiento de la ley, el estado puede contratar muchos policías, entrenar a muchos fiscales, imponer castigos severos, y así sucesivamente. ¿Cuál mecanismo es el óptimo? Finalmente, consideramos la elección entre multas y prisión.

2.1. *Enforcement* y bienestar social

¿Cuál es el propósito del *enforcement*? Para algunos retribucionistas, la respuesta es castigar toda transgresión. Para otros, el propósito es disuadir todo quebrantamiento de la ley. Nosotros ofrecemos una respuesta diferente. Para los economistas, el propósito del *enforcement* es minimizar los costos sociales, donde los costos sociales son la suma de los costos que impone el quebrantamiento de la ley y los costos de prevención.

Comencemos con el quebrantamiento de la ley. Quebrar la ley usualmente va de la mano con costos. A veces los costos son grandes, como cuando inspecciones laxas llevan a la explosión de plataformas petroleras y perjudican a los trabajadores. Otras veces los costos son pequeños, como cuando un vendedor usa una mesa que es ligeramente demasiado baja, lo que impone un pequeño riesgo de que alguien tropiece. Ocasionalmente, el quebrantamiento de la ley crea beneficios sociales. En *Los Miserables*, el siervo Jean Valjean roba pan para alimentar a su familia empobrecida. Su crimen perjudicó al panadero, pero benefició a su hermana y a sus siete hijos. Considerando todos los aspectos del caso, ¿su crimen perjudicó a la sociedad? Este ejemplo proviene de una novela, pero el arte imita a la realidad.

Ahora considera los costos de la prevención. Hacer *enforcement* requiere muchos recursos: detectives, patrullas, cámaras, salas de jurado, fiscales, inspectores bancarios, esposas, celdas de cárcel, abogados defensores, secretarios, pistolas radar, y la lista continúa. Hacer cumplir una ley deja menos tiempo y menos recursos para hacer cumplir otras leyes.

Esto lleva a una prescripción: *el estado debería hacer cumplir la ley cuando el beneficio social marginal del enforcement exceda el costo social marginal.* Para ilustrarlo, supón que el estado inspecciona las plantas nucleares para comprobar el cumplimiento de las regulaciones de seguridad una vez al año. ¿Debería el estado inspeccionarlas dos veces al año? Una segunda inspección requiere tiempo y esfuerzo de

los ingenieros, por lo que el costo de una segunda inspección no es trivial. Supón, sin embargo, que una segunda inspección reduce la probabilidad de que ocurra un desastre nuclear. Si el beneficio marginal (menor riesgo de una catástrofe) excede el costo marginal, el gobierno debería inspeccionar dos veces al año. Tal vez el estado debería inspeccionar más de dos veces al año. Podemos utilizar el razonamiento marginal para encontrar el número óptimo de inspecciones.

Considera un ejemplo más. Para prevenir que personas crucen imprudentemente las calles, una ciudad podría designar un encargado de *enforcement* en cada esquina. El costo marginal de pasar del statu quo a un *enforcement* tan agresivo sería muy alto. La ciudad necesitaría muchos de esos encargados, y gastar más dinero en encargados dejaría menos dinero para escuelas, carreteras y otras prioridades. Mientras tanto, el beneficio marginal sería pequeño porque los costos sociales de que las personas crucen imprudentemente la calle suelen ser insignificantes. La ciudad no debería designar un encargado de *enforcement* en cada esquina. Tal vez la ciudad nunca debería hacer *enforcement* de la norma que prohíbe cruzar imprudentemente la calle porque el costo marginal es demasiado alto. Hacer cumplir la ley contra los que cruzan imprudentemente las calles quita tiempo a la policía que podría dedicar a infracciones más graves.

Una vez que comprendemos el *enforcement* en términos de costos y beneficios sociales, vemos por qué los economistas enfatizan la importancia de la disuasión como objetivo del castigo. Razonar sobre la disuasión—la sociedad debería gastar x hoy para prevenir un daño mayor que x mañana—encaja naturalmente en un marco de costo-beneficio. Otros dos objetivos del castigo, la incapacitación y la rehabilitación, también encajan en este marco. La sociedad debería gastar y en incapacitar o rehabilitar a un delincuente si esto previene un daño mayor que y en el futuro. El objetivo restante del castigo, la retribución, no encaja en el marco de costo-beneficio. Los retribucionistas castigan a las personas que lo merecen. En lugar de incentivar que las personas se comporten bien desde una perspectiva *ex ante*, el retribucionismo se concentra en castigar a quienes actúan ilícitamente desde una perspectiva *ex post.* Esto parece ser una pérdida doble. La sociedad incurre en un daño por el acto ilícito que fue cometido e incurre en otro daño por tener que castigar (el costo de la policía, los tribunales, las cárceles, y demás).

Comprender el *enforcement* en términos de costos y beneficios sociales ilumina nuestra discusión sobre la brecha. Para los funcionarios públicos, el costo de hacer *enforcement* a veces excede el beneficio, como cuando un policía está demasiado ocupado para medir la mesa de un vendedor. Cuando los encargados de hacer *enforcement* no aplican la ley, algunas partes reguladas no obedecen dicha ley. Al saber que el policía no medirá las mesas, el vendedor usa la mesa baja. Se abre una

brecha entre la ley escrita (cómo deben comportarse las personas) y la ley en la práctica (cómo se comportan las personas).

Podrías pensar que la brecha refleja un problema de agencia. Si los funcionarios estatales consideraran los costos y beneficios de la sociedad en lugar de los propios, harían cumplir la ley de manera rigurosa y la brecha desaparecería. Pero esto es incorrecto. Si los funcionarios representaran perfectamente a la sociedad, no harían *enforcement* si el costo social de hacerlo excediera el beneficio social. Para infracciones menores, como el cruce imprudente de calles, el uso de una mesa baja y conducir cinco kilómetros por hora por encima del límite de velocidad, el costo social del *enforcement* generalmente excede el beneficio social. Incluso cuando los encargados de hacer cumplir la ley maximizan el bienestar social, persiste una brecha entre la ley escrita y la ley en la práctica. Dicha brecha *debe* persistir[995].

Preguntas

2.1.1. Supón que el estado castiga a un criminal en secreto, sin que nadie más se entere. Explica por qué este castigo podría satisfacer a un retribucionista, pero no a un economista.
2.1.2. Arrestar a un pirómano no incentiva a otra persona a convertirse en pirómano. En cambio, arrestar a un traficante de drogas sí incentiva a otra persona a convertirse en traficante de drogas, al liberar una esquina rentable. Explica por qué un economista podría recomendar la medida de incapacitación para un pirómano pero no para un traficante de drogas.
2.1.3. Para los retribucionistas, el castigo da a los delincuentes "lo que se merecen". Supón que dar a un delincuente lo que merece hace feliz a la sociedad en general. ¿Significa esto que el castigo trae más beneficios sociales que costos? Respecto de la sociedad en general, ¿podemos medir el beneficio psicológico que obtiene del castigo?

Enforcement y Estado de Derecho

Las personas en todas partes celebran el Estado de Derecho. Las Naciones Unidas lo consideran “un cimiento indispensable para un mundo más pacífico, próspero y justo”.

[995] A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, 38 J. Econ. Lit. 45, 70 (2000) (“Optimal enforcement tends to be characterized by some degree of underdeterrence . . . because allowing some underdeterrence conserves enforcement resources”.).

¿Cómo puede la sociedad fundar el Estado de Derecho? Quienes están a cargo de la política luchan por encontrar una respuesta. Un problema involucra las definiciones; las personas no están de acuerdo en qué significa exactamente "Estado de Derecho". Nos centramos en un problema diferente: el *enforcement*. Para que exista el Estado de Derecho se requiere de un cumplimiento sustancial de la ley. Los países con Estado de Derecho como Japón y Australia pueden asegurar un cumplimiento sustancial de sus leyes mediante el *enforcement*, pero países como El Salvador y Sierra Leona no pueden. Las sociedades que más necesitan del Estado de Derecho carecen de capacidad para hacer cumplir la ley.

El problema de fondo involucra más que recursos. Involucra externalidades. Imagina una sociedad subdesarrollada tratando de establecer un Estado de Derecho. Los líderes hacen leyes, pero carecen de *enforcers* profesionales. Principalmente, dependen de ciudadanos privados que hagan *enforcement* entre sí. Un ciudadano que observa una violación de la ley podría razonar de la siguiente manera: "Si castigo al infractor, él se comportará mejor mañana, beneficiándome a mí y a todos los demás. Sin embargo, castigar al infractor me expone a un peligro. Él podría volverse violento o buscar venganza, y el estado no puede protegerme. No haré *enforcement*". El *enforcer* internaliza todo el costo del *enforcement*, pero no todo el beneficio. Cuando las personas externalizan los beneficios de una actividad, hacen muy poco de aquella. En este caso, no hacen suficiente *enforcement*.

Un capítulo anterior explicó que la seguridad sufre de *free riding*. Todos esperan que alguien más construya el muro de piedra alrededor del pueblo. Como todos se quedan esperando, nadie construye. Surge un problema similar con el *enforcement*. Todos esperan que alguien más haga *enforcement*, por lo que nadie hace *enforcement*. Para construir un Estado de Derecho, la sociedad debe superar el *free riding* de otros en el *enforcement*.

2.2. Bienestar Social y Disuasión

El estado debe disuadir un acto de quebrantamiento de la ley siempre que el beneficio social marginal supere el costo social marginal. Hemos analizado los costos sociales del *enforcement*, que incluyen pagar a la policía, capacitar a los reguladores, comprar equipos, entre otras cosas. Aquí nos concentramos en el beneficio social. Cuando el estado disuade la comisión de un acto ilícito, el beneficio social es igual a la diferencia entre el beneficio que obtiene la sociedad con y sin la violación. Calcular ese beneficio plantea problemas complicados sobre distribución y preferencias.

Comencemos con la distribución. Un ladrón rompe la ventana de una galería de arte y roba una pintura. Reemplazar la ventana cuesta $500, y la pintura tiene un valor de mercado de $8,000. ¿Cuánto costó el crimen a la sociedad? Podrías decir $8,500, pero esto no es del todo correcto. La galería perdió $8,500, pero la sociedad abarca a todos, incluido el ladrón, y el ladrón ganó $8,000. El crimen redistribuyó $8,000 en valor y destruyó $500 en valor. El estado debería gastar hasta $500 para disuadir este crimen, pero no más. De manera similar, una empresa se ahorra $200,000 al no mantener una instalación petrolera. Como resultado, la instalación explota, causando daños por un total de $1 millón. El costo social de la violación de la empresa es de $800,000, por lo que el estado debería gastar hasta $800,000 para disuadirla[996].

En ambos ejemplos, contabilizamos el beneficio del infractor al determinar el costo del acto (y por lo tanto el beneficio de disuadirlo). El robo cuesta a la sociedad $500 porque la ganancia del criminal compensa la pérdida de la galería. Si no contáramos el beneficio del infractor, los costos sociales de las violaciones descritas anteriormente serían más altos, $8,500 y $1 millón, y la sociedad debería gastar más para disuadirlas.

¿Por qué contar el beneficio del infractor? Los economistas tienen como objetivo satisfacer las preferencias. El bienestar social agrega la satisfacción de las preferencias de todas las personas, incluidos los infractores. Excluir a los infractores del cálculo del bienestar social plantearía preguntas muy difíciles. ¿Deberíamos excluir a los infractores incluso si su acción fue justa, como cuando Jean Valjean robó pan? ¿Deberíamos incluir a quienes cumplen la ley incluso si la ley que siguen es injusta? ¿A quién más deberíamos incluir o excluir, y por qué? Responder a estas preguntas requiere una teoría moral que va más allá de la satisfacción de preferencias, pero la economía no tiene tal teoría (y los filósofos morales no se ponen de acuerdo tampoco). Los economistas tienden a evitar estas complicaciones contabilizando a todas las personas y todas las preferencias a la hora de analizar el bienestar social, sin importar quiénes sean esas personas y cuáles sean esas preferencias[997].

[996] Para ser claros, la violación conduce a un beneficio para la empresa de $200,000 y un costo para los demás de $1 millón, lo que resulta en un costo neto de $800,000. No violar la ley habría significado ningún beneficio para la empresa y ningún costo para los demás, con un costo neto de $0.

[997] Para puntos de vista disidentes por parte de economistas ganadores del Premio Nobel, ver John C. Harsanyi, *Rule Utilitarianism and Decision Theory,* 11 Erkenntnis 25, 30 (1977) (argumentando que los académicos deberían "definir la utilidad social en términos de las 'verdaderas' preferencias de los diversos individuos," ignorando así "no solo las preferencias distorsionadas por errores fácticos o lógicos, sino también las preferencias basadas en actitudes claramente antisociales, como el sadismo, el resentimiento o la malicia"); George J. Stigler, *The Optimum Enforcement of Laws*, 78 J. Pol. Econ. 526, 527 (1974) ("¿qué evidencia hay de que la sociedad valore positivamente la utilidad derivada de un asesinato, una violación o un incendio intencionalmente iniciado?").

Contar el beneficio del infractor tiene una implicancia sorprendente: a veces deberíamos permitir que se transgreda la ley, incluso si el *enforcement* es gratuito. Supón que violar una ley en particular generalmente produce un beneficio de 5 para el infractor y un costo de 8 para los demás. El acto generalmente causa una pérdida neta de 3, lo que justifica la ley que lo prohíbe. Sin embargo, en un caso especial, el acto produce un beneficio de 8 para el infractor y un costo de 5 para los demás, lo que significa que causa una ganancia neta de 3. En el caso especial, el estado promueve el bienestar social al *no* hacer *enforcement*.

Si el estado pudiera clasificar cada violación de la ley según si produce una "pérdida neta" o una "ganancia neta", podría selectivamente hacer *enforcement* del primer tipo de violación, pero no del segundo. Sin embargo, realizar dicha clasificación exige información que el estado usualmente no tiene. A menudo, el estado no puede determinar el beneficio que obtiene el infractor de la violación, por lo que no puede evaluar si sus ganancias superan las pérdidas de los demás.

En general, las personas que tienen más información deberían tomar las decisiones. La teoría económica del *enforcement* abraza esta idea. Para los economistas, *el castigo esperado óptimo es igual al daño causado a los demás*[998]. El castigo asigna un costo al quebrantamiento de la ley, y deja que el infractor decida si lo paga. El infractor es el único que sabe si su beneficio excede el costo. Establecer el costo esperado igual al daño solo incentiva aquellas violaciones de la ley que generen beneficios netos. Para ilustrarlo, considera a nuestro ladrón. Romper la ventana y robar la pintura causa un daño de $8,500 a la galería, por lo que el castigo esperado óptimo es igual a $8,500. Un ladrón racional cometerá el crimen solo si su beneficio supera los $8,500; en otras palabras, solo si los beneficios totales del crimen superan los costos totales.

La teoría del castigo óptimo se alinea con conceptos de capítulos anteriores del libro. Las personas se comportan de manera eficiente cuando internalizan los costos y beneficios de sus acciones. El castigo óptimo obliga a los infractores a internalizar los costos de su quebrantamiento de la ley. El castigo óptimo no coincide con el esfuerzo óptimo de *enforcement*. Romper la ventana y robar la pintura causa una pérdida de $8,500 para la galería, una ganancia de $8,000 para el ladrón y una pérdida de $500 para la sociedad (la ventana). La pérdida social es igual a $500, por lo que el estado no debería gastar

[998] *Véase* A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *The Economic Theory of Public Enforcement of Law,* 38 J. Econ. Lit. 45, *50 (2000)*. Asumimos que los infractores a la ley son neutrales al riesgo e internalizan sus propios costos y beneficios derivados de dicha transgresión.

más de $500 tratando de prevenir dicho delito. Sin embargo, el estado debería hacer que la pena esperada sea de $8,500.

Los castigos funcionan como los precios. Puedes tener una banana si pagas un dólar, y puedes robar una pintura si pagas una multa. Sin embargo, la ley no describe los castigos como precios. La ley no dice: "Crímenes a la venta por $8,500". La ley señala: "No cometas el crimen, y si lo haces, debes pagar". ¿Por qué? Una respuesta involucra asuntos morales: algunos actos son inherentemente incorrectos, y las personas nunca deberían cometerlos. Nosotros damos una respuesta diferente basada en el análisis económico. El castigo óptimo requiere información precisa sobre los costos del quebrantamiento de la ley. A veces podemos estimar esos costos en casos individuales, como con la pintura robada, pero otras veces no podemos. ¿Cuánto le cuesta a la sociedad cuando una escuela discrimina por raza, un pirómano quema un bosque primario o un atacante agrede a una víctima? Los legisladores no pueden ponerle precio a tales daños con precisión. Para muchas violaciones de la ley, el concepto de "precio" tiene poco sentido. Podemos comparar el dinero con las bananas, pero no con la dignidad, la libertad o la integridad física.

Cuando los daños parecen especialmente graves o especialmente nebulosos, la ley no los valora. Los prohíbe. El derecho emite una orden (“No quemes el bosque”) respaldada por una sanción. Esto es un buen argumento económico. Si no puedes cuantificar los costos y beneficios de un acto, pero estás seguro de que los costos son mayores, entonces prohíbe el acto[999].

¿Por qué ponemos límite a las sanciones? Quemar un bosque por placer seguramente causa un daño mayor que cualquier beneficio. ¿Por qué no prohibimos quemar bosques y aplicamos una sanción severa, como la cadena perpetua? La siguiente sección tiene respuestas.

Preguntas

2.2.1. Para evitar que la pintura sea robada, la policía puede patrullar el vecindario, o la galería puede instalar cámaras de seguridad. ¿Cuál enfoque es más costoso? ¿Alguno de los dos enfoques tiene una externalidad positiva?

[999] *Véase* Robert Cooter, *Prices and Sanctions*, 84 Colum. L. Rev. 1523 (1984).

2.2.2. Una política difama a su contrincante, un CEO defrauda a los inversores y un trabajador apuñala a su jefe. ¿Los perpetradores se benefician de sus actos ilegales? ¿Deberíamos contar esos beneficios en el bienestar social?
2.2.3. A través de acuerdos de colaboración premiada y decretos de consentimiento, diferentes personas enfrentan castigos distintos por un mismo acto ilícito. ¿Es esto consistente con el castigo óptimo?
2.3.4. Un restaurante tiene una botella de vino con un valor de mercado de $1,000. Un ladrón con buen gusto valora beber el vino en $1,500. Podría comprar el vino en el restaurante, o podría robarlo. De cualquier manera, transferir el vino al ladrón promueve el bienestar social al mover un bien de alguien que lo valora menos a alguien que lo valora más. ¿Por qué es mejor comprarlo que robarlo?

2.3. Disuasión Óptima

Para prevenir el surgimiento y propagación de enfermedades, la ley regula las condiciones en que deben operar las plantas empacadoras de carne. Una empresa podría ahorrar dinero no limpiando sus plantas. Supón que dicho acto ilícito causaría un perjuicio de $1 millón a los consumidores. Por lo tanto, la multa óptima esperada es de $1 millón. ¿Cómo puede el estado establecer el castigo a ese nivel? El castigo esperado es igual a la probabilidad de castigo multiplicado por su magnitud. La fórmula tiene dos elementos, probabilidad y magnitud, lo que significa que el estado tiene dos herramientas para lograr su objetivo.

Para elaborar esto un poco más, supón que regulas la industria de empacado de carne y tienes la información antes mencionada. Podrías fijar el castigo esperado en $1 millón haciendo que la probabilidad de castigo sea del 100% y la multa de $1 millón. Alternativamente, podrías hacer que la probabilidad de castigo sea del 50% y la multa de $2 millones. Tienes muchas otras opciones, como se muestra en la Tabla 12.1. A medida que bajas en la tabla, los aumentos en el tamaño de la multa compensan las disminuciones en la probabilidad de castigo. En consecuencia, el castigo esperado se mantiene en el nivel óptimo.

Muchas combinaciones de probabilidad y magnitud producirán el castigo esperado óptimo. ¿Qué combinación deberías elegir? Los economistas responden comparando costos. Aumentar la multa parece imponer pocos costos a la sociedad. Sí, tener multas más abultadas significa que los infractores soportan más costos, pero también significa más beneficios para los destinatarios de esas multas, como las víctimas, los ciudadanos y las agencias estatales. Esos costos y beneficios parecen

cancelarse entre sí (diremos más sobre esto más adelante). Además, debe tener en consideración que hacen falta los mismos procedimientos para evaluar y cobrar las multas, depositar los pagos, etc., ya sea que la multa sea de $1 millón o $100 millones. Por lo tanto, aumentar las multas no parece costoso. En cambio, aumentar la probabilidad de castigo parece ser muy costoso. Para aumentar la probabilidad de castigar a la planta empacadora de carne, hace falta tener más inspectores con mejor capacitación, buenos abogados, y así sucesivamente.

Tabla 14. Castigo esperado

Probabilidad de castigo (p)	Magnitud de la multa (f)	Castigo esperado (p*f)
1	$1,000,000	$1,000,000
0.5	$2,000,000	$1,000,000
0.2	$5,000,000	$1,000,000
0.1	$10,000,000	$1,000,000
0.01	$100,000,000	$1,000,000

Como otro ejemplo, recuerda nuestra discusión sobre el cruce imprudente de calles. Para aumentar la multa por cruzar imprudentemente las calles, el consejo municipal debe aprobar una nueva ordenanza. Para aumentar la probabilidad de castigar a los infractores, el consejo municipal debe contratar más funcionarios, y eso es muy costoso.

Este análisis conduce a formular la siguiente prescripción: *para llegar al castigo óptimo esperado, se deben combinar penas severas con una baja probabilidad de enforcement*. Llamamos a esto el *enforcement Beckeriano* en honor al economista Gary Becker, quien desarrolló la idea[1000]. En la Tabla 14, el regulador debería elegir la combinación en la parte inferior. Si el regulador pudiera ir más abajo—probabilidad de 0.001 y multa de $1 mil millones—debería hacerlo.

Muchas personas se oponen al *enforcement Beckeriano.* Las penas severas a menudo parecen injustas, especialmente cuando se trata de infracciones menores. Por supuesto, si las penas severas disuadieran todas las violaciones de la ley, el estado nunca las impondría, y no habría injusticia. Según Montesquieu, la severidad de las leyes impide su ejecución[1001]. Pero la disuasión perfecta es imposible.

[1000] *Véase* Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. Pol. Econ. 169 (1968).

[1001] *Véase* Charles De Secondat, Barron de Montesquieu, Spirit of Laws 64 (Thomas Nugent trans., 6th ed. 1793) ("La excesiva severidad de las leyes impide, por lo tanto, su ejecución: cuando el castigo supera todo límite, frecuentemente se ven obligados a preferir la impunidad que a éste".).

Para los retribucionistas, el castigo debe ajustarse al crimen. Nadie merece una multa severa por cruzar imprudentemente las calles, independientemente de la probabilidad de que se le castigue. Incluso si dejamos de lado la justicia, el *enforcement* Beckeriano sigue teniendo limitaciones importantes.

Considera una versión extrema del enfoque de Becker. Una ciudad grande como Londres o Shanghái podría tener un solo policía, y el castigo por cada crimen podría ser la pena de muerte. La probabilidad de castigo sería tan cercana a cero que muchas personas la tratarían (irracionalmente) como si fuera cero. La amenaza de muerte no disuadiría el quebrantamiento de la ley.

Considera otro problema relacionado con los costos de agencia. Supón que la probabilidad de castigo por cruzar imprudentemente las calles es cercana a cero, y en consecuencia, la multa por cruzar imprudentemente las calles es muy alta, digamos $50,000. Si un policía atrapa a alguien cruzando imprudentemente, ¿impondrá la multa? ¿O pensará que la multa es demasiado alta y fingirá que no vio nada?[1002] Si el policía impone la multa, es probable que el infractor la impugne ante un tribunal. ¿Un juez o un jurado condenará a una persona por cruzar imprudentemente sabiendo que la pena es tan alta?[1003] Tal vez no. Si las penas severas disuaden a los funcionarios de hacer cumplir la ley o de hallar a las personas culpables, la disuasión falla.

Considera un último problema relacionado con la disuasión. Supón que la pena por robar un banco es la pena de muerte. Un criminal armado toma su oportunidad y roba un banco. Durante el robo, los policías rodean la salida, dejando al ladrón con dos opciones: rendirse o salir a tiros. Que el delincuente se rinda es lo mejor para la sociedad, ya que nadie resulta herido. Pero piensa en el problema desde el punto de vista del ladrón. Si se rinde, enfrenta la muerte. Si dispara, podría enfrentar la muerte, o podría escapar. Disparar le da una oportunidad de salvarse, mientras que rendirse no, por lo que disparará. La severidad del castigo por el primer acto lo incentiva a hacer el segundo, el acto más dañino. Para corregir los incentivos del ladrón, debemos reducir la pena por robo de banco. Para generalizar, desalentamos la realización de los actos ilícitos más graves reduciendo la pena que es impuesta a consecuencia de las infracciones menos graves. Esta es la teoría de la *disuasión marginal*[1004].

[1002] *Véase* Dan M. Kahan, *Gentle Nudges vs. Hard Shoves: Solving the Sticky Norms Problem*, 67 U. Chi. L. Rev. 607 (2000).

[1003] *Véase* James Andreoni, *Reasonable Doubt and the Optimal Magnitude of Fines: Should the Penalty Fit the Crime?*, 22 RAND J. Econ. 385 (1991).

[1004] George Stigler, *The Optimum Enforcement of Laws,* 78 J. Pol. Econ. 526 (1970). *Véase también* Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, en* The Utilitarians 171 (1973) (el castigo debería "inducir a un hombre a elegir siempre la menor de dos ofensas; por lo tanto [donde] dos ofensas compiten, el castigo de la ofensa mayor debe ser suficiente para inducir a un hombre a preferir la menor".) (énfasis eliminado).

El *enforcement* Beckeriano no logra que haya disuasión marginal, y también enfrenta otras deficiencias. Puede dar luces pero no determinar enteramente el sistema óptimo de castigo.

Preguntas

2.3.1. Un vendedor en la ciudad de Nueva York vendía fundas de teléfono en un puesto en la acera. Su puesto era 2.5 centímetros demasiado alto y estaba 5 centímetros demasiado cerca de la entrada de una tienda. La ciudad le impuso una multa de más de $2,000[1005].
(a) ¿Es esto consistente con el *enforcement* Beckeriano?
(b) Supón que la multa alta generó protestas, y en respuesta la ciudad dijo: "Esto no es opresivo, es la multa óptima porque la probabilidad de castigo es muy baja". ¿Cómo podrían los ciudadanos saber si esto es cierto?
2.3.2. La Corte Penal Internacional juzga y castiga a personas por crímenes de lesa humanidad, incluidos crímenes de guerra y genocidio. La Corte puede sentenciar a los delincuentes a cadena perpetua.
(a) ¿La existencia de la Corte disuade los crímenes de lesa humanidad?
(b) Supón que un dictador comete un crimen de lesa humanidad. ¿La existencia de la Corte lo anima o lo desanima a transferir el poder pacíficamente?[1006]
2.3.3. Cuando quienes están encargados del *enforcement* son corruptos, suelen acusar a las personas de violar la ley y luego ofrecen retirar los cargos a cambio de dinero. ¿Las penas severas mejoran o empeoran la corrupción en el *enforcement*?[1007]

La Cláusula de Multas Excesivas

La Octava Enmienda de la Constitución de los EE. UU. limita el poder del gobierno para castigar: "No se exigirá una fianza excesiva, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán castigos crueles e inusuales". Nos centramos en el término del medio. ¿Qué constituye

[1005] Sally Goldenberg, *Street Vendor Selling Cellphone Cases Fined 2G Fine for Inches*, N.Y. Post, Oct. 8, 2012.

[1006] *Véase* Michael P. Scharf, *The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court*, 32 Cornell Int'l L.J. 507 (1999).

[1007] *Véase* David Friedman, *Why Not Hang Them All: The Virtues of Inefficient Punishment*, 107 J. Pol. Econ. S259 (1999).

una "multa excesiva"? La Corte Suprema respondió en un caso llamado *United States v. Bajakajian.* El acusado intentó salir del país con $357,144 en efectivo. La ley requiere que las personas que transportan $10,000 o más en efectivo al extranjero presenten un informe, lo cual no hizo el acusado. El gobierno buscó la confiscación de todo el dinero, pero la Corte dijo que no: "Comparando la gravedad del crimen del acusado con la confiscación de $357,144 que busca el estado, concluimos que tal confiscación sería groseramente desproporcionada". La Corte sostuvo que las multas "groseramente desproporcionadas" violan la Octava Enmienda.

La decisión en *Bajakajian* limitó el tamaño de las multas y, por lo tanto, limitó el alcance del *enforcement* Beckeriano. Sin embargo, también limitó la posibilidad de abuso. La Octava Enmienda fue promulgada en 1791, cuando permanecía en la memoria como era el gobierno bajo la monarquía británica y cómo reaccionó frente a aquello la Guerra Revolucionaria. Los Reyes de Inglaterra imponían multas impagables, no para disuadir el quebrantamiento de la ley, sino para recaudar dinero y mantener a sus enemigos políticos en prisión por deudas. La Octava Enmienda tenía como objetivo prevenir prácticas injustas y egoístas por parte del estado.

¿Deberíamos preocuparnos por tales prácticas hoy en día? Considera un caso reciente. Tyson Timbs fue arrestado por vender alrededor de $400 en heroína desde su vehículo. Se declaró culpable en un tribunal estatal y fue sentenciado a arresto domiciliario y libertad condicional. El tribunal también ordenó que pagara alrededor de $1,200. En el momento de su arresto, la policía confiscó el vehículo de Timbs, un Land Rover con un valor de $42,000. Timbs había comprado el vehículo con una herencia después de la muerte de su padre. El estado de Indiana quería quedarse con el vehículo.

En *Timbs v. Indiana*, la Corte Suprema tuvo que decidir si la prohibición de la Octava Enmienda sobre multas excesivas se aplicaba solo al gobierno federal o también a los estados como Indiana. La Corte sostuvo que se aplicaba a los estados, lo que significa que Indiana no podía multar a Timbs con una cantidad "groseramente desproporcionada". La Corte escribió: "La protección contra sanciones económicas punitivas excesivas asegurada por la Cláusula es... fundamental para nuestro esquema de libertad y profundamente arraigada en la historia y tradición de esta Nación". ¿Por qué quería Indiana incautar el vehículo de Timbs? ¿Crees que esta incautación disuadiría a las personas de vender $400 en heroína?

2.4. Las multas frente a las penas privativas de libertad

Hemos mencionado diferentes formas de castigo, y aquí consideramos sus detalles. Para disuadir el quebrantamiento de la ley, el gobierno puede hacer que los infractores paguen dinero. La ley usa diferentes etiquetas para el pago, dependiendo de la circunstancia: multa, tarifa, restitución, confiscación, y así sucesivamente. A veces, el *enforcement* involucra la incautación de bienes, como cuando el estado toma posesión de una impresora utilizada para fabricar documentos falsificados o de un vehículo utilizado para transportar drogas. Para quienes padecen el *enforcement*, el efecto en todos los casos es generalmente el mismo. El valor se transfiere de ellos a otra persona, generalmente al estado.

Además de cobrar dinero, el estado puede disuadir el quebrantamiento de la ley restringiendo la libertad de las personas. La ley puede restringir la libertad de las personas encarcelándolas antes del juicio, encarcelándolas después del juicio, o mediante ambas opciones. La ley también puede restringir la libertad de otras maneras. El estado podría limitar los movimientos de una persona incautando su licencia de conducir o su pasaporte. La liberación de la prisión a veces viene con condiciones, como la prohibición de consumir alcohol o de regresar al lugar del crimen.

Los economistas generalmente simplifican estas distinciones y reducen el castigo a dos tipos básicos: multas y prisión. Vamos a compararlos[1008].

Las multas tienen una ventaja importante sobre la prisión: son relativamente baratas. Para explicar esta idea, comencemos considerando los costos administrativos. Para hacer *enforcement* con multas, el estado necesita un sistema para evaluarlas y cobrarlas. Esto podría implicar poco más que un programa de multas, un funcionario para enviar cartas y una cuenta para recibir pagos. Por supuesto, el estado debe rastrear a las personas que no pagan, y debe mantener registros. Administrar las multas no es gratuito, pero no tiene por qué ser caro.

En contraste, la prisión cuesta mucho. El estado necesita construir y mantener las prisiones. Debe contratar guardias y pagar sus salarios y beneficios. Las prisiones necesitan computadoras, impresoras, escritorios, teléfonos, archivadores, vehículos, estacionamientos y bombillas. Necesitan camas para los reclusos, cocinas para preparar la comida, mesas para comer y espacios para hacer ejercicio. Las prisiones son mucho más costosas que un sistema de multas.

[1008] Esta discusión se basa en Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. Pol. Econ. 169 (1968) y A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *The Optimal Use of Fines and Imprisonment*, 24 J. Pub. Econ. 89 (1984).

Las multas son baratas para el estado en otro sentido: no se debe tramitar un proceso penal. En general, las personas no van a prisión sin antes ser condenadas por un crimen. Condenar a alguien por un crimen es costoso. En los Estados Unidos, los acusados tienen derecho a un juicio con jurado, y los juicios implican tiempo y esfuerzo por parte de los funcionarios del gobierno, incluidos jueces y secretarios. El fiscal debe probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, un umbral alto, el cual, para ser superado, requiere de bastante esfuerzo[1009]. En cambio, muchas multas no requieren condenas criminales. Una *multa civil* es un pago "remedial" que se debe al estado, como aquel que se debe cuando una empresa derrama petróleo y paga una multa para cubrir los costos de limpieza del estado[1010]. Las multas civiles no requieren condenas criminales, por lo que el estado puede imponerlas sin gastar tantos recursos.

Las multas tienen una ventaja más. Cuando un infractor paga una multa, el dinero viaja de su bolsillo al tesoro del estado. El infractor sufre y el estado se beneficia (o los ciudadanos se benefician, como cuando el estado gasta el dinero en limpiar el medio ambiente). La cantidad total de dinero es la misma antes y después. Las ganancias de utilidad para los ciudadanos podrían más o menos compensar las pérdidas de utilidad del infractor que paga la multa. La prisión funciona de manera diferente. Cuando una persona va a prisión, sufre de muchas maneras, incluyendo un sufrimiento financiero. La mayoría de los prisioneros pierden sus empleos e ingresos. Sin embargo, las pérdidas del prisionero no se traducen en ganancias para la sociedad. El tesoro del estado no crece cuando un prisionero pierde su empleo. Normalmente no pensamos que la pérdida de utilidad de un prisionero (aislamiento, soledad, vergüenza) se transfiere a quienes no son prisioneros, como el dinero que se mueve entre cuentas. *Las multas redistribuyen valor, mientras que la prisión destruye valor.*

Si la prisión es tan costosa, ¿por qué el estado encarcela a las personas? Una respuesta se relaciona con un concepto de un capítulo anterior: la existencia de personas que están a salvo de responder porque no tienen capacidad de hacerse cargo de todos los daños que generan (es decir, la imposibilidad de ser castigado debido a la falta de recursos). Recuerda al ladrón que considera robar una pintura. Supón que podríamos disuadir al ladrón haciéndolo pagar una multa de $10,000. El ladrón solo tiene $6,000. Así, él internaliza $6,000 de la multa y externaliza $4,000 de la multa. El presupuesto limitado del ladrón reduce la fuerza de la amenaza del estado, causando una insuficiente

[1009] El alto costo de los juicios ayuda a explicar por qué la mayoría de los casos penales en los Estados Unidos se resuelven mediante acuerdos de colaboración premiada.

[1010] En la ley de los EE. UU., si una multa es "criminal" o "civil" depende de si tiene como objetivo castigar al delincuente (criminal) o servir a otro propósito, como una compensación (civil). A pesar de esta distinción legal, tratamos las multas civiles como una forma de castigo. Pagar una multa le cuesta al infractor, independientemente de adónde vaya el dinero y por qué.

disuasión. Robará la pintura a menos que el estado encuentre una manera de aumentar su castigo. Una pena de prisión aumentaría su castigo.

Estas ideas conducen a algunas prescripciones. *El estado debería imponer multas primero, porque las multas disuaden el quebrantamiento de la ley a un costo relativamente bajo. El estado debería hacer uso de la pena privativa de libertad (la prisión) solo cuando las multas sean insuficientes para generar un efecto disuasivo.*

¿Estas prescripciones coinciden con la realidad? En los Estados Unidos, muchas transgresiones de la ley resultan solo en multas, y muchas otras conducen a la imposición de multas y la posibilidad de encarcelamiento. Pocas violaciones resultan solo en encarcelamiento. Para ilustrar, un delito menor de clase 3 en Virginia resulta en una multa de no más de $500, mientras que un delito menor de clase 2, un delito más serio, resulta en la pena de prisión por no más de seis meses y/o una multa de no más de $1,000. Este patrón es en gran medida consistente con la teoría económica. Sin embargo, no coincide con la teoría económica. El castigo tiene objetivos que van más allá de la disuasión, y depende de consideraciones morales y de *policy*, no solo de los costos económicos.

Preguntas

2.4.1. La multa por tirar basura es de $50. Los multimillonarios y las personas en situación de calle podrían de todos modos tirar basura. ¿Por qué? ¿Deberíamos encarcelar a las personas por tirar basura?

2.4.2. Algunos países en Europa castigan a las personas con "multas diarias". El tamaño de una multa diaria depende de la riqueza del infractor, por lo que los ricos pagan más que los pobres por la misma violación de la ley. ¿Podría una multa diaria disuadir a los multimillonarios y las personas en situación de calle de tirar basura?[1011]

2.4.3. Los brazaletes GPS permiten al estado monitorear a los infractores a distancia. Los escáneres y los rayos X permiten al estado registrar a los prisioneros rápidamente, sin usar tantos guardias. ¿La invención del GPS alentó o desalentó el uso de la prisión? ¿Y qué hay de la invención de los escáneres y rayos X?

[1011] *Véase* Elena Kantorowicz-Reznichenko, *Day Fines: Reviving the Idea and Reversing the (Costly) Punitive Trend,* 55 Am. Crim. L. Rev. 333 (2018). Las multas diarias aumentan los costos administrativos al requerir que el estado reúna información sobre la riqueza de los infractores. *Véase* Elena Kantorowicz-Reznichenko & Maximilian Kerk, *Day Fines: Asymmetric Information and the Secondary Enforcement System*, 49 Eur. J.L. & Econ. 339 (2020). En Finlandia, un conductor adinerado recibió una multa diaria de más de $100,000 por exceder el límite de velocidad en 15 millas por hora. *Véase* Joe Pinsker, *Finland, Home of the $103,000 Speeding Ticket,* The Atlantic, Mar. 12, 2015.

Análisis económico y Animus

En 2011, un grupo de adolescentes blancos atacó a un hombre negro en un estacionamiento. Lo golpearon, lo robaron y lo atropellaron con una camioneta. La víctima murió. La investigación reveló que algunos de los adolescentes habían participado en otros ataques similares. Al sentenciar a los atacantes, el juez Carlton Reeves pronunció un poderoso discurso:

> [¿Qué podría transformar a estos jóvenes adultos en las criaturas violentas que sus víctimas vieron? No fue nada de lo que hicieron las víctimas... No hay absolutamente ninguna duda de que... las víctimas fueron blanco de ataque por su raza. El hecho es que lo que convirtió a estos niños en acusados criminales fue su decisión conjunta de actuar por odio racial.]

Este caso ilustra un motivo para actuar que es muy perturbador: el animus. Algunas personas disfrutan dañando a los miembros de cierto grupo, a menudo una minoría racial o religiosa.

¿Cómo podemos disuadir los crímenes motivados por animus? Pocas preguntas son más importantes que esta. Una respuesta completa podría decir relación con la educación, entrenamiento y exposición a la diferencia. Aquí nos centramos en una parte de la respuesta, la disuasión. Según la teoría económica, el costo esperado de cometer un crimen motivado por animus debe exceder el beneficio del criminal. En los Estados Unidos, las leyes sobre "crímenes de odio" aumentan el castigo impuesto a los actos violentos que son motivados por racismo, sexismo u otros prejuicios.

¿Podemos hacer que los castigos para los crímenes de odio sean más efectivos? Un académico llamado Andrew Hayashi tiene una idea. Una persona motivada por animus experimenta placer o satisfacción cuando cierto grupo sufre. Por el contrario, una persona motivada por animus experimenta emociones negativas cuando dicho grupo prospera. En lugar de pagar al estado, podríamos hacer que los criminales motivados por animus paguen a las personas que desean ver sufrir.

Para hacerlo concreto, imaginemos a un criminal motivado por animus quemando una sinagoga judía. Este crimen de odio conlleva una multa de $10,000, por lo que el costo financiero del criminal es de $10,000. En lugar de agregar el dinero al tesoro del estado, supongamos que la ley transfiere los $10,000 a la sinagoga. Esto aumenta efectivamente el castigo al crear un costo psicológico. El criminal paga la multa y apoya al grupo que odia. Redirigir el dinero hace que

la multa sea más costosa para el criminal. Debido a que la cantidad de la multa no cambia, el problema que vimos más arriba (que aumentar demasiado las multas puede no ser efectivo cuando las multas no son pagables), no empeora.

Esta solución ingeniosa podría no disuadir todos los crímenes de odio, pero podría ayudar. Muestra el poder del análisis económico al momento de abordar problemas urgentes en el derecho.

3. Teoría Interpretativa del *enforcement*

Hemos presentado un análisis positivo y normativo del *enforcement*. Según el análisis positivo, el estado disuade el quebrantamiento de la ley haciendo que el costo esperado sea mayor que el beneficio esperado. Según el análisis normativo, el estado debe hacer *enforcement* solo cuando el beneficio social marginal exceda el costo social marginal. En general, el estado puede reducir el costo social del *enforcement* combinando una baja probabilidad de *enforcement* con sanciones altas. Estas ideas son la base de sofisticadas investigaciones realizadas por académicos que se dedican al análisis económico, la criminología y a otras disciplinas. Informan la redacción de leyes y el diseño de sistemas de *enforcement*. ¿Pueden ayudar también a abogados y jueces? Creemos que la respuesta es sí. En las siguientes páginas, utilizamos el análisis económico para abordar un tema importante para los abogados: el poder del desacato.

3.1. Sobre los Remedios

El *enforcement* a menudo termina ante un tribunal. Al final de un proceso de *enforcement*, un juez emite una orden. La naturaleza de la orden depende de las circunstancias. En el derecho penal, la orden puede: exigir que se cumpla con una condena de cárcel, requerir trabajo comunitario, imponer una tarifa, o incluso exigir una disculpa. Anteriormente analizamos dos posibilidades en profundidad, las multas y la prisión. Fuera del derecho penal, una orden judicial puede adoptar muchas formas. Nos concentramos en dos formas que comúnmente adoptan dichas órdenes, los daños (indemnización de perjuicios) y las órdenes judiciales en sentido estricto (*injunctions*). Para comenzar, discutiremos estos remedios en un caso famoso del derecho privado, *Boomer v. Atlantic Cement Co*[1012]. Después, abordaremos esto desde la perspectiva del derecho público.

[1012] 257 N.E. 2d 870 (N.Y. 1970).

El polvo, el ruido y las vibraciones de una planta cementera disminuyeron el valor de la propiedad de Oscar Boomer. Él demandó, alegando que la planta constituía una molestia pública que violaba sus derechos de propiedad. Este es un escenario común en el derecho privado: un actor impone una externalidad negativa a otro, lo que lleva a este último a presentar una demanda. El tribunal concluyó que la planta constituía una molestia, y el juicio pasó a concentrarse en los posibles remedios. El tribunal podría ordenar que se indemnizaran los perjuicios, lo que llevaría a pagos de la empresa cementera a sus vecinos por los daños causados. Alternativamente, el tribunal podría emitir una orden judicial, es decir, una orden para que se detenga la contaminación. Por supuesto, el tribunal podría ordenar ambas cosas: que se indemnice para remediar los daños pasados y una orden judicial para prevenir los daños futuros.

Estas opciones aparecen a lo largo y ancho del derecho privado. Cuando una botella de refresco lesiona a un consumidor, el tribunal puede otorgar daños por el daño, puede emitir una orden judicial ("no puede vender este tipo de botella"), o puede hacer ambas cosas. Cuando quien realiza una promesa contractual incumple su contrato, el tribunal puede otorgar daños a la parte beneficiaria por el daño sufrido, o puede emitir una orden judicial requiriendo que el promitente cumpla con su obligación (los abogados lo llaman "cumplimiento en especie").

Elegir entre indemnizar perjuicios y emitir órdenes judiciales plantea muchos *trade offs* que los economistas han estudiado intensamente[1013]. Resumiremos tres de ellos. Primero, los daños son costosos de calcular. Para indemnizar perjuicios en un caso como *Boomer*, el tribunal debe determinar el daño causado por la contaminación. Hacer esto vuelve necesario recopilar testimonios de los vecinos, información sobre las ventas que perdieron los restaurantes y el equipamiento que fue dañado, y además vuelve necesario escuchar los contraargumentos de la planta cementera, y suposiciones sobre el daño causado por el ruido y las vibraciones. Esto es muy costoso en términos de tiempo y además es difícil de hacer. A veces, los daños parecen imposibles de calcular o incluso incoherentes. Recuerda nuestro ejemplo de discriminación racial en las escuelas. ¿Podría alguna cantidad de dinero corregir esa injusticia? En contraste con los daños, las órdenes judiciales son baratas y fáciles de imponer[1014]. En *Boomer*, el tribunal podría simplemente ordenar a la planta que dejara de contaminar, sin necesidad de estimar el daño a los vecinos.

[1013] Para el trabajo germinal, ver Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral,* 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972). Ver también Lucian A. Bebchuk, *Property Rights and Liability Rules: The Ex Ante View of the Cathedral,* 100 Mich. L. Rev. 601 (2001); Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 Harv. L. Rev. 713 (1996).

[1014] Esta es la visión convencional entre los economistas, pero no siempre ha sido la visión convencional entre los abogados. Para una discusión esclarecedora, ver Douglas Laycock, The Death of the Irreparable Injury Rule (1991).

En segundo lugar, los daños promueven la eficiencia, al menos cuando están determinadas de manera precisa, mientras que las órdenes judiciales podrían no estarlo. En *Boomer*, el daño a los vecinos sumó $185,000. Mientras tanto, la empresa Atlantic Cement Company había invertido más de $45 millones en la planta. Si se imponían daños, la planta podría remediar el daño de los vecinos y seguir operando. Con una orden judicial, la planta podría cerrar, desperdiciando una gran inversión para salvar pequeñas inversiones. La eficiencia requería que la planta siguiera operando, y los daños hicieron eso posible. El tribunal en *Boomer* razonó de esta manera, exigiendo que la planta se cerrara a menos que pagara a los vecinos por el daño que padecieron.

Esta discusión podría hacer que las órdenes judiciales parezcan indeseables, pero tienen ventajas. Ya hemos explicado que las órdenes judiciales ahorran a los tribunales y a los litigantes la dificultad de calcular los daños. Además, clarifican los derechos en juego, y hacer aquello tiende a reducir los costos de transacción en la negociación. Antes de ir a juicio, Boomer podría haberse quejado con la planta cementera respecto de su contaminación. Si sus derechos no estuvieran claros—tal vez la planta no fuera una molestia, lo que significaría que no tenía reclamo legítimo— la planta podría haberlo ignorado. Después de ir a juicio y obtener una orden judicial, sus derechos quedarían claros. La planta no podría operar sin el permiso de Boomer. La orden judicial incentivaría a la planta a llegar a un acuerdo según el cual pagara a Boomer a cambio de que Boomer renunciara a dicha orden. Una negociación exitosa promueve la eficiencia entre las partes.

Hemos discutido acerca de daños y órdenes judiciales en el derecho privado. Los tribunales otorgan los mismos o similares remedios en el derecho público. Por ejemplo, un capítulo anterior se refirió al 42 U.S.C. § 1983, una ley federal que permite presentar demandas contra cualquier persona que actúe bajo una función estatal y prive a alguien de sus derechos constitucionales. Después de que los oficiales detuvieran a Adolph Lyons por conducir con una luz trasera rota, lo redujeron mediante una maniobra asfixiante, sin que pareciera mediar provocación alguna. Lyons quedó inconsciente y sangrando. Lyons demandó al alero de la Sección 1983, buscando que se le indemnizara su perjuicio y que se impusiera una orden judicial que limitara el uso de maniobras asfixiantes por parte de la policía[1015].

Bajo la Sección 1983, los tribunales tienen una amplia discreción sobre los remedios que pueden imponer. Otras leyes los limitan. La *Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act* regula el uso de ciertos productos químicos en los Estados Unidos. La ley establece un límite en las sanciones civiles

[1015] *Véase* City of Los Angeles v. Lyons, 461 U.S. 95 (1983).

que se pueden imponer como consecuencia de ciertos actos ilícitos, de alrededor de $20,000[1016]. (A diferencia de los daños, que van a las víctimas, las sanciones civiles van al estado). O considera *Tennessee Valley Authority v. Hill*[1017]. Después de que el Congreso gastó $100 millones en la construcción de la represa Tellico, los científicos descubrieron un pez en peligro de extinción en las cercanías. Completar la represa mataría al pez, lo que violaría la Endangered Species Act. La Corte Suprema concluyó que la ley ofrecía solo un remedio: una orden judicial. La Corte detuvo la construcción de la represa.

Más adelante regresaremos a la discreción judicial y los remedios en el derecho público. Aquí nos concentramos en una pregunta diferente. ¿Qué sucede cuando alguien ignora la orden de un tribunal?

3.2. Introducción al Desacato

Supón que el tribunal en *Boomer* en su fallo otorgó daños a los vecinos. O supón que un juez ordenó a Ricardo que hiciera pagos de manutención infantil a su exesposa. ¿Qué pasaría si la planta cementera o Ricardo se negaran a cumplir? El derecho aborda este problema. Un alguacil podría incautar algunos de los activos de la planta, subastarlos y dar el dinero a los vecinos. O una ley podría obligar al empleador de Ricardo a deducir dinero de su sueldo. Estos procedimientos pueden ayudar a satisfacer las deudas del demandado, incluso si el demandado no coopera.

¿Qué pasa si el remedio es una orden judicial? Supón que Ricardo esconde a su hija mudándola a la casa de un familiar. Un tribunal ordena a Ricardo que entregue a la hija para que la madre pueda ejercer sus derechos de visita. O supón que un cazador de tesoros esconde el oro que recuperó de un naufragio. Un tribunal le ordena entregar el oro a los inversionistas que financiaron la expedición[1018]. ¿Qué pasa si las partes se niegan a cumplir?

Los tribunales no tienen soldados ni armas para hacer cumplir sus órdenes. Los jueces no pueden agitar una varita mágica y hacer que las personas cumplan como marionetas que penden de un hilo.

[1016] *Véase* Environmental Protection Agency; Civil Monetary Penalty Inflation Adjustment, 85 Fed. Reg. 83818 (Dec. 23, 2020).

[1017] 437 U.S. 153 (1978).

[1018] *Véase* Williamson v. Recovery Ltd. P'ship, 731 F.3d 608, 611 (6th Cir. 2013).

Sin embargo, los jueces sí tienen un poder importante: el desacato. Si una parte interrumpe la sala del tribunal o desobedece una orden, el juez puede declarar a la parte en desacato[1019].

El poder de desacato toma diferentes formas. El desacato criminal implica un castigo criminal por una ofensa. Si un demandado obstruye el juicio interrumpiendo a los abogados, o si un testigo viola una orden de silencio y habla públicamente sobre un caso, el juez podría declararlos en desacato criminal[1020]. El propósito del desacato criminal es castigar a alguien por mellar la administración de justicia. El desacato criminal no tiene como objetivo ayudar a la otra parte en el litigio. En contraste, el desacato civil sí tiene como objetivo ayudar a la otra parte. El desacato civil compensatorio, como lo señala su nombre, compensa a una de las partes por la desobediencia de la otra.

Supón, por ejemplo, que el tribunal ordena a la planta cementera que deje de contaminar, pero la planta sigue operando de todos modos. El tribunal podría exigir que la planta pague daños a los vecinos por operar en violación de la orden judicial.

Nos centraremos en una categoría final, el desacato civil coercitivo. Esta forma de desacato tiene como objetivo obligar a las partes a cumplir—para "coaccionar al demandado a hacer lo que se había negado a hacer"[1021].

Supón que el tribunal ordenó a Ricardo revelar la ubicación de su hija, pero él se negó. El juez podría multar a Ricardo, digamos, $100 por día o incluso encarcelarlo hasta que entregue a la niña. El desacato coercitivo no tiene como objetivo castigar el mal comportamiento pasado. En cambio, su objetivo es fomentar el buen comportamiento futuro. El demandado tiene "las llaves de la cárcel en la mano". Ricardo puede terminar su castigo—que no haya más multas, ni más confinamiento—eligiendo cumplir con la orden del tribunal.

En los Estados Unidos, "los tribunales tienen el poder inherente de hacer cumplir coercitivamente sus órdenes judiciales a través del desacato civil" [1022]. Sin embargo, el poder de desacato tiene límites. Para

[1019] Para una lúcida discusión sobre el desacato y muchos ejemplos, ver Douglas Laycock & Richard L. Hasen, *Modern American Remedies 787–863* (5th ed. 2019).

[1020] Nuestra descripción omite muchos detalles. Para el desacato criminal, el juez debe hacer que un fiscal lleve un caso, y muchas de las protecciones del procedimiento penal se aplican.

[1021] Gompers v. Buck's Stove & Range Co., 221 U.S. 418, 442 (1911).

[1022] Shillitani v. United States, 384 U.S. 364, 370 (1966). Además de cualquier poder inherente, las leyes y códigos de los EE.UU. otorgan e intentan estructurar el poder del desacato. Véase, e.g., 18 U.S.C.A. § 401 (West).

el desacato civil coercitivo, el "desacatante"—es decir, la parte que no cumple—debe tener la capacidad de "purgar" el desacato. El desacatante purga el desacato cumpliendo con la orden del tribunal. Si el desacatante no puede cumplir con la orden, entonces el tribunal no puede mantener al desacatante en desacato coercitivo. Para ilustrar, supón que un testigo acepta testificar contra un cómplice como parte de un acuerdo de colaboración premiada. Cuando comienza el juicio de su cómplice, el testigo se arrepiente y se niega a testificar. Un tribunal podría encarcelarlo durante el juicio, con la promesa de liberarlo si testifica. Sin embargo, cuando el juicio termine, el tribunal debe liberarlo del desacato coercitivo porque testificar ya no es posible. De manera similar, supón que la hija de Ricardo se escapó. Si Ricardo no puede encontrar a su hija, entonces no puede cumplir con la orden del tribunal de revelar su ubicación. Si Ricardo demuestra que no puede cumplir, entonces el tribunal no puede mantenerlo en desacato coercitivo[1023].

El desacato coercitivo tiene otros límites. Los tribunales deben "considerar el carácter y la magnitud del daño amenazado por la continua desobediencia [es decir, la falta de cumplimiento], y la probable efectividad de cualquier sanción sugerida para lograr el resultado deseado"[1024]. Además, "al fijar el monto de una multa a imponer," los tribunales deben "considerar la cantidad de los recursos financieros del demandado y la gravedad consecuente de la carga para ese demandado en particular"[1025]. "Al seleccionar sanciones de desacato, un tribunal está obligado a usar el mínimo poder adecuado para el fin propuesto" [1026]. Los tribunales de apelación revisan las sanciones por desacato en busca de un posible abuso de discreción[1027].

A pesar de estos límites, el poder de desacato es amplio. Considera el caso de Beatty Chadwick, quien transfirió $2.5 millones a cuentas *offshore* fuera del alcance de un tribunal estatal. El tribunal ordenó a Chadwick devolver el dinero, parte del cual le debía a su exesposa. Chadwick se negó, por lo que el tribunal lo envió a la cárcel por desacato coercitivo—donde permaneció durante 14 años[1028].

[1023] Además de demostrar que el cumplimiento es imposible, el desacatante también puede escapar de la orden de desacato coercitivo al demostrar que es impracticable cumplir con lo que se le pide, esto es, es bastante difícil.

[1024] United States v. United Mine Workers of Am., 330 U.S. 258, 304 (1947).

[1025] *Id.*

[1026] Spallone v. United States, 493 U.S. 265, 276 (1990) (las comillas y citas internas son omitidas).

[1027] *Véase* Green v. United States, 356 U.S. 165, 188 (1958). El desacato coercitivos tiene otras limitaciones. El desacato coercitivo se asemeja al desacato criminal, y por tanto requiere de más salvaguardas procedimentales cuando las penas son severas y los hechos son complicados. *Véase United Mine Workers v. Bagwell, 512 U.S. 821 (1994).*

[1028] *Véase* United States v. Harris, 582 F.3d 512 (3d Cir. 2009).

3.3. Teoría Económica del Desacato

El desacato coercitivo es una herramienta poderosa y peligrosa. Encarcelar a una persona durante años parece opresivo, incluso tiránico. Sin embargo, los tribunales necesitan un mecanismo para hacer cumplir sus órdenes. ¿Cuál es el equilibrio que requiere la ley? ¿Qué significa "usar el mínimo poder adecuado para el fin propuesto" y cuándo abusa un tribunal de su discreción? Estas son preguntas legales. Usamos el análisis económico para esbozar algunas respuestas.

El desacato coercitivo se asemeja a la disuasión. A través de la disuasión, el estado desincentiva a las personas de transgredir la ley. A través del desacato coercitivo, el juez desincentiva al desacatante de desobedecer una orden. Dada la similitud, podemos tomar cosas prestadas del análisis anterior, pero no podemos copiarlo exactamente. El desacato coercitivo se diferencia de la disuasión (mirada desde una perspectiva más general) en algunos aspectos importantes.

Para comenzar, recuerda esta prescripción: el estado debe disuadir un acto de quebrantamiento de la ley siempre que el beneficio social marginal supere el costo social marginal. Desobedecer una orden del tribunal a menudo crea un costo especial, que es una disuasión menor.

Para explicar esta idea, considera un ejemplo sobre *enforcement* y aprendizaje. El conductor 1 no puede saber si el oficial de policía está monitoreando la intersección. Él pasa la luz roja y no recibe una multa. ¿Ha aprendido mucho sobre el *enforcement* de la ley? No. Probablemente el oficial no estaba monitoreando la intersección, lo que significa que tuvo suerte. Él no cambia sus creencias sobre la probabilidad de que se haga cumplir la ley. En cambio, el conductor 2 ve al oficial observando la intersección. Él pasa la luz roja de todos modos, tal vez porque sus frenos fallaron. No recibe una multa. ¿Por qué? La explicación probable es que el oficial no multa a las personas por pasar la luz roja. Por lo tanto, el conductor 2 ha aprendido algo. La probabilidad de recibir una multa es más baja de lo que pensaba, lo que lo hace más propenso a pasar la luz roja.

Para aclarar este ejemplo, distingamos dos conceptos: detección y *enforcement*. Si no sabes si el estado detectó tu violación de la ley, entonces que no haya *enforcement* envía una señal ruidosa. No puedes determinar si tuviste suerte (no hubo detección) o si el estado es débil (hubo detección, pero no *enforcement*). Si sabes que el estado detectó tu violación—"el policía me vio hacerlo"—entonces la falta el *enforcement* envía una señal más clara: el estado es débil. La señal más clara debilita la disuasión.

Relacionemos estas ideas con el desacato. El tribunal ordena a Ricardo revelar la ubicación de su hija. Si Ricardo no cumple, el juez lo sabrá porque la madre de la niña lo hará saber. Del mismo modo,

si la planta cementera no deja de contaminar, los vecinos alertarán rápidamente al tribunal. En muchas situaciones, los tribunales tienen seguridad de que irán a detectar violaciones de sus órdenes. Cuando la detección es segura, el *enforcement* es especialmente importante. La falta de *enforcement* envía una señal de debilidad que debilita la disuasión.

Este análisis no implica que los tribunales siempre deban usar el desacato coercitivo. Sin embargo, sugiere que los tribunales deben hacer cumplir sus órdenes de manera vigilante, tal vez más vigilante de lo que el estado debería hacer con muchas leyes ordinarias.

Hemos explicado por qué hacer cumplir las órdenes judiciales es especialmente beneficioso. A continuación, consideramos cómo hacerlo. Para comenzar, enfoquémonos solo en el dinero, y recordemos esta prescripción de antes: el castigo esperado óptimo es igual al daño causado a otros. Esta prescripción parece proporcionar orientación respecto del desacato. Supón que la planta cementera viola la orden judicial y sigue operando. La contaminación de la planta causa un daño de $1,000 por día a los vecinos. Abordar la violación impone costos de $50 por día al tribunal (los vecinos presentan mociones, se quejan ante su secretario, etc.). Según la prescripción, el tribunal debería declarar a la planta en desacato y cobrarle $1,050 por cada día que viole la orden judicial. De esta cantidad, $1,000 deberían ir a los vecinos como compensación y $50 deberían ir al estado[1029]. La planta continuará violando la orden judicial solo si su beneficio de hacerlo excede el costo total. Así, la sanción de desacato promueve la eficiencia.

Esto podría sonar como un enfoque atractivo, pero tiene algunos inconvenientes. La sanción que hemos descrito cambia el remedio de una orden judicial ("no contaminen") a daños ("pueden contaminar si pagan $1,050 por día"). Como se describió anteriormente, las órdenes judiciales a veces promueven la eficiencia de mejor manera que los daños, como cuando calcular los daños es muy costoso. Por lo tanto, convertir el remedio a daños podría causar ineficiencia. Además, no podemos calcular los daños de manera sensata cuando el dinero y el daño son incomparables. La planta cementera no presenta este dilema, pero recordemos a Ricardo. Él esconde a su hija en violación de una orden judicial, causando daño emocional a la niña y a la madre de la niña. ¿Puedes expresar su daño emocional en dólares? ¿Cuál es la cantidad por día?

Estos problemas involucran cuestiones que pueden ser vistas desde el análisis económico. Considera otro problema: el derecho. El propósito del desacato coercitivo no es promover la eficiencia. Más

[1029] La sanción que hemos descrito simplifica ciertos asuntos en un intento de exponer el tema más claramente. En realidad, el desacato compensatorio y el desacato coercitivo se imponen en procedimientos separados, y los daños compensatorios solo están disponibles respecto de la conducta que el desacatante ha tenido hasta la fecha.

bien, el propósito es inducir al desacatante a cumplir con la orden del tribunal. En consecuencia, el tribunal no tiene autoridad para multar a la planta cementera con $1,050 por día, al menos no usando desacato coercitivo[1030]. Ese remedio induce eficiencia, no cumplimiento. Para usar el desacato coercitivo, el tribunal debe diseñar una sanción para inducir el cumplimiento.

Para inducir el cumplimiento, el tribunal debe hacer que la pena supere el beneficio del desacatante. Específicamente, "para usar el mínimo poder adecuado para el fin propuesto," el tribunal debe fijar la pena por violar la medida cautelar justo por encima del beneficio que obtiene el desacatante por violarla. Si el costo del incumplimiento excede el beneficio, el desacatante cumplirá (asumiendo, por supuesto, que el desacatante sea racional).

A veces el tribunal conoce el beneficio del desacatante. Si el litigio revela que la planta cementera gana $2,000 por día, el tribunal puede multar a la planta con $2,001 por día. Sin embargo, con frecuencia, el tribunal no puede determinar el beneficio del desacatante con certeza. El tribunal debe adivinar. ¿Cómo? Al responder, distingamos entre tres tipos de flujos de beneficios. Un flujo fijo se acumula en la misma cantidad, como cuando operar genera $2,000 por día para la planta cementera. Un flujo creciente aumenta con el tiempo (beneficios marginales crecientes), y un flujo decreciente disminuye con el tiempo (beneficios marginales decrecientes).

Para inducir al cumplimiento, supón que el tribunal multa a la planta cementera con $1,000 por día. Si la planta obtiene un flujo de beneficios fijo por incumplir, y si la planta no cumple, entonces el beneficio de la planta debe superar los $1,000 por día. La planta nunca cumplirá. Para inducir al cumplimiento, el tribunal debe aumentar la multa diaria, y debe hacerlo inmediatamente. Esta lógica aplica con mayor fuerza si la planta obtiene un flujo de beneficios creciente por incumplir. Supón que cada día que la planta opera genera nuevos negocios. Su beneficio por no cumplir es de $2,000 el primer día, $2,100 el segundo, $2,200 el tercero, y así sucesivamente. Si la planta no cumple al primer día, el tribunal debe aumentar la multa inmediatamente. ¿Qué pasa si la planta obtiene un flujo de beneficios decreciente? Los negocios se están secando, por lo que el beneficio por no cumplir es de $2,000 el primer día, $1,900 el segundo, y así sucesivamente. Con un flujo de beneficios decreciente, el tribunal puede (eventualmente) asegurar el cumplimiento sin aumentar la multa.

Recuerda lo que señalaba para de la doctrina sobre el desacato coercitivo: el tribunal debe "considerar el carácter y la magnitud del daño" asociado al incumplimiento y evaluar la "probable efectividad" de

[1030] Probablemente, el tribunal tiene autoridad para sancionar a la planta de cemento como se describió anteriormente, usando tanto el desacato criminal como el desacato civil compensatorio, tal vez en combinación con el desacato coercitivo. En la práctica, estas categorías a veces se superponen.

cualquier sanción[1031]. El tribunal debe "usar el mínimo poder adecuado para el fin propuesto"[1032]. Hemos afinado esta doctrina. El tribunal usa el "poder mínimo adecuado" cuando fija la pena asociada al incumplimiento justo por encima del beneficio del desacatante. El tribunal evalúa la "probable efectividad" de una sanción estimando el beneficio del desacatante, fijando la sanción justo por encima de ese beneficio, y luego observando si el desacatante cumple. Si el desacatante incumple, el tribunal debe reconsiderar y, a menos que el desacatante tenga un flujo de beneficios decrecientes, aumentar la sanción[1033]. Cuanto mayor sea el "carácter y la magnitud del daño" que se sigue del incumplimiento, más debe aumentarla el tribunal.

Refinemos el análisis enfocándonos en el flujo creciente de beneficios. Recuerda a la persona que acordó testificar contra un cómplice, pero luego se retractó. El cómplice es un jefe de la mafia, y el testigo teme que testificar le cueste la vida. El juicio dura 10 días. Si la persona en cuestión testifica en algún momento durante esos 10 días, pagará un costo. Para efectos del ejemplo, vamos a traducir ese costo a dinero: $100,000.

Podemos reformular este costo como un beneficio. Si el testigo testifica en cualquier momento durante el juicio, obtendrá un beneficio de cero. Si se niega a testificar, obtendrá un beneficio al final del juicio igual a $100,000. Reformulado de esta manera, el testigo tiene un flujo creciente de beneficios por desacato. Su ganancia por negarse a testificar es cero después de cada uno de los primeros nueve días y $100,000 después del décimo día.

Para inducir a dicha persona a testificar, el tribunal debe multarlo con más de $100,000. El tribunal podría hacerlo de diferentes maneras. Por ejemplo, podría multarlo con $100,001 al final del juicio, o podría multarlo con $10,001 por día durante 10 días. ¿Importa el método que se aplique? Tal vez. Supón que el tribunal intenta el segundo método, amenazando con multar al testigo con $10,001 por día. El testigo debería testificar inmediatamente porque preferiría testificar y enfrentar el riesgo del jefe de la mafia (ganancia de cero) que no testificar y pagar 10 días de multas (ganancia de -$10)[1034]. Pero supón que la persona en cuestión no testifica. Tal vez comete un error matemático o actúa

[1031] United States v. United Mine Workers of Am., 330 U.S. 258, 304 (1947).

[1032] Spallone v. United States, 493 U.S. 265, 276 (1990) (comillas internas y citas omitidas).

[1033] Incluso si el demandado tiene un flujo decreciente de beneficios, el tribunal podría querer aumentar la sanción para asegurar su cumplimiento más rápidamente.

[1034] Si la persona en cuestión testifica, no obtiene ningún beneficio pero no paga multas, por lo que su beneficio neto es igual a cero. Si no testifica, obtiene un beneficio de $100,000 pero paga multas de $100,010, lo que da un beneficio neto de $−10.

irracionalmente. O quizás el juez no ha especificado el calendario de multas, por lo que el testigo no entiende la magnitud de las consecuencias. Sea cual sea la explicación, el testigo no testifica. Al segundo día, el juez explica el calendario de multas y amenaza con cobrarle otros $10,001. El testigo razona de la siguiente manera: "Debo $10,001 desde ayer, ya sea que testifique o no. Mis mejores opciones ahora son testificar hoy y obtener cero, o no testificar durante los siguientes nueve días, pagar multas por un total de $90,009, y obtener un beneficio de $100,000, con una ganancia neta de $9,991. No voy a testificar".

Como muestra este ejemplo, las multas pasadas son *costos hundidos*. Los costos hundidos no afectan las decisiones de las personas racionales. Para inducir al desacatante a cumplir, el juez debe aumentar la sanción. Si el desacatante se niega a testificar en el primer día, el juez debe fijar la sanción por negarse a testificar durante los nueve días restantes por encima de los $100,000. De manera similar, si el desacatante se niega a testificar durante los primeros nueve días, el juez debe fijar la sanción por negarse a testificar en el último día por encima de los $100,000.

Esta conclusión es contraintuitiva. Se puede imaginar a un juez razonando de la siguiente manera: "El testigo no testificó en el primer día, así que lo multaré con $10,001. Si no testifica en el segundo día, continuaré aumentando la presión multándolo con otros $10,001. Eventualmente, cederá". El razonamiento del juez podría parecer válido, pero no lo es. El juez imagina que la presión aumenta cada día. En realidad, la presión sobre el testigo disminuye cada día. Para aumentar la presión, el tribunal debe aumentar la sanción.

Esta discusión refina nuestro análisis del desacato coercitivo de dos maneras. Primero, al analizar la "probable efectividad" de una sanción, el tribunal debe considerar su tamaño y cuan clara es. Sanciones simples y claras suelen causar menos errores de cálculo y reducir los costos hundidos. Segundo, las multas pasadas no inducen el cumplimiento. La amenaza de multas futuras induce el cumplimiento. Incluso si el tribunal ya ha multado al desacatante con una cantidad significativa, aumentar las sanciones futuras está en línea con el uso del "poder mínimo adecuado" para asegurar el cumplimiento. De hecho, no aumentar las sanciones podría constituir un abuso de la discreción que se tiene, ya que dañaría al desacatante sin ninguna posibilidad de cambiar su comportamiento.

Si el testigo tiene mucho dinero, el tribunal puede aumentar la sanción indefinidamente. ¿Qué pasa si no tiene mucho dinero? Supón que el testigo tiene $10,000. Después de la multa del primer día, el testigo no puede pagar multas adicionales (no tiene dinero con que pagarlas), entonces más multas no cambiarán su comportamiento. La "probable efectividad" de dichas sanciones es cero. Por lo tanto, el tribunal no debe imponer multas coercitivas a un desacatante imposible de incentivar mediane sanciones.

Detente en la conexión entre los costos hundidos y la imposibilidad de juzgar a quienes no tiene posibilidad de pagar la multa. Si el tribunal fija la multa en un punto demasiado bajo, el desacatante no cumplirá. Sin embargo, el desacatante tendrá que pagar la multa, y pagarla lo acercará a aquel punto en que se vuelve imposible juzgarlo pues no podría pagar la multa. Así, al evaluar la multa inicial, el tribunal debe encontrar un balance. Fijar una multa demasiado alta podría ser un abuso del poder del tribunal, pero probablemente inducirá el cumplimiento. Fijar una multa demasiado baja no sería un abuso del poder del tribunal, pero podría no inducir al cumplimiento y acerca al desacatante a la imposibilidad de ser juzgado (por las razones antes vistas).

Si el desacatante se vuelve imposible de juzgar pues no tiene con que pagar, el tribunal conserva otro poder con que inducirlo a cumplir con la ley: enviarlo a la cárcel. Antes explicamos que el estado debe hacer uso de la pena de prisión solo cuando las multas no cumplen una función disuasoria. Este mismo principio se aplica al desacato coercitivo. Usar el "mínimo poder adecuado" implica que los tribunales deben encarcelar a las personas solo cuando las multas son ineficaces.

La cárcel puede ayudar con el problema de las personas que se vuelven inmunes al castigo. El desacatante no tiene dinero, pero tiene tiempo, y el tribunal puede hacer que pierda tiempo de manera algo miserable al ponerlo tras las rejas. Pero la cárcel no puede resolver el problema de los costos hundidos. En lugar de una multa, supón que el tribunal amenaza con encarcelar al testigo si se niega a atestiguar. En el primer día del juicio, el testigo se pregunta: "¿Preferiría atestiguar y obtener cero, o no atestiguar , obtener un beneficio de $100,000, pero pasar diez días en la cárcel?" Prefiere no atestiguar, así que el tribunal lo encarcelaría durante el primer día. En la mañana del segundo día, el testigo se pregunta: "¿Preferiría atestiguar y obtener cero, o no atestiguar, obtener un beneficio de $100,000, pero pasar nueve días en la cárcel?" El costo de negarse a testificar ha disminuido porque el primer día en la cárcel es un costo hundido. Mientras tanto, el beneficio de negarse a testificar sigue siendo el mismo.

Si el testigo no atestigua de inmediato, es probable que nunca lo haga[1035]. Específicamente, si el testigo experimenta costos fijos o decrecientes por encarcelamiento, un testigo que se niega a testificar de inmediato se negará a testificar siempre. Si el testigo experimenta costos crecientes por encarcelamiento, es posible que se niegue a testificar al principio, pero eventualmente ceda. El testigo experimenta costos crecientes cuando el décimo día en la cárcel es peor que el noveno, el noveno día es

[1035] Recuerda que nuestro ejemplo asume un período definido en prisión: 10 días. Si el período es impredecible, el testigo podría no testificar al principio, pero testificar más tarde a medida que actualiza sus creencias sobre la duración del confinamiento.

peor que el octavo, y así sucesivamente. El tribunal podría asegurarse de que el testigo enfrente costos crecientes empeorando su trato. Por ejemplo, el primer día en la cárcel podría tener una celda para él solo, con acceso a la cafetería y al patio. El segundo día podría tener un compañero de celda, y al final del juicio podría enfrentarse a aislamiento solitario. En la práctica, los tribunales en los Estados Unidos no parecen empeorar el trato de los prisioneros de esta manera.

Podemos resumir nuestro análisis. Para inducir al cumplimiento de una orden judicial, el tribunal debe imponer una multa diaria justo por encima de su estimación del beneficio diario de quien no está acatando dicha orden. Si el desacatante no cumple de inmediato y no tiene un flujo decreciente de beneficios, el tribunal debe aumentar la multa de inmediato y continuar haciéndolo hasta que el desacatante cumpla o se vuelva inmune a las sanciones. Si el desacatante se vuelve inmune a las sanciones, el tribunal debe intentar inducir al cumplimiento a través del encarcelamiento. Las sanciones pasadas son costos hundidos. Para inducir al cumplimiento, el tribunal debe hacer que las sanciones futuras superen el beneficio que recibe el desacatante por no cumplir.

Nuestro enfoque sobre el desacato representa una aplicación del principio interpretativo de los incentivos. Según ese principio, la interpretación correcta de una ley en casos difíciles proporciona incentivos para maximizar el cumplimiento de sus propósitos. El desacato coercitivo representa un caso difícil en el sentido de que la doctrina es vaga y está sujeta a múltiples interpretaciones. El propósito del desacato coercitivo es claro: inducir al desacatante a cumplir. Un tribunal que siga nuestro análisis incentiva al desacatante a cumplir con su orden. Además, un tribunal que aplique nuestro análisis "considera la... probable efectividad de cualquier sanción sugerida" para asegurar el cumplimiento[1036], considera "los recursos financieros del demandado y la consecuente gravedad de la carga para ese particular demandado" [1037], y usa "el mínimo poder adecuado para el fin propuesto"[1038].

Preguntas

3.3.1. El tribunal quiere que el testigo en nuestro ejemplo testifique. El tribunal cree que el beneficio que el testigo obtiene por no testificar es de $100,000, pero su beneficio real podría

[1036] United States v. United Mine Workers of Am., 330 U.S. 258, 304 (1947).

[1037] *Id.*

[1038] Spallone v. United States, 493 U.S. 265, 276 (1990) (comillas internas y citas omitidas).

ser mayor o menor. El tribunal podría multar al testigo con $10,001 el primer día y, si el testigo se niega a testificar, aumentar la multa al segundo día. O el tribunal podría multarlo con $100,001 después de 10 días.
(a) ¿Qué enfoque permite al tribunal conocer más sobre el beneficio que obtiene el testigo por no cumplir?
(b) ¿Qué enfoque es más probable que haga que el testigo se vuela inmune al juzgamiento?
3.3.2. El demandado se niega a cumplir con la orden judicial. El tribunal lo multa con $1,000 y dice: "Si no cumples mañana, te multaré con $2,000. Si cumples mañana, no te multaré y cancelaré la multa de hoy".
(a) Explica por qué la promesa de cancelar la multa de hoy incentiva al demandado a cumplir mañana.
(b) Es más probable que el demandado cumpla si es creíble la amenaza del tribunal de castigar el incumplimiento de su orden. ¿Cancelar las multas hace que la amenaza del tribunal sea más o menos creíble?

¿Una licencia para cometer crímenes?

Un tribunal ordenó a Gerardo Catena, un presunto criminal, testificar sobre actividades del crimen organizado. Él se negó, por lo que el tribunal lo envió a la cárcel hasta que cooperara. Cuatro años después, Catena seguía en prisión. Tenía 72 años y su salud estaba deteriorada cuando un tribunal reconsideró su caso. El tribunal escribió: "Una vez que parece que la orden judicial ha perdido su poder coercitivo, la justificación jurídica para ésta termina y el confinamiento adicional no puede ser tolerado". Esta es la doctrina de la *coerción agotada*. Si el desacatante nunca obedecerá la orden del tribunal, sin importar las sanciones, el tribunal no puede mantenerlo en desacato coercitivo.

La coerción agotada es consistente con la teoría económica del *enforcement*. Según esa teoría, el estado debe hacer cumplir la ley solo si el beneficio social de hacerlo supera su costo social. Sancionar a un desacatante impone muchos costos. En el caso de Catena, él perdió su libertad, presumiblemente su familia sufrió, y los contribuyentes gastaron miles de dólares para mantenerlo confinado. Si Catena testificara, la sociedad se beneficiaría. Presumiblemente, el beneficio de menos crimen organizado superaría los costos de mantenerlo en desacato. Sin embargo, si Catena nunca testificara, la sociedad no recibiría nada. Si un desacatante nunca cooperará, los costos del desacato coercitivo necesariamente superarán los beneficios, y el tribunal debería dejar de sancionarlo.

Esta lógica va más allá del desacato. Un demandado tenía más de 30 condenas por "robo de servicios". Cada caso tenía los mismos hechos: saltaba el torniquete y viajaba en el metro de Nueva York sin pagar el pasaje. Después de su última condena, aceptó un acuerdo de colaboración premiada que incluía nueve meses de cárcel. El encarcelamiento del demandado durante nueve meses impuso muchos costos a la sociedad. ¿Crees que tuvo un beneficio social? ¿Parece esta persona susceptible de ser disuadida?

Un académico llamado Josh Bowers tiene una propuesta para casos como este. Éste otorgaría a los demandados incorregibles una “licencia para cometer crímenes”, lo que significaría que tienen permiso para cometer ciertos crímenes menores sin ser castigados por cometerlos. La licencia podría adoptar diferentes formas. En el caso del metro, el estado podría comprarle al demandado un pase de por vida para viajar sin tener que pagar. Comprar un pase de metro le costaría al estado mucho menos que enviarlo a la cárcel.

En teoría, las licencias para cometer crímenes y la coerción agotada podrían funcionar bien. Ofrecen formas de evitar imponer sanciones costosas que no generarán un beneficio social. En la práctica, enfrentan desafíos relacionados con los incentivos y la información. En cuanto a los incentivos, ¿animaría la disponibilidad de licencias para cometer crímenes a las personas a colarse en el metro? En cuanto a la información, ¿era inútil mantener a Gerardo Catena en desacato porque nunca testificaría? Después de pasar cuatro años en la cárcel, el tribunal escribió: "Catena no ha demostrado que la orden de compromiso ya no tenga ningún impacto coercitivo. [Él] tiene la carga de demostrar que no existe una probabilidad razonable de que el encarcelamiento continuado lo haga romper su silencio. No lo ha hecho en el expediente actual”.

3.4. Desacato en el Derecho Público

Hemos analizado el desacato coercitivo en casos que involucran a la planta cementera y a la familia de Ricardo. En ambos casos, un actor privado demanda a otro, por lo que los llamamos casos de derecho privado. Los casos de derecho público involucran al estado, como cuando fiscales acusan a personas de delitos, los reguladores multan a empresas, y los individuos demandan al estado por violar sus derechos constitucionales. ¿Cómo funciona el desacato coercitivo en el derecho público?

Si quien desacata es un actor privado, entonces funciona de la misma manera que venimos analizando. Considera a nuestro testigo reacio. Los fiscales solicitan que testifique en un asunto

penal, convirtiéndolo en un caso de derecho público. El tribunal podría multar o encarcelar al testigo de la misma manera en que podría multar o encarcelar a Ricardo.

El caso de nuestro testigo es hipotético[1039]. Ahora considera algunos casos reales. El Departamento de Justicia de EE. UU. demandó a la empresa IBM por violar la ley antimonopolio. Cuando IBM no cumplió con una orden de exhibición de prueba, el tribunal declaró a la empresa en desacato, y le multó con $150,000 por día[1040]. La Junta Nacional de Relaciones Laborales presentó una demanda contra una empresa privada por interferir con actividades sindicales. Cuando la empresa se negó a cumplir con una orden judicial, el tribunal amenazó con encarcelar a los dueños[1041].

¿Qué sucede cuando quien desacata una orden es parte del estado? En el caso *Brown v. Board of Education*, la Corte Suprema de EE. UU. dictaminó que la segregación racial en las escuelas públicas violaba la Constitución. El Tribunal ordenó a las escuelas que se des segregaran, pero muchas no lo hicieron. Al violar la orden del Tribunal, las escuelas públicas—es decir, los actores del estado—se convirtieron en desacatantes. Eventualmente, el Presidente ordenó que tropas federales proporcionaran seguridad en torno a las escuelas y facilitaran la integración. Pocos casos de desacato estatal proceden de manera tan dramática. A falta de acción militar, ¿cómo pueden los tribunales obligar a cumplir a un ente estatal?

Antes de responder, considera otros casos de desacato estatal. Un tribunal federal ordenó a las autoridades locales que dejaran de detener a personas que (según ellos creían) estaban en el país ilegalmente. En general, los funcionarios federales, no los locales, hacen cumplir la ley de inmigración. El sheriff Joe Arpaio no cumplió[1042]. La Corte Suprema dictaminó que los estados deben reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo. Posteriormente, un funcionario del gobierno con firmes creencias religiosas se negó a emitir licencias matrimoniales a cualquiera[1043]. Un tribunal ordenó a la Ciudad de Yonkers que apoyara la construcción de viviendas públicas en un vecindario predominantemente blanco. El concejo municipal se negó[1044].

[1039] Sin embargo, se asemeja a casos reales como el que involucra a Gerardo Catena.

[1040] Int'l Bus. Machines Corp. v. United States, 493 F.2d 112, 113–14 (2d Cir. 1973).

[1041] Aguayo v. S. Coast Refuse Corp., No. CV 99-3053 AHM, 2000 WL 1280926, at *4 (C.D. Cal. Feb. 29, 2000).

[1042] Melendres v. Maricopa Cnty., 897 F.3d 1217 (9th Cir. 2018).

[1043] Miller v. Davis, 123 F. Supp. 3d 929 (E.D. Ky. 2015).

[1044] *Véase* Douglas Laycock & Richard L. Hasen, *Modern American Remedies 801–03* (5th ed. 2019).

A veces los tribunales sancionan a entes estatales por su desacato. Cuando el concejo municipal de Yonkers votó en contra de las viviendas públicas, el tribunal ordenó a los miembros del concejo pagar multas e ir a la cárcel hasta que cambiaran sus votos[1045]. En un caso, un tribunal multó a una agencia federal con $500 por día hasta que pagara una indemnización por discriminación laboral[1046]. De manera similar, un tribunal ordenó a una agencia federal pagar cierto beneficio asociado al Seguro Social o enfrentarse a una multa diaria[1047]. En esos dos casos, la agencia cumplió antes de que se acumularan las multas. Casos como estos son inusuales. En general, los tribunales federales no someten a los actores estatales, especialmente a las agencias federales, a las reglas del desacato[1048].

Supón que un tribunal multa a una agencia por desacato. ¿Las multas causarían que la agencia cumpla? Tal vez no. Son ciertos funcionarios determinados quienes deciden si cumplir o no con una orden judicial, pero esos funcionarios no pagan las multas. La agencia, o tal vez un fondo gubernamental separado, pagan[1049]. Si los funcionarios no internalizan las multas, entonces las multas podrían no tener un efecto coactivo sobre ellos. Si los tribunales multaran a los funcionarios como individuos, probablemente cumplirían, pero esto plantea difíciles preguntas jurídicas. En el litigio de Yonkers, la Corte Suprema dictaminó que las sanciones deberían haberse dirigido contra la ciudad misma, no contra los miembros individuales del concejo municipal[1050].

En lugar de multas, los tribunales podrían enviar a los funcionarios a la cárcel. Cuando la funcionaria estatal antes vista se negó a emitir licencias matrimoniales en violación de la ley, un tribunal federal la encarceló durante seis días. El confinamiento podría inducir al cumplimiento. Sin embargo, el encarcelamiento de funcionarios es extremadamente infrecuente. Tal vez los jueces piensan que no tienen el poder de hacerlo. O tal vez los jueces no saben a quién sancionar. La Administradora del Seguro Social de EE.UU. tiene 60,000 empleados. Una persona con un

[1045] *Véase id.* El Tribunal Supremo luego relajó las penas. *Véase* Spallone v. United States, 493 U.S. 265 (1990). Los gobiernos locales no tienen inmunidad soberana en los Estados Unidos, mientras que los estados y el gobierno federal sí. Con inmunidad soberana, el desacato debe ser dirigido contra los oficiales, no contra el gobierno en sí.

[1046] Henderson v. Orr, No. CIV.A. C-3-81-554, 1987 WL 19715, at *2 (S.D. Ohio May 5, 1987).

[1047] *Véase* Nicholas R. Parrillo, *The Endgame of Administrative Law: Governmental Disobedience and the Judicial Contempt Power*, 131 Harv. L. Rev. 685, 713 (2018).

[1048] *Véase generalmente id.*

[1049] En los Estados Unidos, las deudas judicialmente determinadas de las agencias federales generalmente se pagan con un fondo general del estado. *Véase* id. en 738.

[1050] *Véase* Spallone v. United States, 493 U.S. 265 (1990).

nombramiento de índole política que tiene poder e información limitados dirige la agencia. Si la agencia no paga un beneficio del Seguro Social, ¿quién debería ir a la cárcel?

Aquí hay otra posible explicación: los tribunales no intentan encarcelar a los funcionarios estatales porque los funcionarios a cargo de ejecutar dicha orden de encarcelamiento podrían no cumplir con ella. El Presidente nombra al Comisionado a cargo de la Administradora del Seguro Social. Supón que un tribunal federal sanciona a dicho comisionado con una orden de desacato coercitivo por no realizar un pago que debía realizar y ordena que se lo envíe a la cárcel. Si el Comisionado se niega, el tribunal puede ordenar al Servicio de Alguaciles de EE. UU. que lo arreste. El Presidente nombra al Fiscal General, quien supervisa el Servicio de Alguaciles. Si el Presidente apoya al Comisionado, podría ordenar al Fiscal General que le indique a los alguaciles que no deben arrestar al Comisionado. ¿Qué harán los alguaciles?

En un pasaje famoso, James Madison señaló que: "Al crear un estado... la gran dificultad radica en esto: primero debes habilitar al gobierno para controlar a los gobernados; y en segundo lugar obligarlo a controlarse a sí mismo"[1051]. Obligar al estado a obedecer sus propias leyes es un difícil desafío. Requiere más que reglas de desacato coercitivo. Volveremos a este tema en el próximo capítulo.

Preguntas

3.4.1. Para inducir el cumplimiento a la Ciudad de Yonkers, el juez amenazó con multar a la ciudad con $100 el primer día y luego duplicar la multa diariamente, de modo que la multa del segundo día sería $200, la del tercer día sería $400, y así sucesivamente. ¿Cuál sería la multa impuesta en el trigésimo día? ¿Puede una ciudad volverse inmune al castigo?
3.4.2. Un tribunal ordenó a una periodista que divulgara cuáles eran sus fuentes, las que eran confidenciales. La periodista se negó, por lo que el tribunal impuso multas usando las reglas del desacato coercitivo. El tribunal ordenó que la periodista pagara las multas con sus propios bienes, sin aceptar ningún apoyo financiero de otros. ¿Por qué?[1052]

[1051] The Federalist No. 51, 264 (James Madison) (Ian Shapiro ed., 2009).

[1052] *Véase* Hatfill v. Mukasey, 539 F. Supp. 2d 96 (D.D.C. 2008).

Conclusión

Las leyes generalmente no se hacen cumplir por sí mismas. Para asegurar su cumplimiento, los estados en todas partes destinan sustanciales recursos al *enforcement*. Hemos proporcionado un análisis positivo, normativo e interpretativo del *enforcement*. Según el análisis positivo, el estado disuade el incumplimiento de la ley fijando una pena esperada que es mayor que el beneficio. Según el análisis normativo, el gobierno solo debe hacer *enforcement* cuando el beneficio social supera el costo social, y debe usar penas relativamente severas que tienen una baja probabilidad de *enforcement*. En la práctica, el *enforcement* a menudo termina ante un tribunal. ¿Cómo pueden los tribunales asegurar el cumplimiento de sus órdenes? Usando el poder del desacato coercitivo. Aplicamos el principio interpretativo de los incentivos al desacato coercitivo, mostrando cómo los tribunales pueden usarlo de manera efectiva y conforme a la ley. Estas ideas sentaron las bases del *enforcement*. El próximo capítulo construye sobre estas bases.

Décimo Tercera Parte
Aplicaciones de la teoría del *enforcement*

Aplicaciones de la teoría del *enforcement*

En los *Federalist Papers*, Hamilton señaló sobre el *enforcement* que: "es parte esencial de la idea de una ley que ésta vaya acompañada de... una sanción o castigo por su desobediencia. Si no hay sanción..., las resoluciones o mandatos que pretenden ser leyes serán, de hecho, nada más que consejos o recomendaciones"[1053]. Hamilton situó la disuasión en el centro del *enforcement*, tal como lo hicimos en el capítulo anterior. La disuasión desempeña un papel central en garantizar el cumplimiento de la ley en todo el mundo. Pero la disuasión plantea muchas complicaciones. No podemos castigar una violación de la ley sin buscar pruebas, detener a los autores y probar que son culpables. Cada paso dice relación con decisiones de *policy*. Necesitamos leyes sobre cómo hacer *enforcement*. Además, la disuasión es incompleta. A veces, las personas cumplen la ley incluso cuando infringirla no conduciría a multas o prisión.

Este capítulo amplía nuestro análisis. Discutimos el derecho que hay detrás del *enforcement* y consideramos mecanismos de *enforcement* más allá de la disuasión. También volvemos al tema del cumplimiento que hace el estado de las normas. El capítulo aborda preguntas como estas:

> *Ejemplo 1:* Según la Corte Suprema de los EE.UU., "[u]n agente de policía puede arrestar a una persona si tiene causa probable para creer que esa persona cometió un delito"[1054]. Realizar un arresto puede imponer costos sustanciales. Los arrestados —algunos de los cuales son inocentes— podrían perder su libertad, adeudar dinero al estado, sentir humillación y sufrir lesiones. ¿Internalizan los agentes policiales estos costos? ¿Deberían tener menos autoridad para realizar arrestos?[1055]
>
> *Ejemplo 2:* El estado de Oregón adoptó un sistema de iniciativa popular, lo que significa que los ciudadanos podían aprobar leyes sin tener que pasar por el poder legislativo. La Corte Suprema tuvo que decidir si el poder de iniciativa violaba la Cláusula de Garantía de la

[1053] The Federalist No. 15, en 76 (Alexander Hamilton) (Ian Shapiro ed., 2009).

[1054] Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1, 7 (1985).

[1055] *Cf.* Rachel A. Harmon, *Why Arrest?*, 115 Mich. L. Rev. 307 (2016).

Constitución, que promete a cada estado "una forma republicana de gobierno"[1056]. El poder de iniciativa era popular entre los ciudadanos, y la Cláusula de Garantía es vaga. La Corte evitó el caso, declarando: "[L]as cuestiones planteadas, en su propia esencia, están... destinadas a ser políticas... [P]or tanto, se concluye que el caso presentado no está dentro de nuestra jurisdicción"[1057]. ¿Deben los tribunales evitar los casos de índole política?

Ejemplo 3: Supón que el estándar de prueba para sancionar un exceso de velocidad es bajo, lo que significa que la policía puede acusar a cualquier conductor de exceso de velocidad y ganar frente a un tribunal. Para recaudar dinero, la policía acusa aleatoriamente a personas de manejar a exceso de velocidad. La velocidad no tiene relación con el *enforcement*, por lo que casi todos exceden el límite. Así, casi todos los acusados por la policía son culpables y resultan condenados. ¿Produce el estándar de prueba para el exceso de velocidad una proporción alta de decisiones correctas frente a decisiones incorrectas? ¿Es este un buen estándar de prueba?[1058]

Para responder a estas preguntas, comenzamos discutiendo el derecho, esto es, las reglas que hay detrás el *enforcement* en los Estados Unidos, concentrándonos en la Cuarta Enmienda de la Constitución. Luego analizamos distintas maneras en que se puede usar la ley en pos del *enforcement*. Para simplificar el *enforcement*, el estado puede hacer que las leyes sean precisas o reducir el estándar de prueba. El estado incluso puede adoptar reglas "insinceras", es decir, reglas artificialmente estrictas. Consideramos mecanismos de cumplimiento distintos de la disuasión. A veces, la ley mejora el comportamiento de las personas proporcionando información, coordinando la acción o (posiblemente) cambiando las preferencias. Concluimos discutiendo el poder judicial: ¿Cuándo cumplirán los actores poderosos con las órdenes judiciales? A lo largo del capítulo, combinamos razonamiento positivo, normativo e interpretativo.

1. El Derecho detrás del *enforcement*

El *enforcement* tiene muchos pasos. Los funcionarios estatales deben recopilar ADN, medir peces, revisar registros fiscales, monitorear el tráfico, redactar informes, cobrar multas, almacenar pruebas, inspeccionar bancos y tomar testimonios de testigos presenciales. Para hacer estas labores hacen falta auditores, detectives, alguaciles, abogados, contadores, jueces, entre otros tipos de personas.

[1056] U.S. Const. art. 4, § 4. Aquí está la cláusula completa: "Estados Unidos garantizará a todos los estados de esta Unión una forma de gobierno republicana".

[1057] Pac. States Tel. & Tel. Co. v. State of Oregon, 223 U.S. 118, 151 (1912).

[1058] *Véase* Louis Kaplow, *Burden of Proof*, 121 Yale L.J. 738, 801–03 (2012).

Muchos funcionarios contribuyen al *enforcement*. Es importante destacar que ningún funcionario tiene discreción total. La ley estructura las decisiones de cada funcionario, desde quienes vigilan estacionamiento hasta los fiscales. El Derecho regula el *enforcement* de la ley. Esta sección introduce el derecho detrás del *enforcement* concentrándose en una disposición importante de la Constitución de los EE.UU.: la Cuarta Enmienda.

1.1. Introducción a la Cuarta Enmienda

Las "órdenes de asistencia" (*writs of assistance)* permitían a los funcionarios británicos buscar mercancías que hubieran entrado de contrabando a las colonias americanas. Irrumpían en los hogares y se apoderaban de la propiedad y los documentos de las personas. El abogado James Otis calificó dichas órdenes como "el peor instrumento del poder arbitrario" porque colocaban "la libertad de cada [persona] en manos de cualquier funcionario menor"[1059]. Después de la Revolución, los redactores de la Constitución respondieron adoptando la Cuarta Enmienda, que consagra:

> El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto órdenes que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas[1060].

En principio, la Enmienda limita el ejercicio arbitrario del poder. En la práctica, plantea preguntas difíciles.

La Enmienda protege contra "registros y detenciones". Si la acción estatal no califica como uno de estos actos, la Cuarta Enmienda no aplica. Concentrémonos en el primer término. ¿Qué cuenta como un registro? Los agentes federales colocaron un dispositivo de escucha en una cabina telefónica pública. Cuando Charles Katz usó el teléfono, grabaron su conversación y lo acusaron de delitos. En *Katz v. United States*, la Corte Suprema sostuvo que existe un registro cuando el estado invade la "expectativa razonable de privacidad" de una persona[1061]. Katz estaba solo en la cabina y cerró la puerta.

[1059] Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 625 (1886) (se omiten las citas internas).

[1060] U.S. Const. enmienda IV.

[1061] 389 U.S. 347, 360 (1967) (Harlan, J., concurrente).

Las personas razonables en esa situación no esperan que otros escuchen sus conversaciones. Por lo tanto, dicha escucha constituyó un registro y la Cuarta Enmienda protegía a Katz.

Más allá de las cabinas telefónicas, un registro ocurre cuando los agentes ingresan físicamente al hogar de una persona, abren su correspondencia o revisan los bolsillos de alguien. No ocurre un registro cuando los agentes observan a alguien en público, revisan la basura dejada en la carretera o fotografían un patio trasero desde un avión[1062]. La tecnología cambiante ha dado lugar a casos interesantes. En *Kyllo v. United States*, la Corte Suprema sostuvo que medir el calor que emana de una casa equivalía a un registro (el estado buscaba un "cultivo de marihuana" realizado en interiores). En *Carpenter v. United States,* la Corte sostuvo que recopilar ciertos registros de localización de teléfonos móviles constituía un registro, en parte porque los teléfonos celulares son "una parte tan omnipresente y ubicua de la vida diaria que llevar uno es indispensable"[1063].

En general, los casos sobre "registros" parecen guiados por la privacidad. Según la Corte Suprema, la Cuarta Enmienda "busca proteger las esferas privadas de la vida contra el poder arbitrario"[1064]. Cuanto más privado sea el espacio, es más probable que una intrusión cuente como un registro.

Supón que el gobierno quiere ingresar al hogar de Alondra sin su consentimiento. Esto constituye un registro, por lo que aplica la Cuarta Enmienda. La Enmienda requiere que el registro sea razonable. En general, un registro autorizado por una orden judicial es razonable. Para obtener una orden de registro, los agentes usualmente deben demostrar "causa probable", lo que significa prueba de "una probabilidad razonable de que se encuentre contrabando o evidencia de un delito en un lugar determinado"[1065]. Si un informante confiable proporciona información sobre actividades ilícitas en el sótano de Alondra, entonces la policía tiene causa probable. Si el informante no es confiable o proporciona pocos detalles, entonces la policía no tiene causa probable.

Aparte de demostrar causa probable, los agentes deben limitar su registro a un lugar específico, y deben especificar los objetivos de su búsqueda. Si buscan una pintura robada de gran tamaño, no pueden

[1062] Para un resumen conciso de lo que se considera una "búsqueda", véase Christopher Slobogin, Advanced Introduction to U.S. Criminal Procedure, pp. 22–28 (2020).

[1063] Carpenter v. United States, 138 S. Ct. 2206, 2220 (2018) (se omiten las comillas y la cita interna).

[1064] *Id.* en 2214 (se omiten las comillas y la cita interna). En períodos anteriores de la historia, la jurisprudencia sobre la Cuarta Enmienda se centraba menos en la privacidad y más en la propiedad y el allanamiento.

[1065] Illinois v. Gates, 462 U.S. 213, 238 (1983).

registrar una pequeña caja de joyería. Esto "asegura que el registro estará hecho a la medida respecto de su justificación" y evita que existan las "búsquedas exploratorias de gran alcance que los redactores [de la Constitución] pretendían prohibir"[1066]. Un juez debe emitir la orden de registro.

Supón que Alondra usa un arma para robar un banco, y los policías la persiguen hasta su casa. Ella corre hacia adentro y cierra la puerta con llave. ¿Necesitan los policías una orden judicial para entrar? No. Los agentes que se encuentran en persecución inmediata de un sospechoso pueden registrar una vivienda sin una orden[1067]. No registrarla podría conducir a la destrucción de pruebas (¿y si quema el dinero?) o a que exista mayor violencia (¿y si toma un rehén?). Circunstancias "urgentes" como esta hacen que el registro sea razonable, incluso sin una orden judicial[1068]. La ley permite registros sin que exista una orden en otras situaciones. Por ejemplo, si la policía arresta a un criminal en la calle, puede registrar su mochila. Bajo el caso *Terry v. Ohio*, la policía puede "palpar" a una persona—registrar superficialmente su ropa en busca de armas—si tiene una "sospecha razonable" de que la persona está armada y es peligrosa[1069].

Supón que los agentes encuentran pruebas mediante un registro poco razonable. Por ejemplo, supón que encuentran gemas robadas en la casa de Alondra, pero no tenían una orden de registro ni ninguna otra autorización. La *regla de exclusión* podría prohibir al estado utilizar la evidencia en contra de Alondra. En general, los agentes estatales necesitan pruebas que hayan sido obtenidas mediante medios constitucionales. La Corte Suprema ha justificado la regla de exclusión con diferentes fundamentos a lo largo del tiempo. Hoy en día, la justificación dominante (quizás la única) se relaciona con la disuasión. En *United States v. Calandra*, la Corte señaló que "el propósito principal de la regla es disuadir una conducta ilegal futura de la policía y así hacer efectiva la garantía de la Cuarta Enmienda contra registros y detenciones irrazonables"[1070]. Según este razonamiento, si la policía no puede utilizar la prueba, es menos probable que lleve a cabo el registro inconstitucional.

Supón que la policía realiza un registro irrazonable en la casa de Alondra. Así, violan sus derechos conforme a la Cuarta Enmienda. Si el estado piensa acusar a Alondra de un delito, la regla de

[1066] Maryland v. Garrison, 480 U.S. 79, 84 (1987).

[1067] *Pero véase* Lange v. California, 141 S. Ct. 2011 (2021) (que sostiene que los agentes en persecución de un delito flagrante no pueden realizar una búsqueda domiciliaria sin una orden judicial si el sospechoso ha cometido solo una infracción menor).

[1068] *Véase*, por ejemplo, Warden, Md. Penitentiary v. Hayden, 387 U.S. 294 (1967).

[1069] 392 U.S. 1 (1968).

[1070] 414 U.S. 338, 347 (1974).

exclusión podría proporcionar una especie de remedio. Si el caso del estado depende de pruebas obtenidas mediante el registro irrazonable, la regla de exclusión hace que sea más difícil (quizás imposible) condenarla. ¿Qué ocurre si el estado no planea acusar a Alondra de ningún delito? Tal vez los agentes no encontraron ninguna prueba, por lo que no hay nada que excluir. Tal vez Alondra no sea una delincuente. ¿Puede obtener un remedio por el registro inconstitucional?

Quizás. Los capítulos anteriores introdujeron una ley conocida por su número, 42 U.S.C. § 1983. Dicha ley permite presentar demandas civiles (es decir, demandas por dinero) contra los agentes estatales a causa de violaciones de derechos constitucionales[1071]. Sin embargo, ganar una demanda bajo la Sección 1983 contra un agente estatal es difícil. El demandante debe probar que existió una transgresión constitucional y superar la *inmunidad calificada*. Un agente goza de inmunidad calificada—y gana el caso—a menos que el demandante pueda demostrar la violación de un derecho "claramente establecido" del que "una persona razonable habría tenido conocimiento"[1072].

Para hacer el punto más claro, considera un caso. Un agente detuvo a Clarence Jamison, al parecer por tener una placa defectuosa en su automóvil. El agente revisó la licencia y la tarjeta de seguro de Jamison y realizó una verificación de antecedentes (el resultado fue limpio). El agente colocó su brazo a través de la ventana de Jamison y pidió permiso para registrar su automóvil. Según el agente, Jamison accedió. Según Jamison, él se negó, pero luego el agente mintió ("alguien reportó que había cocaína en tu auto") y lo coaccionó. Jamison dio su consentimiento bajo presión, y el agente registró su automóvil de forma exhaustiva. El agente no encontró nada. La detención duró casi dos horas y, según Jamison, causó $4,000 en daños a los asientos y la capota de su convertible.

Jamison demandó al agente para que le indemnizara bajo la Sección 1983. En *Jamison v. McClendon*, el tribunal determinó que la "intrusión física en el automóvil de Jamison fue un registro irrazonable en violación de la Cuarta Enmienda" [1073]. Luego el tribunal se refirió a la inmunidad calificada:

[1071] La ley establece que: "Toda persona que, bajo el pretexto de cualquier ley, ordenanza, reglamento, costumbre o uso de cualquier Estado o Territorio o del Distrito de Columbia, someta o cause que se someta a cualquier ciudadano de los Estados Unidos u otra persona dentro de su jurisdicción a la privación de cualquier derecho, privilegio o inmunidad asegurados por la Constitución y las leyes, será responsable ante la parte perjudicada, lo que se podrá hacer valer mediante una acción judicial". Las personas pueden demandar a algunos funcionarios federales por violaciones de sus derechos constitucionales *bajo Bivens v. Six Unknown Named Agents,* 403 U.S. 388 (1971).

[1072] Harlow v. Fitzgerald, 457 U.S. 800, 818 (1982). La doctrina de la inmunidad calificada tiene otros aspectos que no abordamos aquí.

[1073] 476 F. Supp. 3d 386, 411 (S.D. Miss. 2020).

> "[L]a cuestión… es si es algo claramente establecido que un agente que ha hecho cinco solicitudes consecutivas de consentimiento para registrar un automóvil, ha mentido, prometido indulgencia y colocado su brazo dentro del automóvil de una persona durante una parada de tráfico mientras espera los resultados de una verificación de antecedentes ha violado la Cuarta Enmienda. No es así"[1074].

Podemos hacer más claro el razonamiento del tribunal. Al momento de la detención, los precedentes existentes permitían al agente estatal solicitar permiso para registrar el automóvil. Los precedentes existentes prohibían al agente amenazar la vida de Jamison, destruir su automóvil o detenerlo durante 12 horas[1075]. El caso concreto se situaba entre estos extremos. El agente pidió permiso repetidamente y ejerció presión, pero no amenazó la vida de Jamison. El agente dañó el automóvil, pero no lo destruyó. Detuvo a Jamison durante dos horas, no doce. Los precedentes que existían en ese momento no "establecían claramente" que la conducta del agente violara la Constitución, por lo que tenía inmunidad calificada.

¿Por qué existe la inmunidad calificada? La Corte Suprema ofrece diferentes justificaciones. Sin dicha inmunidad, los agentes estatales (incluyendo a aquellos que son inocentes y son demandados injustamente) gastarían dinero y tiempo en litigios, distrayéndolos de combatir el crimen. Sin la inmunidad, las personas podrían negarse a convertirse en agentes. Finalmente, el "miedo a ser demandados" podría "disminuir el ardor" de los agentes "en el cumplimiento inflexible de sus deberes"[1076]. Sin inmunidad calificada, los agentes no cumplirían su labor.

Hemos ofrecido un breve bosquejo de algunas doctrinas de la Cuarta Enmienda. Podríamos llenar muchas páginas (de hecho, libros[1077]) con más detalles. En cambio, llenaremos algunas páginas con análisis económico.

[1074] *Id.* en 416.

[1075] Este es un precedente hipotético inventado con fines ilustrativos. La jurisprudencia real sobre detenciones de vehículos es extensa y compleja.

[1076] Harlow v. Fitzgerald, 457 U.S. 800, 814 (1982) (se omiten las comillas y las citas internas).

[1077] *Véase*, por ejemplo, Rachel Harmon, The Law of the Police (2021).

“Disparar primero y pensar después”

La inmunidad calificada ha generado bastante controversia en los Estados Unidos. Parte de la controversia involucra asuntos jurídicos, habiendo personas (incluido Clarence Thomas, un juez de la Corte Suprema) que cuestionan sus fundamentos legales. Sin embargo, la mayor parte de la controversia involucra cuestiones de *policy*. La doctrina protege a los agentes estatales en muchas situaciones. Por lo tanto, los críticos argumentan que empodera a los agentes para violar numerosos derechos, especialmente los derechos de las minorías raciales. En *Jamison v. McClendon*, por ejemplo, el conductor era negro y el agente estatal era blanco. El juez en ese caso escribió lo siguiente:

> Nuestros tribunales han protegido a un agente de policía que disparó a un niño mientras intentaba disparar al perro de la familia; a los guardias de prisión que obligaron a un prisionero a dormir en celdas “cubiertas de excremento” durante días; a agentes de policía que robaron más de $225,000 en bienes; a un ayudante de sheriff que arrojó al suelo a una mujer después de que simplemente “ignorara [la orden del ayudante] y se alejara”; a un agente que quemó gravemente a una mujer después de detonar un dispositivo de “granada aturdidora” en el dormitorio donde ella dormía; a un agente que soltó un perro contra un sospechoso que “afirmó haber puesto las manos en alto”; y a un agente que disparó ocho veces a una mujer desarmada después de que ella arrojara un cuchillo y un vaso a un perro policiaco que estaba atacando a su hermano.

La jueza Sotomayor resumió el problema: la inmunidad calificada “les dice a los agentes que pueden disparar primero y pensar después”.

Esta forma de ver las cosas tiene otra cara. Los agentes estatales toman muchas decisiones en fracciones de segundo. Cuando un sospechoso blande un arma, solo tienen un instante para responder. No tienen tiempo de determinar si el arma es real o falsa. Cuando los agentes estatales son llamados a hacerse parte de un enfrentamiento, deben intervenir de inmediato. No tienen tiempo de distinguir entre agresores y transeúntes inocentes. Para evitar que se produzcan daños, los agentes actúan rápidamente bajo presión, y de manera inevitable cometen errores. Algunas personas son arrestadas, heridas o incluso asesinadas por error. Responsabilizar a los agentes estatales por cada error parece injusto para muchas personas, especialmente para aquellos agentes que realizan un trabajo difícil. La inmunidad calificada los protege.

En balance, ¿hace más mal que bien la inmunidad calificada? ¿Deberíamos eliminar la doctrina o reformarla? ¿Quién debería reformar la doctrina, los tribunales o el poder legislativo? Pocas preguntas parecen más importantes hoy en día. No podemos responder estas acuciantes preguntas, pero podemos utilizar el análisis económico para iluminar el debate.

1.2. Análisis económico de los registros

El análisis económico puede iluminar y hacer más precisas algunas doctrinas sobre la Cuarta Enmienda, comenzando por su propósito. La doctrina sobre los registros protege la privacidad. Recuerda el lenguaje de la Corte Suprema: la Cuarta Enmienda "busca proteger las esferas privadas de la vida" [1078]. La privacidad tiene un valor intrínseco. Al igual que la libertad, otorga a las personas un espacio de autonomía que pueden disfrutar. La privacidad representa un fin similar a la felicidad o la salud, convirtiéndose en una parte central de la función de utilidad de las personas.

Ofrecemos una visión distinta sobre la privacidad. Supón que la ley *no* la protege. La policía podría registrar una casa, un automóvil, una chaqueta o una computadora portátil a su antojo. Podrían intervenir un teléfono o hackear correos electrónicos. Sin una ley que los protegiera, las personas buscarían por sí mismas protecciones de privacidad. Podrían agregar cerrojos a sus puertas, compartimientos secretos en sus automóviles y bolsillos ocultos en su ropa. Podrían invertir en programas que bloqueen sus dispositivos. En respuesta, el Estado podría comprar programas para descifrar códigos e invertir en tecnología que vea a través de las paredes. Como en una carrera armamentista, cada lado invertiría más en respuesta al otro. Ambos lados consumirían recursos, y la probabilidad de descubrir delitos podría no mejorar. Al proteger la privacidad, la Cuarta Enmienda ralentiza esta carrera armamentista. Los ciudadanos no invierten en protecciones innecesarias y la policía no invierte en técnicas prohibidas.

Considera los registros individuales. La policía cree que Alondra robó una joyería. Para probarlo, necesitan evidencia. ¿Deberían registrar la casa de Alondra? El registro impondría muchos costos. Los agentes gastarían tiempo y recursos conduciendo hasta su casa, revisando cajas y examinando su ropa y muebles. Podrían dañar su propiedad. Alondra y su familia se sentirían expuestos y humillados (ellos pagan un "costo de privacidad"). Sin embargo, registrar el sótano podría entregar pruebas que sirvan para demostrar la ocurrencia de un delito.

[1078] Carpenter v. United States, 138 S. Ct. 2206, 2214 (2018) (se omiten las comillas y la cita interna).

Imagina a una planificadora social benevolente tomando la decisión. Ella solo permitirá el registro si hace más bien que mal para la sociedad. Al tomar esta decisión, podría comparar el costo y beneficio marginal del registro. La policía ya ha incurrido en costos investigando el delito, pero esos costos son irrecuperables, lo que significa que la policía no puede recuperarlos. El costo marginal del registro captura solo aquellos costos asociados con el propio registro. Resumimos esos costos anteriormente y ahora los representamos con la variable c. El beneficio marginal captura el beneficio del registro. Depende de la probabilidad p de que el registro descubra algo y del valor v de lo que se descubra. La planificadora permitirá que la policía lleve a cabo el registro solo si $c < p * v$. Hemos visto esta fórmula en otros capítulos[1079].

Esta fórmula es simple e iluminadora. Aumentar el costo marginal del registro hace que la planificadora sea menos propensa a aprobarlo. Aumentar la probabilidad de descubrir evidencia hace que sea más propensa a aprobarlo. Si la evidencia tiene poco valor—"esto no resuelve el crimen"—la planificadora probablemente no lo aprobará.

Si la policía razonara como la planificadora social benevolente, solo realizaría registros socialmente beneficiosos. Pero el mundo no es así. El *enforcement* nos presenta un juego de delegación, con los ciudadanos, alcaldes y legisladores actuando como el principal (es decir, la planificadora social) y los funcionarios estatales a cargo del *enforcement* actuando como sus representantes. Los representantes deberían hacer lo mejor para el principal. En el *enforcement*, hacer lo mejor para el principal significa seguir la ley y tener en cuenta todos los costos y beneficios. En la práctica, los representantes podrían hacer lo mejor para ellos mismos. Podrían violar la ley e ignorar algunos costos y beneficios. En nuestro ejemplo, la policía podría registrar la casa de Alondra incluso si el costo marginal es muy alto. Ellos externalizan el costo de privacidad de ella, por lo que no afecta su toma de decisiones.

Un capítulo anterior introdujo los derechos hobbesianos. Los derechos hobbesianos impiden que el Estado tome acciones que probablemente hagan más mal que bien y que la negociación no puede evitar que ocurran. Los participantes en el *enforcement* —ciudadanos, agentes, sospechosos— no pueden negociar en el momento mismo en que está ocurriendo el *enforcement* (por ejemplo, durante una detención). Los policías y los sospechosos tienen dificultades para negociar, especialmente durante robos y tiroteos. Incluso cuando pueden negociar, el principal (ciudadanos, alcaldes, legisladores)

[1079] Por ejemplo, discutimos esta fórmula en relación con la decisión del juez Hand en *Dennis v. United States*, 183 F.2d 201 (2d Cir. 1950). Para una aplicación de la fórmula de Hand a la Cuarta Enmienda, véase Craig S. Lerner, *The Reasonableness of Probable Cause, 81 Tex.* L. Rev. 951, 1019–22 (2003).

generalmente está ausente, lo que hace que el acuerdo óptimo sea esquivo[1080]. Por lo tanto, la negociación a menudo no puede prevenir la existencia de un *enforcement* que ante todo sea perjudicial. Idealmente, la Cuarta Enmienda actúa como un derecho hobbesiano para prevenir la existencia de dicho *enforcement* perjudicial.

Apliquemos estas ideas a algunas doctrinas que se han desarrollado[1081]. La policía podría tomar una variedad de acciones para obtener pruebas. Podrían irrumpir en la casa de Alondra, leer su correspondencia, seguir su automóvil o fotografiar sus huellas en una acera pública. Algunas de estas acciones, como irrumpir en su casa o leer su correspondencia, parecen especialmente intrusivas. Estas acciones generan costos de privacidad sustanciales. Si se los deja actuar sin restricciones, los policías podrían realizar estas acciones aun cuando existan dichos costos de privacidad, porque externalizan los costos. La Cuarta Enmienda ofrece una especie de remedio contra esto al proteger contra "registros" irrazonables. Ocurre un "registro" cuando los agentes hacen algo especialmente intrusivo, como entrar en la casa de una persona, leer su correspondencia o rastrear sus movimientos mediante datos de su teléfono celular. La enmienda ofrece protección contra acciones con costos de privacidad sustanciales que los agentes externalizan. Nuestra fórmula capta esta idea. A medida que aumenta el costo marginal c de una acción, es más probable que la acción se convierta en un "registro", lo que significa que aplica la Cuarta Enmienda.

La Cuarta Enmienda no prohíbe a los agentes estatales realizar registros. Más bien, les exige obtener una orden judicial[1082]. Para conseguir una orden de registro, la policía debe demostrar causa probable, lo que significa "una probabilidad razonable de que se encuentre contrabando o evidencia de un delito en un lugar determinado"[1083]. La frase "probabilidad razonable" corresponde a p en nuestra fórmula, y la frase "contrabando o evidencia de un delito" corresponde a *v*. Para obtener la orden, la policía debe convencer a un juez de que la probabilidad de encontrar algo es alta y de que su valor es significativo. Si $p * v$ parece suficientemente grande, el juez emitirá la orden. Aunque sea una medida intrusiva, el beneficio esperado de la medida supera su costo.

[1080] Recuerda esta afirmación del Teorema de Cooase en su vertiente de derecho público: "A medida que los costos de transacción de la negociación política entre legisladores representativos se acerquen a cero, las leyes se volverán socialmente eficientes". Incluso si el costo de la negociación entre la policía y los sospechosos fuera igual a cero, esos actores no representarían a los ciudadanos, alcaldes y legisladores, lo que impediría alcanzar un acuerdo óptimo.

[1081] Esta discusión se basa en Orin S. Kerr, An Economic Understanding of Search and Seizure Law, 164 U. Pa. L. Rev. 591 (2016).

[1082] O que tengan algún otro tipo de autorización, como en la hipótesis de circunstancias urgentes.

[1083] Illinois v. Gates, 462 U.S. 213, 238 (1983)

Recordemos el requisito de especificidad. Para obtener una orden, los agentes deben limitar su registro a un lugar y cosas específicos. Según la Corte Suprema, esto evita que ocurran "las búsquedas exploratorias de gran alcance que los redactores [de la Constitución] pretendían prohibir" [1084]. Al obligar a la policía a delimitar su registro, la enmienda los obliga a reducir los costos. En nuestra fórmula, la especificidad disminuye *c*.

Que se requiera una orden judicial hace más que desalentar los registros perjudiciales. También fomenta la recolección de pruebas de bajo costo. Para ilustrarlo, supón que la policía tiene dos formas de investigar una transacción de drogas: escuchar una conversación en público o intervenir un teléfono celular. Cualquiera de los dos métodos proporcionaría pruebas igualmente sólidas. Sin embargo, intervenir el teléfono celular impondría un costo de privacidad especialmente alto. Según la doctrina de la Cuarta Enmienda, intervenir el teléfono constituye un registro que requiere una orden judicial, la cual puede ser difícil de obtener. El requisito de la orden judicial alienta a la policía a escuchar en el parque, la alternativa de menor costo.

No todo registro requiere una orden judicial. Supón que Alondra roba una joyería con un arma y se esconde en su casa. La policía, persiguiéndola en estado de flagrancia, puede entrar sin tener una orden judicial. Podemos entender esto con nuestra fórmula. Registrar una casa impone un alto costo de privacidad *c*. Sin embargo, el registro tiene un gran beneficio esperado. Lo que está dentro de la casa (la perpetradora, su arma, las joyas robadas) tiene un valor sustancial, y capturar a Alondra podría prevenir otros actos de violencia. La variable *v* es grande. Dado que la policía siguió a Alondra hasta su casa, conocen su ubicación con certeza. Por lo tanto, la probabilidad *p* de obtener beneficios mediante el registro es alta. El registro claramente parece generar más beneficios que costos, por lo que la Cuarta Enmienda no exige una orden judicial.

Contrastemos esto con otro ejemplo[1085]. Edward Welsh conducía su automóvil en estado de ebriedad. Condujo de manera errática, estacionó en un campo y regresó caminando a su casa. Minutos después, la policía llegó, ingresó a la casa sin una orden judicial y lo arrestó. En *Welsh v. Wisconsin*, la Corte Suprema sostuvo que la excepción de persecución en flagrancia no aplicaba, haciendo que el registro en la casa de Welsh fuera inconstitucional[1086]. Sí, la probabilidad p de detener a Welsh era alta. Sin embargo, Welsh "ya había llegado a su casa" y "había abandonado su automóvil", por lo que existía

[1084] Maryland v. Garrison, 480 U.S. 79, 84 (1987).

[1085] Este ejemplo se analiza en Orin S. Kerr, *An Economic Understanding of Search and Seizure Law*, 164 U. Pa. L. Rev. 591, 621–22 (2016).

[1086] 466 U.S. 740 (1984).

"poca amenaza restante para la seguridad pública"[1087]. Además, la ley estatal clasificaba conducir en estado de ebriedad como un delito menor. Encontrar evidencia de un delito menor (en este caso, el nivel de alcohol en sangre de Welsh) no es especialmente valioso. En nuestra fórmula, el valor v del registro parecía pequeño, por lo que $p * v$ no superaba el costo de privacidad de registrar la casa. El registro violó la Cuarta Enmienda[1088].

Para resumir, podemos entender la Cuarta Enmienda como una respuesta a los problemas de agencia en el *enforcement* de la ley. Los tribunales regulan las prácticas de investigación de maneras que siguen, aunque de manera imprecisa, el análisis costo-beneficio utilizado en economía. Para los abogados familiarizados con la doctrina de la Cuarta Enmienda —que a menudo requiere "razonabilidad" y "ponderación"— la conexión puede parecer evidente.

Hemos utilizado el análisis económico para replantear algunas doctrinas de la Cuarta Enmienda. Ahora, lo utilizaremos para precisar ciertas doctrinas. A veces, las personas confunden los costos y beneficios marginales con los costos y beneficios totales. Proporcionamos un ejemplo al inicio del libro. Al estudiar durante 20 horas con un costo de 20 unidades de utilidad, un estudiante obtendrá una A en el examen, lo que equivale a 50 unidades de utilidad. Previendo una ganancia neta de 30, el estudiante estudia durante 20 horas. Sin embargo, podría haber obtenido una A estudiando solo 10 horas. Después de 10 horas, el beneficio marginal de estudiar más era cero, pero el costo marginal seguía siendo mayor que cero. El estudiante razonó en términos totales en lugar de términos marginales, lo que lo llevó a estudiar en exceso.

A veces, los jueces cometen el mismo error[1089]. El gobierno de los Estados Unidos intervino el teléfono de Wadih El-Hage, un ciudadano estadounidense sospechoso de terrorismo. El gobierno monitoreó y grabó muchas de sus conversaciones, incluidas conversaciones sobre negocios y asuntos familiares que no tenían ninguna relación con actividades delictivas. El-Hage alegó que se trataba de un registro irrazonable en violación de la Cuarta Enmienda. El tribunal coincidió en que él había sufrido "una invasión significativa de su privacidad como resultado de la vigilancia de sus comunicaciones telefónicas durante un año por parte del estado" [1090]. El tribunal sopesó ese costo frente a "la necesidad

[1087] *Id.* en 753.

[1088] Para un caso relacionado, *véase* Lange v. California, 141 S. Ct. 2011 (2021).

[1089] Este ejemplo se analiza en Orin S. Kerr, An Economic Understanding of Search and Seizure Law, 164 U. Pa. L. Rev. 591, 639–40 (2016).

[1090] En re Terrorist Bombings of U.S. Embassies in E. Afr., 552 F.3d 157, 175 (2d Cir. 2008).

evidente de investigar amenazas a la seguridad nacional presentadas por organizaciones terroristas extranjeras"[1091]. El tribunal permitió el registro.

Quizás el tribunal llegó a la conclusión correcta. Sin embargo, se equivocó en su razonamiento. El tribunal sopesó el costo *marginal* para El-Hage frente al beneficio total de investigar el terrorismo. Los beneficios *totales* superan a los beneficios marginales, por lo que el tribunal inclinó erróneamente el equilibrio a favor del gobierno. En cambio, el tribunal debería haberse centrado en el margen: ¿Qué beneficio era probable que produjera la vigilancia telefónica? Si la respuesta era información valiosa que el estado no podría obtener por otros medios, entonces el beneficio marginal era grande. Si la respuesta era información sin valor o información que el estado podría obtener de una manera menos intrusiva, entonces el beneficio marginal era pequeño. El gobierno registró la propiedad de El-Hage y confiscó pruebas físicas. Si esas pruebas aseguraban el caso en su contra, entonces la vigilancia en cuestión tenía poco valor. Tal vez el beneficio marginal de la vigilancia telefónica se volvió trivial después del registro físico.

Los abogados y jueces no pueden determinar con precisión los costos y beneficios marginales. El análisis económico no puede aportar respuestas en todos los casos relacionados con la Cuarta Enmienda. Pero proporciona un marco útil para analizar muchas preguntas.

Preguntas

1.2.1. La ley prohíbe a la policía usar "fuerza excesiva". Para determinar si la fuerza es excesiva, los tribunales intentan ponderar "la intrusión en los intereses del individuo que son protegidos por la Cuarta Enmienda frente a los intereses estatales en juego"[1092]. Los tribunales deben prestar "atención cuidadosa a los hechos y circunstancias de cada caso en particular, incluyendo la gravedad del delito en cuestión, si el sospechoso representa una amenaza inmediata para la seguridad de los agentes estatales o de otros, y si está resistiéndose activamente al arresto o intentando evadir el arresto mediante su huida" [1093]. ¿Instruye este test doctrinal a los tribunales a equilibrar los costos y beneficios marginales? Si no es así, ¿qué instruye?

[1091] *Id.* en 175.

[1092] Graham v. Connor, 490 U.S. 386, 396 (1989) (se omiten las comillas y las citas internas).

[1093] *Id.* (se omiten las comillas y las citas internas).

1.2.2. La Cuarta Enmienda hace que la vigilancia policial en espacios privados (hogares, garajes, teléfonos móviles, computadoras portátiles) sea relativamente difícil de realizar. Los agentes podrían concentrarse en patrullar los espacios públicos como calles y parques en su lugar. ¿Quién pasa más tiempo en espacios públicos, las personas ricas o las personas pobres? ¿Quién tiene mayor acceso a espacios privados? ¿A quién protege la Cuarta Enmienda?[1094]

1.3. Revisando la regla de exclusión y la inmunidad calificada

Nuestra introducción a la Cuarta Enmienda discutió dos remedios para las violaciones: la regla de exclusión y las demandas bajo la Sección 1983. Ahora revisamos brevemente ambos remedios. En general, la regla de exclusión prohíbe al estado utilizar pruebas obtenidas de manera inconstitucional. El "propósito principal" de la regla, escribió la Corte Suprema, "es disuadir la conducta ilegal futura de la policía"[1095]. Si los agentes estatales no pueden usar las pruebas, es menos probable que lleven a cabo un registro ilegal.

¿Disuade la regla tal como imagina la Corte? Muchos críticos dicen que no. El análisis económico aclara algunos de sus argumentos. Cuando los tribunales excluyen pruebas, la ley puede quedarse sin *enforcement* efectivo y los criminales pueden quedar en libertad, lo que debilita la disuasión[1096]. Así, excluir pruebas genera costos. Los agentes no asumen todos esos costos. Externalizan algunos de ellos. Cuando las personas externalizan los costos de una actividad, suelen hacer demasiado de aquella. Por lo tanto, los agentes llevan a cabo demasiados registros inconstitucionales, incluso cuando existe la regla de exclusión.

La regla de exclusión no puede disuadir la ocurrencia de todos los registros ilegales, pero puede disuadir algunos. Probablemente la regla tenga *algún* efecto disuasorio. Sin embargo, ese beneficio tiene un costo. La regla de exclusión a menudo exige que los tribunales "ignoren pruebas fiables y dignas de confianza"[1097]. La exclusión puede "dejar al criminal en libertad" [1098]. Estas preocupaciones deben ser

[1094] *Véase* William J. Stuntz, *Distribution of Fourth Amendment Privacy*, 67 Geo. Wash. L. Rev. 1265 (1999).

[1095] United States v. Calandra, 414 U.S. 338, 347 (1974).

[1096] *Véase* Hugo M. Mialon y Sue H. Mialon, *The Effects of the Fourth Amendment: An Economic Analysis,* 24 J.L. Econ. & Org. 22 (2008) (demostrando cómo la norma incrementa el crimen).

[1097] Davis v. United States, 564 U.S. 229, 237 (2011).

[1098] *Id.*

ponderadas o equilibradas. Según la Corte Suprema, la regla de exclusión solo se debe aplicar si "los beneficios de disuasión... superan sus altos costos" [1099].

Como muestra este fraseo, la doctrina que se refiere a la regla de exclusión se asemeja al análisis costo-beneficio[1100]. En nuestra fórmula, excluir pruebas oscurece la verdad y deja en libertad a los criminales, creando un costo *c*. Sin embargo, excluir pruebas tiene una probabilidad p de mejorar la conducta policial, lo que tiene un valor *v*. Los tribunales deberían excluir pruebas si $c < p * v$; de lo contrario, deberían permitirlas.

Este razonamiento parece ser consistente con cómo se han resuelto varios casos, incluso si los tribunales no usan la fórmula. Considera *United States v. Leon*[1101]. Los agentes realizaron un registro en virtud de una orden judicial y descubrieron drogas ilegales. Posteriormente, un tribunal concluyó que la orden era inválida, lo que hacía que el registro fuera ilegal. La orden era inválida porque el juez que la emitió cometió un error. La Corte Suprema no aplicó la regla de exclusión, lo que significaba que los agentes policiales podían utilizar las drogas como prueba. La Corte razonó que excluir las drogas no mejoraría los incentivos de los agentes. El riesgo de que una orden fuera declarada inválida *ex* post debido a un error judicial no cambiaría la conducta de los agentes *ex ante*[1102]. En nuestra fórmula, $p * v$ equivalía a cero.

Los tribunales han aplicado este tipo de razonamiento en muchos otros casos relacionados con la Cuarta Enmienda[1103]. Algunos casos han generado controversia[1104]. Nuestra fórmula capta las raíces de esas controversias: las personas discrepan sobre los valores de *c*, *p* y *v*.

[1099] *Id.*

[1100] Orin S. Kerr, *An Economic Understanding of Search and Seizure Law,* 164 U. Pa. L. Rev. 591, 629 (2016) ("La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la regla de exclusión probatoria está orientada en términos económicos de manera explícita").

[1101] 468 U.S. 897 (1984).

[1102] *Id.* en 918, 921 ("Para que la exclusión de pruebas obtenidas en virtud de una orden judicial posteriormente invalidada tenga algún efecto disuasorio, debe modificar la conducta de los agentes estatales. Sancionar al agente por el error del magistrado [al emitir la orden judicial] no puede lógicamente contribuir a la disuasión de las violaciones de la Cuarta Enmienda").

[1103] En un caso, los agentes realizaron un registro que era legal conforme a precedentes vinculantes. Posteriormente, la Corte Suprema revocó dichos precedentes, haciendo que el registro fuera considerado ilícito. La Corte no excluyó la evidencia, en parte por razones similares a las señaladas en Leon. El riesgo de que un precedente judicial cambie ex post no alteraría el comportamiento de los agentes ex ante. Véase Davis v. United States, 564 U.S. 229 (2011).

[1104] En un caso, los agentes contaban con una orden para registrar una vivienda. Al llegar, ingresaron casi de inmediato. Usualmente, los agentes deben golpear, anunciar su presencia y esperar, al menos brevemente. Una Corte dividida sostuvo que el incumplimiento de la regla de golpear y anunciar no activa la aplicación de la regla de exclusión. Véase Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586 (2006).

Figura 62. Precauciones en un mundo perfecto

Ahora volvamos a la inmunidad calificada. Recuerda cual es la regla aplicable: cuando alguien demanda a un agente policial por daños, debe demostrar, entre otras cosas, que el agente violó un derecho "claramente establecido" del que "una persona razonable habría tenido conocimiento"[1105]. La inmunidad calificada hace que sea difícil demandar con éxito a los agentes policiales. Al saber que tienen inmunidad, los agentes a veces pueden violar la ley (o al menos jugar con sus límites) con impunidad. Recuerda a Clarence Jamison. Un agente lo presionó, registró su automóvil durante dos horas y dañó sus asientos en violación de la Cuarta Enmienda, pero el agente tenía inmunidad frente a la demanda. Esto hace que la inmunidad calificada suene mal. Por otro lado, la inmunidad calificada facilita que los agentes policiales hagan su trabajo. No necesitan preocuparse de que cada registro o arresto pueda dar lugar a una costosa demanda. Esto hace que la inmunidad calificada suene bien.

Podemos iluminar la inmunidad calificada con algunos gráficos. La línea en la Figura 13.1 representa las precauciones que toman los agentes policiales para evitar violar derechos. A medida que avanzamos hacia la derecha, los agentes toman más precauciones. Por ejemplo, a medida que los agentes aprenden más sobre la ley—"¿Qué acciones violan derechos?"—se mueven hacia la derecha en el gráfico. A medida que los agentes actúan con mayor moderación—"No voy a lesionar al sospechoso, irrumpir en la casa de Alondra o dañar el automóvil del Sr. Jamison"—se mueven hacia la derecha en el gráfico. Por el contrario, a medida que los agentes toman menos precauciones, se mueven hacia la izquierda en el gráfico. Si un departamento de policía tolera la violencia, maltrata a los detenidos e ignora los tribunales, se ubica en el extremo izquierdo del espectro.

Las precauciones disminuyen las violaciones de la Cuarta Enmienda. Cuando los agentes policiales aprenden la ley y se abstienen de actuar violentamente, se transgreden menos derechos y se producen menos daños. Por lo tanto, las precauciones disminuyen los "costos sociales" de las violaciones de derechos. Sin embargo, las precauciones aumentan los costos sociales de otras dos maneras. Primero, las

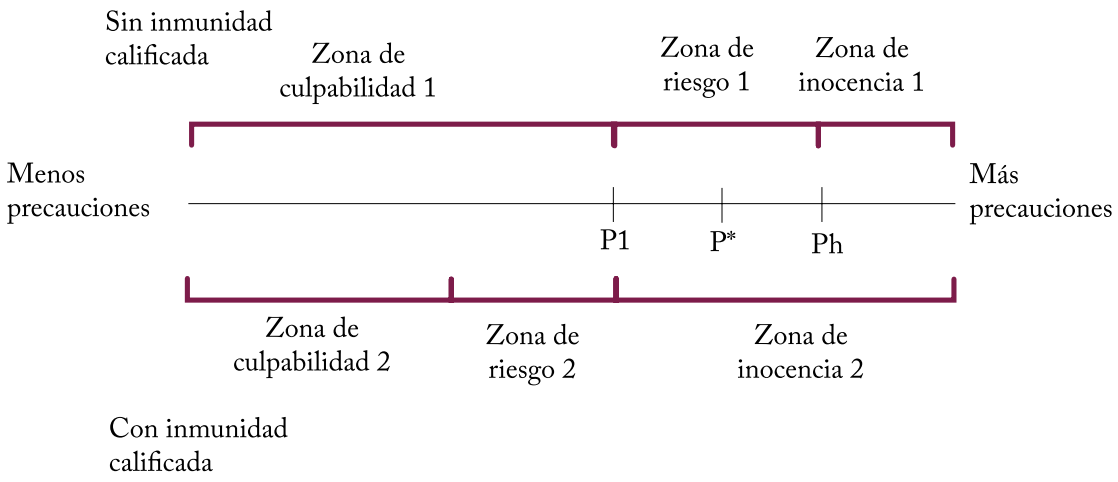
[1105] Harlow v. Fitzgerald, 457 U.S. 800, 818 (1982).

precauciones elevan los costos de la capacitación y de la actuación policial. Los funcionarios policiales deben aprender la ley y recordar obedecerla. Deben encontrar formas creativas y potencialmente costosas de hacer su trabajo. En lugar de derribar a un sospechoso, deben encontrar una manera no violenta de inmovilizarlo. En lugar de irrumpir inmediatamente en la casa de Alondra, deben vigilar la vivienda, hablar con informantes y solicitar una orden judicial. Segundo, tomar más precauciones aumenta la criminalidad. Para entender por qué, considera un caso extremo. Para garantizar que no se dañe a nadie, la policía podría dejar de hacer *enforcement*. Si nunca registran a las personas, nunca recogen pruebas ni hacen arrestos—si simplemente juegan a las cartas en la estación—no podrán violar los derechos de nadie según la Cuarta Enmienda. Por supuesto, si la policía no hace *enforcement*, más personas cometerán delitos.

En resumen, tomar más precauciones disminuye los costos asociados a las transgresiones de derechos de las personas, pero aumenta los costos asociados a la capacitación del personal y los costos asociados al crimen. La sociedad debe equilibrar estos costos en competencia.

A modo de ejemplo, supón que p^* en la Figura 62 representa el nivel óptimo de precauciones. Tomar menos precauciones que p^* aumentaría los costos de las violaciones de derechos en mayor medida de lo que disminuiría los costos de la capacitación y del crimen. Del mismo modo, tomar más precauciones que p^* incrementaría los costos de la capacitación y del crimen en mayor medida de lo que reduciría los costos de las violaciones de derechos. El punto p^* podría corresponder a lo siguiente: los agentes realizan esfuerzos serios por aprender la ley y no utilizan la fuerza, ni realizan arrestos, ni dañan propiedad ajena sin una muy buena razón.

Figura 63. Precauciones en el mundo real



Imagina un mundo con un sistema legal perfecto, el cual no tiene costos y es preciso. Defenderse de una demanda frívola no cuesta nada, y solo los acusados culpables son condenados (y son condenados cada vez que corresponde). Supón que la ley en este mundo exige a los agentes policiales tomar las precauciones óptimas, tal como están en p^*. Si los agentes tomaran menos precauciones —en la Figura 62, cualquier punto a la izquierda de p^* que esté en la "zona de culpabilidad"— los demandantes presentarían demandas y ganarían. Ante la amenaza de una demanda, los agentes no tomarían precauciones a la izquierda de p^*. Asimismo, los agentes no tomarían precauciones a la derecha de p^*. Tomar mayores precauciones les impondría costos (más capacitación, y mayor auto restricción) que la ley no exige y que ellos no elegirían asumir. Por tanto, los agentes policiales elegirían p^*, el extremo izquierdo de la "zona de inocencia". Esto representa el menor número de precauciones necesarias para evitar que se los responsabilice por un ilícito. En un mundo perfecto, los agentes tomarían precauciones óptimas en p^* sin necesidad de una regla de inmunidad calificada.

Ahora imagina el mundo real. Defenderse de demandas frívolas requiere tiempo y dinero. A veces los tribunales cometen errores, declarando culpables a personas inocentes o declarando inocentes a personas culpables. En este mundo, la ley podría exigir a los agentes policiales tomar precauciones óptimas en p^*, pero ellos no cumplirían. La Figura 63 muestra el problema. Si los agentes toman precauciones de ph o más a la derecha ("zona de inocencia 1"), no violan ningún derecho. Ningún tribunal encontraría culpable a un agente que tome tantas precauciones, por lo que ningún demandante presentaría una demanda. Si los agentes toman precauciones de pl o más a la izquierda ("zona de culpabilidad 1"), violan algunos derechos. Alguien los demandará y ganará. Si los agentes toman precauciones entre pl y ph ("zona de riesgo 1"), podrían violar derechos y podrían ser demandados y perder. Depende de los hechos del caso, las creencias del juez, la persuasión del demandante, y otros factores.

Para evitar dicho riesgo, los agentes tomarán precauciones en ph. Esta elección es racional desde el punto de vista individual, pero subóptima. El punto ph se encuentra a la derecha de p^*, lo que significa que los agentes toman demasiadas precauciones. El "miedo a ser demandados... disminuye el ardor" de los agentes "en el cumplimiento inflexible de sus deberes"[1106].

Para corregir el problema, los jueces crean la doctrina de la inmunidad calificada. Ahora los agentes policiales ganarán ante los tribunales a menos que violen un derecho "claramente establecido". Algunos niveles de precaución que antes eran peligrosos para los agentes se vuelven seguros. En la Figura 63, las zonas de culpabilidad, riesgo e inocencia se desplazan hacia la izquierda, como se ilustra en las zonas

[1106] *Id.* en 814 (se omiten las comillas y las citas internas).

inferiores con el número "2". Con la inmunidad calificada, los agentes pueden tomar precauciones en p^* sin riesgo de ser demandados. Eso es bueno. Sin embargo, también pueden hacer menos. Pueden tomar precauciones tan bajas como pl sin riesgo de ser demandados. Eso es malo.

Quienes critican la regla de inmunidad calificada imaginan algo similar a la "zona de inocencia 2". Con la inmunidad calificada, los agentes toman precauciones subóptimas en pl. Actúan de manera imprudente y dañan a las personas. Los defensores de la inmunidad calificada imaginan otra cosa. Imaginan que la regla deinmunidad calificada extiende la "zona de inocencia 1" hacia la izquierda, pero no tanto. El extremo izquierdo de la zona de inocencia que ellos imaginan termina en p^*, lo que significa que la inmunidad calificada incentiva que se tomen precauciones óptimas.

Supón que los críticos tienen razón. La inmunidad calificada crea algo como la "zona de inocencia 2," con agentes que toman demasiadas pocas precauciones. La Figura 63 revela algunas soluciones al problema. Primero, los tribunales podrían modificar la inmunidad calificada. En lugar de proteger a los agentes a menos que violen un derecho "claramente establecido," la inmunidad calificada podría protegerlos a menos que violen un derecho "establecido". Al eliminar "claramente" del estándar legal, la doctrina protegería menos a los agentes policiales. En la Figura 63, la nueva doctrina crearía una nueva zona de inocencia cuyo extremo izquierdo se ubicaría entre pl y ph. El extremo izquierdo podría coincidir con p^*, incentivando precauciones óptimas.

La Figura 63 sugiere otra solución: aumentar las precauciones requeridas. Hemos asumido que el derecho constitucional exige que los agentes tomen precauciones óptimas en p^*. El desafío radica en que se cumplan las reglas que obligan a tomar dichas precauciones. Sin inmunidad calificada, los agentes elegirían ph, y con inmunidad calificada elegirían pl. En lugar de modificar la inmunidad calificada, supón que los tribunales interpretan la Constitución para exigir precauciones en ph. Sin inmunidad calificada, los agentes elegirían precauciones superiores a ph, y con inmunidad calificada elegirían precauciones por debajo de ph—quizás en p^*. ¿Resolvería el problema hacer que la norma constitucional fuera "insinceramente" estricta?[1107] La siguiente sección tiene una respuesta.

[1107] *Véase* Michael D. Gilbert y Sean P. Sullivan, *Insincere Evidence,* 105 Va. L. Rev. 1115 (2019).

Preguntas

1.3.1. El derecho intenta desincentivar la ocurrencia de registros ilegales por la vía de excluir pruebas obtenidas ilícitamente. En vez de esto, el derecho podría permitir que se usaran dichas pruebas, pero permitir que los acusados demanden a los agentes policiales por daños. "Tu registro ilegal me envió a la cárcel, así que me debes dinero". ¿Desalentarían mejor las demandas civiles los registros ilegales que la regla de exclusión? ¿Otorgarían indemnizaciones los jurados a los criminales?[1108]

1.3.2. El tribunal excluye pruebas debido a un registro ilegal. El fiscal podría abandonar el caso o podría proceder con "vacíos" en su caso. Los miembros del jurado harán suposiciones sobre esos vacíos. Supón que asumen que los vacíos en el caso del fiscal se deben a la exclusión de pruebas. ¿Sigue protegiendo la regla de exclusión a los acusados penales?[1109]

1.3.3. En *Kisela v. Hughes*, la Corte Suprema amplió el rango de aplicación de la regla de inmunidad calificada[1110]. Ahora la doctrina protege a los agentes a menos que la violación de un derecho claramente establecido sea "indiscutible"[1111]. En la Figura 63 esboza el efecto de Kisela en las zonas de culpabilidad, riesgo e inocencia.

1.3.4. En lugar de proteger a los agentes a menos que violen un derecho "claramente establecido," la inmunidad calificada podría protegerlos a menos que violen un derecho "establecido". ¿Ampliaría este cambio la zona de riesgo en la Figura 63?

2. *Enforcement* y Diseño Legal

El capítulo anterior explicó que los costos de hacer cumplir la ley, los costos del *enforcement*, a veces superan los beneficios. En esta circunstancia, un estado racional se abstiene de hacer cumplir la ley. Como resultado, se abre una brecha entre la ley en los libros y la ley en la práctica. La ley ordena que se haga algo, pero las partes reguladas hacen otra cosa, como cuando los agentes de policía hacen más controles de identidad que aquellos que la ley permite, o los vendedores ambulantes usan una mesa que es una 3 centímetros más alta de lo permitido.

[1108] *Véase* Richard A. Posner, Rethinking the Fourth Amendment, 1981 Sup. Ct. Rev. 49 (1981).

[1109] *Véase* Tonja Jacobi, *The Law and Economics of the Exclusionary Rule*, 87 Notre Dame L. Rev. 585 (2013).

[1110] 138 S. Ct. 1148 (2018).

[1111] *Id.* en 1152 (se omiten las comillas y la cita interna).

Para reducir la brecha y mejorar el *enforcement*, hay que disminuir sus costos. La tecnología ofrece una manera de reducir los costos de hacer *enforcement*. Poner cámaras en los semáforos cuesta menos que enviar un funcionario policial a una intersección. Los brazaletes de GPS monitorean a los criminales por un menor costo que aquel del encarcelamiento. Las "cámaras corporales" facilitan el monitoreo de la policía. Estos métodos tratan la ley como si fuera *exógena*. La ley es fija, y los funcionarios buscan maneras de bajo costo de hacerla cumplir.

En esta sección, hacemos que la ley sea *endógena*. Imaginamos a los legisladores mirando hacia el futuro antes de adoptar una ley. Al anticipar los altos costos de hacer cumplir la Ley Uno, adoptan la Ley Dos en su lugar. Los desafíos de la ejecución *ex post* influyen en el diseño de la ley *ex ante.*

2.1. Haciendo *enforcement* de Reglas y Estándares

Las reglas proporcionan órdenes precisas, mientras que los estándares ofrecen órdenes imprecisas. Para ilustrarlo, imagina las emisiones de hollín de una fábrica. Una norma que prohíbe las emisiones "por encima de 10 unidades" es una regla, mientras que una norma que prohíbe el "humo de densidad irrazonable" es un estándar[1112].

Hemos comparado reglas y estándares a lo largo del libro. Entre otros aspectos, explicamos que los estándares son más baratos de redactar que las reglas, pero más costosos de aplicar. Tomemos el ejemplo de la fábrica. Los legisladores quieren limpiar el aire sin obligar a todas las fábricas a cerrar. Redactar una buena regla implica dedicar tiempo y esfuerzo. Para lograr el equilibrio adecuado se deben estudiar los costos de la contaminación y los costos de la mitigación necesaria. Redactar un buen estándar es más sencillo. Los legisladores pueden simplemente prohibir el humo de densidad irrazonable. Tener un estándar disminuye el esfuerzo requerido para redactar una norma, pero incrementa el esfuerzo necesario para aplicarla. Cada vez que una fábrica emita humo oscuro, los encargados del *enforcement* deben decidir si la emisión es irrazonable. Estos deben lograr determinar el equilibrio que los legisladores evitaron determinar.

Esto tiene una implicancia importante: las reglas son más baratas de hacer cumplir que los estándares[1113]. Si la ley prohíbe el humo de densidad irrazonable, los encargados del *enforcement* deben

[1112] *Id.* en 1152 (se omiten las comillas y la cita interna).

[1113] *Id.* en 1152 (se omiten las comillas y la cita interna).

determinar los costos y beneficios de cada emisión en cada caso. Esto podría llevar a estudiar los riesgos de dicha contaminación en particular ("¿Vive alguien cerca?"). Podría llevar a estudiar cómo está construida la fábrica ("¿Se podrían instalar filtros en las chimeneas?"). Podría incluir un estudio acerca del producto de la fábrica ("¿Produce medicamentos o juguetes?"). Multar a la fábrica podría derivar en un litigio. En tal caso, los encargados de hacer cumplir la ley deben probar su caso. Deben convencer a un juez de que la contaminación causó daño, que la fábrica podría haber instalado filtros, y así sucesivamente. Cada paso requiere tiempo y esfuerzo. Hacer *enforcement* de estándares es costoso.

En contraste, hacer *enforcement* de reglas es barato. Si la ley prohíbe las emisiones de hollín superiores a 10 unidades, los encargados del *enforcement* pueden simplemente medir las emisiones de hollín. Si sus pruebas revelan que hay emisiones superiores a 10, la fábrica ha violado la ley. Los encargados del *enforcement* no necesitan estudiar el riesgo, inspeccionar la fábrica ni contemplar el valor social de su producto. Si la fábrica presenta una demanda, los encargados del *enforcement* pueden defender su caso simplemente presentando los resultados de las pruebas.

En resumen, hacer *enforcement* de reglas cuesta menos que hacer *enforcement* de estándares. En consecuencia, la brecha entre la ley en los libros y la ley en la práctica tiende a reducirse con las reglas y a ampliarse con los estándares.

¿Proporciona esto un argumento decisivo a favor de las reglas? No. Como hemos mostrado a lo largo del libro, la elección entre reglas y estándares depende de algo más que el *enforcement*. Además, incluso en lo que concierne al *enforcement*, las reglas tienen una desventaja[1114].

Supón que los legisladores promulgan una regla: no se permiten emisiones de hollín superiores a 10 unidades. Supón que la fábrica de Carlos emite humo oscuro impunemente. Darcy es dueña de la fábrica al otro lado del río. Ella puede decir, solo con mirar el humo, que Carlos ha violado la ley. Sabe que los encargados del *enforcement* también ven el humo, y sabe que no han hecho nada al respecto. ¿Qué infiere? Que el Estado tiene altos costos de *enforcement*. Hacer cumplir la ley le costaría al Estado más que lo que obtendría como beneficio. Por lo tanto, Darcy sabe que ella también puede violar la ley.

En lugar de una regla, supongamos que los legisladores promulgan un estándar: no se permite humo de densidad irrazonable. Volvamos a considerar el escenario. La fábrica de Carlos emite humo oscuro impunemente. Darcy observa el humo desde su fábrica al otro lado del río; sabe que los encargados de hacer cumplir la ley también lo ven, y sabe que no han intervenido. ¿Qué concluye? Podría inferir que

[1114] Esta discusión se basa en Nicholas Almendares, Michael D. Gilbert y Rebecca Kerley, Enforcing Rules Versus Enforcing Standards, Virginia Law and Economics Research Paper No. 2021-07 (2021).

el Estado tiene altos costos de ejecución. O podría inferir que Carlos tiene una circunstancia atenuante. Tal vez el viento del río se lleva su hollín, mientras que el de ella daña a los vecinos. Tal vez él fabrica medicamentos, mientras que ella produce baratijas de plástico. El humo oscuro de Carlos podría ser razonable, mientras que el de ella sería irrazonable. Darcy no viola la ley.

Podemos generalizar a partir de estos ejemplos. No hacer *enforcement* de una regla envía una señal relativamente clara a las partes reguladas. Dado que las reglas son menos contextualmente sensibles, el hecho de que no se haga *enforcement* de ellas probablemente no refleja circunstancias especiales o idiosincráticas. La falta de *enforcement* de una regla probablemente significa que el estado enfrenta altos costos de *enforcement*. En contraste, no hacer *enforcement* de un estándar envía una señal relativamente confusa a las partes reguladas. El *enforcement* óptimo o adecuado de un estándar depende del contexto, como si el viento se lleva el hollín de la fábrica de Carlos. Observadores como Darcy a menudo no conocen el contexto, por lo que aprenden menos. Para los observadores, la falta de *enforcement* de un estándar podría significar que el estado enfrenta altos costos de *enforcement*, o podría significar que otros tienen circunstancias especiales que ellos no tienen.

En resumen, hacer *enforcement* de reglas cuesta menos que hacer *enforcement* de estándares. Sin embargo, no hacer *enforcement* de reglas es más costoso que no hacer *enforcement* de estándares. Esto se debe a que la falta de *enforcement* de una regla revela información sobre los costos de *enforcement* del Estado, lo que provoca que algunos observadores violen la ley. La falta de *enforcement* de un estándar revela menos información sobre los costos de *enforcement*, lo que provoca que algunos observadores cumplan la ley de todas maneras.

Preguntas

2.1.1. En *Brown v. Board of Education*, la Corte Suprema ordenó a los estados poner fin a la segregación racial en las escuelas públicas "con toda la rapidez posible" [1115]. ¿Podría la Corte obligar a las escuelas a cumplir? ¿Debería la Corte haber fijado un plazo, por ejemplo, el 1 de enero de 1957?[1116]

2.1.2. Un encargado del *enforcement* que es "fuerte" quiere que todos sepan que tiene bajos costos y que hará cumplir la ley de manera enérgica. ¿Preferiría reglas o estándares?

[1115] Brown v. Board of Educ. of Topeka, Kan., 349 U.S. 294, 301 (1955).

[1116] *Cf.* Jeffrey K. Staton y Georg Vanberg, *The Value of Vagueness: Delegation, Defiance, and Judicial Opinions*, 52 Am. J. Pol. Sci. 504 (2008).

2.1.3. La falta de *enforcement* envía una señal confusa acerca de la capacidad estatal cuando se cumplen estas condiciones: (1) las partes reguladas pueden observar el *enforcement* o la falta de *enforcement* que realizan los agentes estatales respecto de las otras partes reguladas; (2) circunstancias atenuantes excusan comportamientos que de otro modo serían ilegales; y (3) los observadores saben menos acerca de las circunstancias de otras personas que la persona a cargo del *enforcement* [1117].

(a) La ley establece: "no se permiten emisiones de hollín superiores a 10 unidades a menos que la fábrica tenga un quemador Modelo A". ¿Es esto una regla o un estándar?

(b) Se aplica la ley mencionada en (a). Darcy observa que la fábrica de Carlos emite humo oscuro sin consecuencias. ¿La falta de *enforcement* envía a Darcy una señal clara o confusa sobre la capacidad de *enforcement* del Estado?

(c) ¿Por qué los estándares tienden a cumplir con las tres condiciones anteriores con mayor frecuencia que las reglas?

2.2. Reglas Insinceras

Un legislador en Nueva Jersey estaba preocupado por la seguridad de los peatones y ciclistas. Propuso un proyecto de ley que duplicaría las multas por exceso de velocidad y reduciría los límites de velocidad. El comité rechazó que hubiera multas más altas, pero aprobó que hubiera límites de velocidad más bajos[1118]. ¿Por qué apoyó el comité una disposición, pero no la otra? Exploramos una interesante explicación: las disposiciones eran sustitutas. Las leyes más estrictas pueden sustituir a las sanciones más severas[1119]. Según la teoría de la disuasión, podemos prevenir las violaciones de la ley estableciendo el castigo esperado por encima del beneficio de infringir la ley. El castigo esperado es igual a la probabilidad de *enforcement* multiplicada por el castigo. El castigo a menudo depende de la gravedad de la infracción. Exceder el límite de velocidad en 25 kilómetros por hora generalmente conlleva una mayor multa que exceder el límite en cinco kilómetros por hora. Para simplificar el cálculo, establecemos la multa en un dólar por cada kilómetro por hora que un conductor exceda el límite. Así que, si un conductor recibe una multa por conducir a 70 kilómetros por hora en una zona de 55 kilómetros por hora, la multa sería de $15.

[1117] *Véase* Nicholas Almendares, Michael D. Gilbert y Rebecca Kerley, Enforcing Rules Versus Enforcing Standards, Virginia Law and Economics Research Paper No. 2021-07 (2021).

[1118] David Levinsky, *Asking Motorists to Slow It Down,* Burlington County Times, 16 de mayo de 2013.

[1119] Esta discusión se basa en Michael D. Gilbert, *Insincere Rules*, 101 Va. L. Rev. 2185 (2015).

Supón que el límite de velocidad en una zona residencial es de 35 kilómetros por hora. Muchos conductores violan la ley conduciendo a 45 kilómetros por hora. Aparentemente, la multa de $10 por esta infracción es demasiado baja. Para disuadir el exceso de velocidad, los legisladores deben aumentar el castigo. Supón que aumentar el castigo a $20 lograría el objetivo de los legisladores. Para fijar el castigo en $20, podrían duplicar la multa. Si la multa fuera de dos dólares por cada kilómetro por hora por encima del límite, el castigo por conducir a 45 en una zona de 35 kilómetros por hora sería de $20.

Duplicar la multa parece una solución natural. Sin embargo, no es la única solución. En lugar de aumentar la multa, los legisladores podrían reducir el límite de velocidad de 35 a 25 kilómetros por hora. Bajo el nuevo límite de velocidad, conducir a 45 excedería el límite en 20 kilómetros por hora en lugar de 10. Así, la multa por conducir a 45 aumentaría de $10 a $20, exactamente el castigo que buscaban los legisladores. El límite de velocidad más estricto sustituye a una multa más alta.

Podemos generalizar a partir de este ejemplo. Las reglas *sinceras* vuelven obligatorio el comportamiento que los legisladores prefieren, mientras que las *reglas insinceras* vuelven obligatorio otro comportamiento. Si los legisladores prefieren que los conductores vayan a 35 kilómetros por hora, entonces un límite de velocidad de 35 consiste en una regla sincera, y un límite de 25 consiste en una regla insincera. Las reglas insinceras pueden mejorar el cumplimiento al magnificar la gravedad de las infracciones. Las reglas insinceras convierten lo que sería una infracción menor (en nuestro ejemplo, conducir a 45 en una zona de 35 kilómetros por hora) en una infracción grave (conducir a 45 en una zona de 25 kilómetros por hora). Si las infracciones graves conllevan multas más graves, entonces las reglas insinceras aumentan la magnitud de los castigos impuestos.

Hemos mostrado que el Estado puede lograr el mismo efecto disuasorio aumentando la multa (fijándola en $2 por cada kilómetro por hora por encima del límite) o adoptando una regla insincera. ¿Cuándo preferirían los legisladores la regla insincera? A veces el castigo debe "ajustarse al delito". El derecho constitucional podría prohibir al Estado imponer grandes multas por infracciones menores. Los votantes podrían castigar a los funcionarios estatales por imponer multas injustas. Un vendedor ambulante en Nueva York recibió una multa de más de $2,000 por usar una mesa que era 2,5 centímetros demasiado alta y que estaba 5 centímetros demasiado cerca de una tienda, lo que provocó que algunos intentaran reformar la norma[1120]. Los problemas de agencia podrían impedir o dificultar el *enforcement* cuando las multas parezcan desproporcionadas en relación con la infracción. Conociendo el monto de la multa, un agente policial podría ignorar la infracción menor del vendedor ambulante.

[1120] Sally Goldenberg, *Street Vendor Selling Cellphone Cases Fined 2G Fine for Inches*, N.Y. Post, 8 de octubre de 2012.

Dadas estas limitaciones, aumentar el monto de las multas podría no funcionar. Los legisladores podrían preferir tener reglas insinceras en su lugar. Las reglas insinceras tienen dos efectos simultáneos: hacen que las infracciones de la ley sean más graves y, por lo tanto, aumentan los castigos. En nuestro ejemplo, el límite de velocidad insincero convierte una infracción de 10 kilómetros por hora en una de 20 kilómetros por hora, lo que aumenta la multa de $10 a $20. Cuando las infracciones se vuelven más graves, los castigos más severos "se ajustan al delito".

Hemos demostrado que las reglas insinceras pueden aumentar el cumplimiento normativo al aumentar las sanciones. Ahora consideramos un segundo efecto: las reglas insinceras facilitan cumplir con las cargas probatorias que se deben superar para demostrar que hubo una infracción[1121]. Hacer *enforcement* requiere muchos pasos. Los encargados del *enforcement* deben (1) observar o reunir pruebas sobre la infracción de la ley, (2) aprehender al infractor, (3) probar la infracción y (4) sancionar al infractor. Otras partes del libro han abordado los factores (1), (2) y (4). Aquí nos enfocamos en el (3).

Probar que hubo una infracción a la ley requiere esfuerzo. Supón que el radar de un agente detecta a Enzo conduciendo a 50 kilómetros por hora en una zona de 45 kilómetros por hora. El agente le impone una multa. Si Enzo paga la multa, la acción de *enforcement* termina. Sin embargo, si Enzo impugna la multa, va a la corte. Ir a la corte requiere jueces, fiscales, secretarios y posiblemente jurados. El agente que puso la multa tendrá que testificar, lo que va de la mano con un costo de oportunidad. Dedicar tiempo al caso de Enzo deja al agente con menos tiempo para otros casos más importantes. Mientras testifica, el agente tendrá que explicar la lectura de su radar. Los radares cometen errores, por lo que el agente tendrá que explicar por qué su lectura fue precisa. Podría tener que testificar sobre el clima, los vehículos intermedios, el ángulo de detección y su propia experiencia. Al final, el tribunal podría fallar a favor de Enzo, desperdiciando gran parte del esfuerzo de *enforcement*. Previendo estas dificultades, el agente podría decidir no multar a Enzo simplemente no multar a Enzo para ahorrarse las molestias.

Podemos relacionar esta discusión con los costos de *enforcement*. A medida que demostrar que hubo una infracción de la ley se vuelve más difícil, los costos de *enforcement* aumentan.

La dificultad asociada con probar una infracción en parte depende de su gravedad. Probar infracciones graves suele ser fácil. Si el agente multa a Enzo por conducir a 75 en una zona de 45 kilómetros por hora, el caso es sencillo. Los radares cometen errores pequeños, no grandes. Enzo perderá en la corte. Previendo esto, no impugnará la multa. Por el contrario, probar infracciones poco graves suele

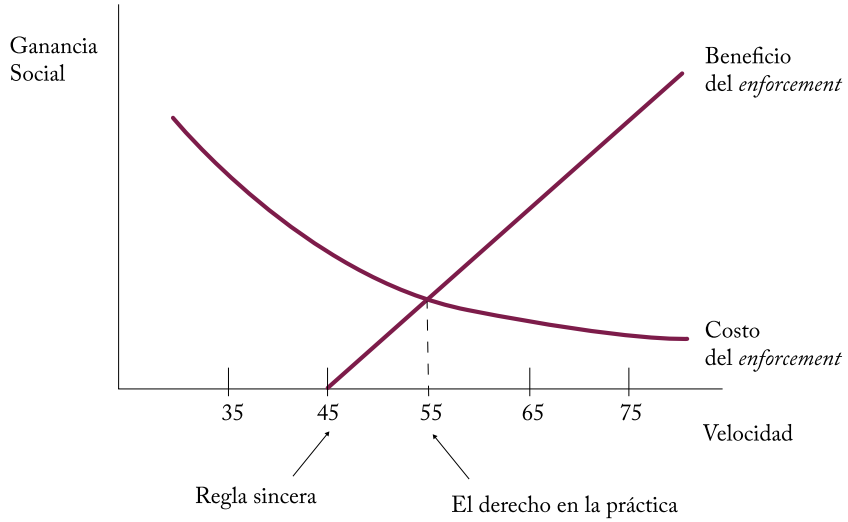
[1121] Esta discusión se basa en Michael D. Gilbert y Sean P. Sullivan, *Insincere Evidence,* 105 Va. L. Rev. 1115 (2019). Las reglas insinceras pueden mejorar el cumplimiento normativo a través de una tercera vía que involucra engañar a las partes reguladas. *Véase* Michael D. Gilbert, *Insincere Rules*, 101 Va. L. Rev. 2185, 2201–06 (2015).

ser difícil. Supón que el agente multa a Enzo por conducir a 46 en una zona de 45 kilómetros por hora. Los radares suelen cometer errores de un kilómetro por hora. El viento, la lluvia, las superficies reflectantes o el pulso inestable del agente podrían explicar la lectura del radar. Enzo tiene una buena probabilidad de ganar en la corte, lo que lo hace más propenso a impugnar la multa.

La Figura 64 ilustra estas ideas[1122]. El eje horizontal representa la velocidad de los conductores, y el eje vertical representa el beneficio social asociado al *enforcement*. El límite de velocidad es 45. La línea ascendente captura el beneficio del *enforcement*. A medida que los conductores van más rápido (55, 65, etc.), el beneficio social que se sigue de hacer valer el límite respecto de ellos es mayor. La curva descendente representa el costo del *enforcement*. Incorpora las dificultades probatorias. Probar una infracción de un kilómetro por hora es más difícil que probar una de 30 kilómetros por hora. Por lo tanto, el costo del *enforcement* en 46 es superior al costo del *enforcement* en 75.

Un estado que actúa racionalmente no hará *enforcement* a menos que el beneficio supere el costo. En la Figura 64, 55 kilómetros por hora representa el punto de equilibrio. Los agentes deberían hacer cumplir el límite de velocidad contra quienes conduzcan a más de 55, y no deberían hacerlo contra quienes conduzcan a 55 o menos[1123]. Si las partes reguladas comprenden los costos y beneficios del Estado, conducirán a 55. Los costos de ejecución abren una brecha entre la ley en los libros (45) y la ley en la práctica (55).

Figura 64. Prueba y *enforcement*



[1122] *Véase* Michael D. Gilbert y Sean P. Sullivan, *Insincere Evidence*, 105 Va. L. Rev. 1115, 1132, 1137 (2019).

[1123] En el punto de equilibrio, el Estado es indiferente entre hacer o no hacer *enforcement*, y asumimos que no hace *enforcement*.

Hemos asumido que la regla que aplica es una regla sincera. Los legisladores quieren que los conductores vayan a 45, así que establecen el límite de velocidad en 45. Ahora supón que los legisladores adoptan una regla insincera reduciendo el límite de velocidad a 35. La Figura 65 muestra este cambio. La velocidad óptima sigue siendo 45, por lo que la línea de beneficios permanece igual. No se obtiene ningún beneficio a menos que el Estado haga *enforcement* contra quienes superen los 45 kilómetros por hora. Sin embargo, los costos cambian. El límite de velocidad más estricto hace que cada infracción de la ley sea más grave y, por lo tanto, más fácil de probar. Para ilustrarlo, conducir a 46 se transforma de una infracción de un kilómetro por hora bajo la regla sincera en una infracción de 11 kilómetros por hora bajo la regla insincera. Probar una infracción de 11 kilómetros por hora es más fácil que probar una de un kilómetro por hora, por lo que el costo probatorio disminuye. La Figura 65 captura esto desplazando la curva de costos hacia la izquierda.

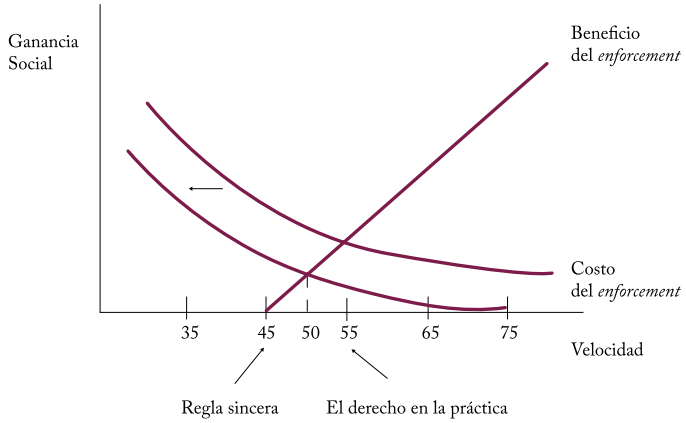
La regla insincera mueve el punto de equilibrio de 55 a 50 kilómetros por hora. La brecha entre la ley en los libros y la ley en la práctica no se reduce (en la figura, de hecho, aumenta). Sin embargo, la brecha entre la velocidad óptima de los conductores (45) y su velocidad real (50) se estrecha. Las reglas insinceras mejoran el comportamiento al reducir el costo del *enforcement*.

Las reglas insinceras tienen este efecto cuando se cumplen algunas condiciones[1124]. Primero, el costo probatorio disminuye a medida que aumenta la gravedad de la infracción. En otras palabras, probar infracciones más graves es más fácil que probar infracciones menos graves[1125]. Segundo, los legisladores pueden ajustar el contenido de la ley para convertir infracciones menores en infracciones importantes. Tercero, los encargados del *enforcement* y los jueces aplican la ley tal como está escrita. En nuestro ejemplo, si el tribunal considera que el límite de velocidad de 35 kilómetros por hora es vinculante, y si Enzo conduce a 50, entonces probar su infracción será fácil, incluso si todos saben que el "mejor" límite de velocidad es 45.

[1124] *Véase id.* en 1141.

[1125] Una persona acusada de una violación grave de la ley podría invertir más en su defensa que una persona acusada de una violación menor de la ley. Por lo tanto, probar violaciones graves no siempre será más fácil que probar violaciones menores.

Figura 65. Reglas insinceras y *enforcement*



Estas condiciones no siempre se cumplen. Si el límite de velocidad es absurdo —por ejemplo, un kilómetro por hora— nadie hará *enforcement* de dicha ley, por lo que la tercera condición falla. Sin embargo, a veces estas condiciones se cumplen, y cuando lo hacen, las reglas insinceras pueden mejorar el comportamiento de los regulados. Los legisladores podrían adoptar reglas insinceras en temas como los siguientes: emisiones de mercurio, hollín u otros contaminantes; el tamaño y el peso de los peces; los decibeles en aeropuertos y locales de música; los miligramos de ciertos ingredientes que contienen algunos alimentos y medicamentos; las distancias entre armas y escuelas, y entre manifestantes y clínicas de aborto.

Hasta ahora, nuestro análisis se ha concentrado en los "hombres malos". Asumimos que conductores como Enzo lo más rápido que pueden ir sin desencadenar un castigo. Un límite de velocidad insincero hace que los "hombres malos" reduzcan la velocidad. Pero no todos se comportan como Enzo. Algunas personas cumplen la ley porque tienen un sentido del deber o creen que la ley es legítima. Imagina a Tamara, una "seguidora de la ley" que siempre obedece el límite de velocidad. En el análisis anterior, reducir el límite de velocidad de 45 (sincero) a 35 (insincero) hace que Enzo reduzca la velocidad. Sin embargo, también hace que Tamara reduzca su velocidad, pasando de 45 a 35. Según la hipótesis, la velocidad óptima es 45, lo que significa que Tamara conduce demasiado despacio.

En términos generales, las reglas insinceras disuaden conductas dañinas, lo que es bueno, pero también desalientan actividades beneficiosas, lo que es malo. Para los legisladores, esto complica la elección de la norma. A medida que el porcentaje de seguidores de la ley en la sociedad aumenta, las reglas insinceras se vuelven menos atractivas, y viceversa.

El dilema entre disuadir conductas dañinas y desalentar actividades beneficiosas no es exclusivo de las reglas insinceras. Este dilema se presenta en todo el ámbito del derecho, como mostraremos.

Preguntas

2.2.1. Las instalaciones que almacenan medicamentos de venta bajo receta deben tener "iluminación adecuada"[1126]. Supón que los legisladores cambian la ley para exigir "iluminación excelente". ¿Hace esto que sea más fácil hacer *enforcement* respecto de las instalaciones con poca iluminación? ¿Contiene la nueva ley un estándar insincero?
2.2.2. La velocidad óptima es 45, pero, dados los costos de *enforcement*, el Estado no debería hacer cumplir la ley a menos que los conductores vayan a 56 o más. Sin embargo, los agentes multan a las personas por ir a 46 porque no internalizan el costo completo del *enforcement*. Para restringir el exceso de *enforcement*, ¿deberíamos adoptar reglas insinceramente indulgentes, como un límite de velocidad de 55?
2.2.3. Los legisladores reducen el límite de velocidad de 45 (sincero) a 35 (insincero). Así, conducir a 46 se convierte en una infracción de 11 kilómetros por hora en lugar de una infracción de un kilómetro por hora. En lugar de reducir el límite de velocidad, los legisladores podrían manipular los radares para que sumen 10 a cada lectura. De nuevo, conducir a 46 se convierte en una infracción de 11 kilómetros por hora (el radar marca 56) en lugar de una infracción de un kilómetro por hora. ¿Qué distingue a las reglas insinceras de los radares manipulados?[1127]

Hechos que se penalizan por su relación con otros delitos

Poseer herramientas que sirven para cometer un robo no es algo que cause daño. Sin embargo, las personas que poseen dichas herramientas tienden a cometer robos, los cuales sí causan daño. Del mismo modo, conducir con un recipiente de alcohol abierto no causa daño, pero se correlaciona con conducir en estado de ebriedad, lo que sí provoca accidentes. Debido a estas correlaciones, la ley prohíbe poseer herramientas que sirvan para realizar un robo y conducir con recipientes de alcohol abiertos. Estos se llaman "*proxy crimes*".

Nuestro análisis arroja luz sobre los *proxy crimes*. Los legisladores podrían desear que haya una adhesión estricta a tales leyes —por ejemplo, prohibir conducir con un recipiente de alcohol abierto— debido al riesgo de daño que existe. En ese caso, los *proxy crimes* serían reglas sinceras.

[1126] 21 C.F.R. § 205.50 (2019).

[1127] *Véase* Michael D. Gilbert y Sean P. Sullivan, *Insincere Evidence*, 105 *Va. L. Rev.* 1115, 1138–39 (2019).

Alternativamente, los legisladores podrían no desear que haya una adhesión estricta a tales leyes. Podrían razonar así:

> No queremos evitar que las personas conduzcan con recipientes de alcohol abiertos. Queremos evitar que conduzcan en estado de ebriedad. Sin embargo, probar la conducción en estado de ebriedad es difícil. Los agentes deben medir el contenido de alcohol en la sangre, lo que requiere de un *test* que comete errores. Probar que alguien conducía con un recipiente abierto de alcohol es más fácil. Prohibamos conducir con recipientes abiertos para reducir los costos de *enforcement* contra los conductores ebrios.

Si los legisladores razonan de esta manera, los *proxy crimes* son reglas insinceras. No mandatan o vuelven obligatorio el comportamiento que los legisladores prefieren (no conducir en estado de ebriedad). Sin embargo, promueven el comportamiento que los legisladores prefieren al reducir el costo de la prueba.

Los *proxy crimes* cambian los elementos de un delito. En nuestro ejemplo, los legisladores eliminan el requisito de ebriedad (difícil de probar) y añaden el requisito de tener un recipiente de alcohol abierto (más fácil de probar). Cambiar los elementos de un delito conduce a errores. Los agentes podrían multar a un conductor sobrio que tiene una botella de vino medio vacía en su auto. En nuestra discusión sobre las reglas insinceras, no cambiamos los elementos del delito, solo cambiamos el umbral, como al reducir el límite de velocidad de 45 a 35. ¿Conduce cambiar el umbral a menos errores? ¿Podrían los legisladores, para facilitar la prueba de la conducción en estado de ebriedad, cambiar un umbral?

2.3. Estándares de Prueba

¿Está hecha de queso la luna? La respuesta debe ser que no, pero ¿puedes probarlo? ¿Has viajado a la luna, probado sus rocas o sentido el olor de su suelo? Probar los hechos es difícil, incluso cuando parecen obvios. Considera un ejemplo del ámbito jurídico. ¿Robó Gary el reloj? Tres testigos lo vieron hacerlo, pero los testigos se equivocan. El reloj de Gary coincide con el que fue robado, pero quizá sea solo una coincidencia. Puede que haya comprado el mismo reloj en otra tienda. Las cámaras de seguridad parecen mostrar a Gary robando el reloj, pero tal vez tenga un hermano gemelo. Según las pruebas, la probabilidad de que Gary haya robado el reloj es muy alta, tal vez del 99,9 por ciento. Pero no es del 100 por ciento.

Aportar prueba de valor absoluto, que sea irrefutable, respecto de que un hecho ocurrió, suele ser imposible. Por ello, la ley no lo exige. Se puede probar algo ante un tribunal satisfaciendo un estándar inferior. El estándar depende del tipo de caso. En Estados Unidos, los casos civiles requieren que la ocurrencia de un hecho sea confirmada por "preponderancia de evidencia". Para ilustrarlo, supón que demandas a un constructor por incumplimiento contractual. Este es un caso civil (no penal). Debes probar el incumplimiento por preponderancia de evidencia, lo que significa que debes demostrar que la probabilidad de que el constructor haya hecho lo que afirmas es superior al 50 por ciento. Los casos penales requieren prueba "más allá de toda duda razonable". Para condenar a Gary por robo, los fiscales deben probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable, lo que significa que deben demostrar que la probabilidad de que haya cometido el delito supera, digamos, el 95 por ciento. Algunos casos requieren "prueba clara y convincente," un estándar intermedio de prueba.

Probar la ocurrencia de un hecho más allá de toda duda razonable requiere más esfuerzo e información que probarlo por preponderancia de evidencia. Cuanto más alto es el estándar de prueba, más altos son los costos de *enforcement*. Por ello, el estado puede imponer sanciones civiles, como una multa por violar una normativa, con mayor facilidad que enviar a un criminal a prisión. La brecha entre la ley en los libros y la ley en la práctica tiende a ampliarse en el derecho penal y reducirse en el derecho civil.

¿Por qué no reducir el estándar de prueba? La Constitución de Estados Unidos no especifica que deba aplicar el estándar de "más allá de toda duda razonable" para los casos penales. Tal vez los tribunales podrían rebajar el estándar mediante interpretación, o quizá los legisladores podrían enmendar la Constitución y consagrar un estándar inferior.

Si los fiscales solo acusaran de delitos a personas culpables, entonces deberíamos reducir el estándar de prueba. Hacerlo disuadiría los actos ilegales al reducir los costos de *enforcement*. Del mismo modo, si las personas solo demandaran a acusados culpables, entonces deberíamos reducir el estándar de prueba en los casos civiles. Por el contrario, si los fiscales solo acusaran a personas inocentes de delitos y los actores privados solo demandaran a acusados inocentes, entonces deberíamos aumentar todos los estándares de prueba al 100 por ciento.

La realidad se encuentra entre estos extremos. Los fiscales inevitablemente acusan a algunas personas inocentes, aunque mayoritariamente acusen a personas culpables. Las demandas civiles involucran tanto a acusados inocentes como culpables. Los diferentes estándares de prueba balancean los costos de estos errores. Condenar a una persona inocente en un caso penal parece especialmente costoso, por lo que la ley fija un estándar alto. La "prueba más allá de toda duda razonable" permite que algunos criminales queden en libertad, pero protege a los acusados inocentes. El beneficio de proteger a los

inocentes plausiblemente supera el costo de liberar a algunos criminales. Condenar a una persona inocente en un caso civil parece menos costoso, por lo que la ley establece un estándar más bajo. La "preponderancia de evidencia" ofrece menos protección a los acusados inocentes, pero también proporciona menos seguridad a los acusados culpables. Discutimos estas ideas en nuestros capítulos sobre el proceso de adjudicación.

Los estándares de prueba afectan las decisiones de quienes hacen *enforcement*. Los estándares más altos hacen que jueces y jurados sean menos propensos a declarar culpable a una persona. En consecuencia, los estándares más altos hacen que el estado y los actores privados sean menos propensos a iniciar acciones legales (¿para qué molestarse?). Los estándares más bajos alentarían más casos penales y civiles.

Así como los estándares de prueba afectan las decisiones de los encargados de hacer *enforcement*, también pueden afectar las decisiones de las partes reguladas[1128]. Supón que el límite de velocidad es de 45, y recordemos a nuestros conductores Enzo y Tamara. Reducir el estándar de prueba haría que sea más fácil condenar a alguien por exceso de velocidad. Esto disuadiría a Enzo de infringir la ley. Sin embargo, también desalentaría a Tamara de seguir la ley. Ella quiere conducir a 45, pero sabe que los radares cometen errores. Si va a 45, el radar del agente podría marcar 48. Reducir el estándar de prueba haría que sea más probable que un tribunal la condene erróneamente por exceso de velocidad. Para evitar este resultado, ella conduce a 42. En términos generales, *reducir el estándar de prueba disuade algunas conductas ilegales, pero también desalienta algunas conductas legales.*

Considera el problema desde el otro lado. Aumentar la carga de la prueba haría más difícil condenar a alguien por exceso de velocidad. Esto alentaría a Enzo a infringir la ley; conduciría aún más rápido. Sin embargo, aumentar el estándar dejaría a Tamara seguir la ley de manera más despreocupada y libre. Si ella conduce a 45, aun cuando el radar del agente marque 48, ella no será sancionada. El estándar de prueba más alto la protege de una condena errónea. Así que ella conduce a 45. En términos generales, *aumentar el estándar de prueba alienta algunas conductas ilegales, pero también algunas conductas legales.*

Estas ideas aplican en muchos contextos, no aplican solo respecto de hipótesis de exceso de velocidad. Vuelve a nuestro ejemplo anterior sobre las emisiones de hollín. Aumentar el estándar de prueba permite que quienes contaminan por sobre el límite permitido e infringen la ley lo hagan en una

[1128] Esta discusión se basa en *Louis Kaplow, Burden of Proof, 121 Yale L.J.* 738 (2012).

mayor medida. Sin embargo, también permite que quienes siguen la ley lleguen al límite legal de contaminación sin temor a ser sancionados. Anteriormente mencionamos áreas del derecho en las que los legisladores podrían adoptar reglas insinceras: el tamaño y el peso de los peces; los decibeles en aeropuertos y locales de música; los miligramos de ingredientes en alimentos y medicamentos; las distancias entre armas y escuelas, y entre manifestantes y clínicas de aborto. En estas áreas y en muchas otras, reducir el estándar de prueba debería tender a disuadir algunas conductas ilegales, pero también a desalentar algunas conductas legales, y viceversa.

El estándar de prueba ideal tiene en cuenta estos efectos. Si reducir el estándar de prueba para el exceso de velocidad disuadiera a los infractores sin desalentar a quienes siguen la ley, entonces deberíamos reducir el estándar de prueba. Si aumentar el estándar de prueba alentara a las personas a ejercer sus derechos de la Primera Enmienda sin fomentar el incumplimiento de la ley, entonces deberíamos aumentar el estándar de prueba.

En la práctica, no podemos medir con precisión los efectos disuasorios y desincentivadores de actividades lícitas asociados al estándar de prueba. A menudo no podemos observar cómo actúan las personas bajo la sombra de la ley. Incluso si pudiéramos, probablemente no podríamos ajustar con precisión el estándar de prueba. Para ilustrarlo, supón que reducir el estándar de prueba en los casos penales disuadiría las actividades ilegales sin desalentar las legales. Así que deberíamos reducir el estándar de prueba. ¿Cómo deberíamos formular el nuevo estándar? ¿"Prueba más allá de una duda casi razonable"? En su lugar, podríamos expresar el estándar en porcentajes. Bajo el estándar anterior, los jurados necesitaban, digamos, un "95 por ciento de certeza" para condenar, pero bajo el nuevo estándar necesitarían un "91 por ciento de certeza". ¿Cambiaría esa modificación el comportamiento de los jurados?

Los estándares de prueba tienen efectos importantes en los incentivos de las partes reguladas, y dichos impactos son difíciles de medir. De hecho, muchos aspectos del *enforcement* tienen estas características. Comenzamos este capítulo hablando de la Cuarta Enmienda, que protege a las personas de registros irrazonables. Relajar o debilitar los estándares de la Cuarta Enmienda facilitaría a la policía la realización de registros. Esto podría disuadir el crimen. Sin embargo, también podría desalentar actividades legales ("la reunión es legal, pero la policía podría irrumpir de todos modos, así que mejor cancelémosla"). Contratar a más agentes policiales podría disuadir el crimen al aumentar la probabilidad de castigo. Sin embargo, también podría desalentar actividades legales. Si hubiera agentes policiales en cada esquina, las personas podrían quedarse en casa, cancelar sus fiestas y evitar conducir porque temen ser registradas o arrestadas erróneamente. Un límite de velocidad insincero disuade a

Enzo de conducir con exceso de velocidad. Sin embargo, desalienta la actividad de Tamara. Ella pasa a conducir a 35 cuando la velocidad óptima es en realidad 45.

En resumen, los estándares de prueba afectan el *enforcement*. Un buen estándar de prueba equilibra los costos de los errores, como cuando los tribunales condenan a personas inocentes o absuelven a personas culpables. Idealmente, un buen estándar de prueba disuade las actividades ilegales sin desalentar las actividades legales. Identificar el mejor estándar de prueba es más fácil en teoría que en la práctica.

Preguntas

2.3.1. Los legisladores quieren reducir el costo de hacer *enforcement* del límite de velocidad. Podrían bajar el estándar de prueba, o podrían adoptar un límite de velocidad insinceramente bajo. ¿Qué cambio parece más propenso a afectar el comportamiento de los conductores?
2.3.2. La Figura 65 mostraba cómo las reglas insinceras podrían mejorar el comportamiento de las personas al reducir el costo de la prueba. Supón que el estándar de prueba en la figura es aquel de preponderancia de evidencia.
(a) ¿Qué pasaría con la curva de costos y el equilibrio si el estándar cambiara a más allá de toda duda razonable?
(b) ¿Hacer la regla aún más estricta compensaría por la presencia de un estándar de prueba más alto?
(c) William Stuntz criticó al derecho penal de los Estados Unidos diciendo que "la ley en los libros convierte a todos en delincuentes"[1129]. Tu respuesta a la pregunta (b), ¿clarifica esta afirmación?

3. Más Allá de la Disuasión

¿Por qué las personas cumplen con la ley? La disuasión, que hemos analizado en detalle, proporciona una respuesta importante. Pero la disuasión no puede ofrecer una respuesta completa. A veces las personas cumplen incluso sin que se los amenace con multas o prisión, pues la ley funciona a través de otros mecanismos. Muchos académicos se concentran en dos mecanismos: el sentido del deber y la legitimidad de la ley. Si las personas sienten una obligación hacia la ley o si perciben que esta

[1129] William J. Stuntz, The Pathological Politics of Criminal Law, 100 Mich. L. Rev. 505, 511 (2001).

es "legítima", entonces cumplen con ella, independientemente de las sanciones[1130]. Abordaremos estas ideas, pero primero nos concentraremos en mecanismos diferentes. La ley puede influir en el comportamiento proporcionando información, coordinando la acción e incluso cambiando las preferencias. Las siguientes páginas muestran cómo.

3.1. El derecho como Información

Una turista se encuentra en una playa virgen con cielos soleados, palmeras y olas azules. Un cartel en la arena interrumpe su vista:

Prohibido Nadar
Corrientes peligrosas
Código Municipal § 602

¿Nada? Si nada y la atrapan, podría pagar una multa. Pero la playa está desierta, por lo que no la atraparán, lo que significa que el castigo esperado por una infracción es cero. Sin embargo, probablemente no nadará. Cumplirá porque el derecho le enseñó algo importante: el agua es peligrosa[1131].

Según el análisis económico, las personas toman decisiones con tal de satisfacer sus preferencias dadas sus creencias y restricciones actuales. El derecho puede influir en el comportamiento de las personas imponiendo restricciones, como ocurre con los castigos. La disuasión funciona creando restricciones. En el ejemplo de la playa, la ley funciona a través de un mecanismo diferente: cambia las creencias de las personas. Al cambiar las creencias de las personas, la ley puede cambiar su comportamiento, incluso sin que medie una amenaza de castigo.

Para cambiar las creencias de las personas, la ley debe cumplir algunas condiciones[1132]. Primero, las personas deben conocer la ley. La turista no lee el código municipal, pero ve el cartel en la playa.

[1130] *Véase*, por ejemplo, H.L.A. Hart, The Concept of Law (2a ed. 1994) (sobre la internalización); Tom R. Tyler, Why People Obey the Law (1990) (sobre la legitimidad "procedimental"); Paul H. Robinson y John M. Darley, *The Utility of Desert,* 91 Nw. U.L. Rev. 453 (1997) (sobre la legitimidad "sustantiva" o moral); Elizabeth Mullen y Janice Nadler, *Moral Spillovers: The Effect of Moral Violations on Deviant Behavior,* 44 J. Exper. Soc. Psych. 1239 (2008) (sobre la legitimidad moral).

[1131] Esta discusión se basa en Richard H. McAdams, The Expressive Powers of Law, pp. 136–68 (2015).

[1132] Reformulamos algunas de las condiciones de McAdams. *Véase id.* Estas condiciones son necesarias, pero no suficientes. Las personas deben estar dispuestas a aprender, deben actualizar sus creencias correctamente, y así sucesivamente.

Segundo, las personas deben asumir que los legisladores tienen información privada y relevante. En nuestro ejemplo, la turista asume que el concejo municipal sabe algo sobre el agua que ella no sabe. Tercero, las personas deben asumir que la ley revela esa información privada. Si la turista asume que el cartel refleja el superior conocimiento de los legisladores sobre el riesgo de nadar en dicha playa, entonces aprende algo. Si asume que nadar está prohibido por alguna otra razón, entonces puede que no aprenda nada, aunque los legisladores sepan más sobre el agua.

Concéntrate en la tercera condición. Supón que la turista ve el cartel y asume que los legisladores tienen información privada. Ellos saben si el agua es segura o no. Sin embargo, ella razona de la siguiente manera:

> Si no puedo nadar aquí, tendré que pagarle al hotel de lujo que está al lado para acceder a su playa privada. Probablemente el hotel de lujo controla el concejo municipal. Seguramente el concejo municipal aprobó esta norma para llevar turistas al hotel. Esta ley no promueve la seguridad, sino que enriquece a un interés particular.

Si la turista razona de esta forma, podría ignorar la ley y nadar. Sí, vio el cartel, y sí, los legisladores tienen información privada. Pero ella no cree que la ley transmita esa información. Cree que el concejo municipal emite la regulación en cuestión para beneficiar al hotel, no para promover la seguridad, por lo que no puede aprender nada sobre la seguridad de nadar en la playa a partir de la norma que prohíbe nadar. El cartel no cambia las creencias de la turista porque falla la tercera condición.

Hemos mostrado cómo y cuándo el cartel en la playa puede informar a una turista. Considera otros escenarios donde la ley puede proporcionar información, comenzando con el tránsito. Una línea amarilla continua significa "prohibido cambiar de carril". Un cartel en la autopista dice: "Curva adelante, límite de velocidad 45". La mayoría de los conductores no cruzan las líneas amarillas continuas, y la mayoría que ve el cartel reduce la velocidad, al menos un poco. Los conductores no necesariamente cumplen con estas normas de tránsito porque teman un posible castigo. Cumplen porque la ley les enseña algo sobre su seguridad. Considera un ejemplo más. La etiqueta de un pesticida dice: "Aplicar este producto cerca del agua está estrictamente prohibido por ley". ¿El agricultor rocía el pesticida cerca del arroyo? ¿Tira la botella vacía en la cuneta? Nadie lo puede ver, lo que hace que la amenaza de castigo sea nula. Sin embargo, podría mantener el producto lejos del agua porque la ley le enseñó algo sobre su peligrosidad.

Nuestros ejemplos hasta ahora involucran daños asociados a corrientes marinas, accidentes de tránsito o contaminación química. La ley informa a las personas sobre riesgos físicos. La ley también puede

enseñar sobre riesgos emocionales o sociales[1133]. Supón que el legislador promulga una ley que prohíbe fumar en el parque. ¿Cumplirá con ella Florencia, la fumadora? Los policías no tienen tiempo para multar a las personas que fuman en el parque, así que el riesgo de una multa es bajo. Sin embargo, Florencia podría cumplir porque la ley le enseña algo: fumar en el parque es impopular. Si fuma allí, a la gente no le gustará. Podrían evitarla o insultarla. Su reputación podría verse afectada. Para evitar daños emocionales y sanciones sociales, Florencia no fuma en el parque.

Anteriormente identificamos tres condiciones que una ley debe cumplir para cambiar las creencias sobre los riesgos físicos. Estas mismas condiciones aplican aquí. Los fumadores deben conocer la existencia de la ley, tal vez a partir de un cartel que diga: "Prohibido fumar en el parque". Deben asumir que los legisladores tienen información privada y relevante (en este caso, que saben más sobre las actitudes de la población respecto al tabaco). Finalmente, deben asumir que la ley revela esa información privada: la prohibición de fumar refleja las actitudes de la población. Estas condiciones no siempre se cumplen. Incluso en una democracia, las leyes no siempre reflejan las actitudes de la población general, lo que hace que falle la tercera condición. Pero cuando las condiciones se cumplen, la ley puede proporcionar información.

Este capítulo comenzó con una cita de Alexander Hamilton, quien consideraba el castigo como algo esencial. Sin castigo, señalo, una ley no sería más que un "consejo o recomendación". Hamilton pasó por alto algo importante. En las circunstancias adecuadas, una ley que simplemente ofrece un "consejo" puede cambiar el comportamiento de las personas.

Preguntas

3.1.1. En nuestro ejemplo de la playa, los legisladores colocaron un cartel que decía: "Prohibido nadar, corrientes peligrosas, código municipal § 602". ¿Qué pasaría si no existiera ninguna ley y un ciudadano privado colocara un cartel que dijera: "Prohibido nadar, corrientes peligrosas"? ¿La turista actualizaría sus creencias? ¿Por qué podría funcionar mejor el cartel de los legisladores?

3.1.2. Una nueva ley prohíbe todo vapeo*, pero el gobierno no la hace cumplir. La ley podría reducir el vapeo en los restaurantes, pero no en los hogares privados. Explica por qué.

3.1.3. La legislatura podría prohibir las bolsas plásticas de un solo uso mediante una ley, o

[1133] McAdams se refiere a estas categorías como señalización de riesgo y de actitud. *Véase id.* en 137–39.

* Nota del traductor: el término "vapeo" se refiere al uso de instrumentos que simulan fumar, como ciertos vaporizadores.

los ciudadanos podrían prohibirlas mediante una iniciativa popular. Explica por qué una iniciativa popular podría terminar con mayor cumplimiento.

El *enforcement* como información

Hemos explicado que el contenido de la ley puede cambiar las creencias que tienen las personas. El *enforcement* también puede cambiar dichas creencias. Si crees que los policías no hacen cumplir la prohibición de fumar en lugares públicos, y ves a alguien que recibe una multa por encender un cigarrillo en el parque, entonces podrías revisar al alza tu percepción del riesgo de ser sancionado por fumar en público. Del mismo modo, si crees que los policías sí hacen cumplir la prohibición de hacer uso de fuegos artificiales, y ves que ignoran a alguien encendiendo petardos, entonces podrías revisar a la baja tu percepción del riesgo de ser sancionado por usar fuegos artificiales.

Para que el *enforcement* proporcione información precisa, los observadores deben conocer la ley y los hechos. Pero conocer el derecho y los hechos a menudo es difícil. Para ilustrarlo, supón que el cartel dice: "Prohibido beber alcohol en el parque," pero ves personas bebiendo vino con impunidad. Piensas que tú también puedes beber vino, así que abres una botella y de inmediato recibes una multa. Resulta que los bebedores de vino no están en el parque; están bebiendo dentro de la propiedad de un restaurante adyacente. O supón que ves a alguien vestido de civil revendiendo entradas afuera de un concierto. Tú tienes una entrada extra, así que intentas venderla, pero la policía te multa. El revendedor tiene una licencia para revender entradas, mientras que tú no. Finalmente, supón que pensabas que los policías no hacían cumplir la prohibición de fuegos artificiales, pero luego ves a alguien que recibe una multa por encender una vela romana. Revisas tus creencias y guardas tus bengalas. Esto era innecesario porque la ley hace una excepción para las bengalas. En los tres casos, el observador malinterpreta la ley, los hechos o ambos, lo que provoca errores en sus creencias. El *enforcement* envía "señales débiles".

Para aprender más del *enforcement* al que se enfrentan, las personas deben conocer el derecho y los hechos. El estado podría ayudar. Podría exigir que los revendedores de entradas lleven una credencial que diga: "Revendedor autorizado". Si vieras la credencial, quizás no intentarías revender tu entrada. En lugar de un cartel que diga "Prohibido beber alcohol en el parque," podría haber un cartel que dijera "solo se puede beber alcohol en propiedades privadas". Si vieras ese cartel, quizás investigarías dónde comienza la propiedad del restaurante antes de

abrir tu botella de vino. En estos ejemplos, la ley nos hace conscientes de nuestra ignorancia. Imagina a la funcionaria encargada de hacer cumplir la prohibición de beber alcohol en el parque. Tiene una capacidad de *enforcement* muy limitada, por lo que inevitablemente algunas personas beberán vino en el parque y otros las verán hacerlo sin que reciban una multa. La funcionaria no quiere que nadie sepa que su capacidad de ejecución es tan limitada. ¿Preferiría un cartel que diga "Solo beber alcohol en propiedad privada" o uno que diga "Prohibido el alcohol en el parque"?

3.2. El Derecho y la Reputación

Florencia se abstiene de fumar en el parque, no porque tema recibir una multa, sino porque teme al estigma social. Cuando presentamos este ejemplo anteriormente, nos centramos en la información. La ley le enseña a Florencia algo sobre las actitudes de la población general. Aquí nos centramos en el objetivo de Florencia: ella quiere tener una buena reputación.

La mayoría de las personas parecen preocuparse por su reputación. Queremos que las personas nos aprecien, nos respeten y confíen en nosotros. Buscamos la estima de los demás[1134]. El deseo de tener una buena reputación puede ser el motivo detrás de muchas conductas, así actuaciones amables u honestas. También puede motivar a las personas a cumplir con normas sociales. ¿Por qué las personas dejan propina a los camareros, dan la mano, sostienen la puerta abierta, usan corbata en las bodas, se quitan el sombrero en la iglesia y se abstienen de eructar en público? Estos son ejemplos de normas sociales. La ley no exige que se realicen estos comportamientos. Violar una norma social no gatilla la imposición de multas ni la imposición de penas privativas de libertad. Sin embargo, muchas personas cumplen con normas sociales la mayor parte del tiempo. Una explicación involucra el rol que juega la reputación. Violar una norma puede ir aparejado con cierto estigma social, por lo que las personas cumplen con las normas para proteger su reputación[1135].

¿Por qué valorar una buena reputación? Tal vez tengamos un "gusto" por una buena reputación del mismo modo que lo tenemos por la salud, la comodidad o la felicidad. Según este enfoque, una buena reputación es un fin en sí mismo: un insumo en las funciones de utilidad de las personas. Esta explicación probablemente tenga algún mérito. Sin embargo, aquí nos enfocamos en una explicación diferente: la cooperación.

[1134] *Véase* Geoffrey Brennan y Philip Pettit, The Economy of Esteem (2004).

[1135] *Véase*, por ejemplo, Richard H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms,* 96 Mich. L. Rev. 338 (1997).

Nos beneficiamos de cooperar con otros cuando compramos productos, vendemos servicios, contratamos empleados, practicamos deportes y realizamos otras actividades. En general, la cooperación se facilita si tenemos una buena reputación. Para demostrarlo: ¿a qué mecánico contratarías? ¿Al que la gente elogia o al que nadie conoce? ¿Al que te da la mano o al que eructa en tu cara? Un capítulo anterior explicó que la reputación importa mucho en el mercado de los abogados. La mayoría de las personas no tienen conocimiento jurídico, por lo que no pueden evaluar la pericia de los abogados. En cambio, evalúan la reputación de los abogados. Los abogados cultivan una buena reputación para atraer clientes.

Violar la ley a menudo conduce a tener una mala reputación[1136]. ¿Qué pasará con la reputación de un sacerdote si estaciona su auto en espacios reservados para personas con discapacidad? Imagina a un gerente de recursos humanos en una empresa. ¿Qué pasará si ella ignora las normas sobre discriminación por edad o por sexo? Estas personas valoran tener una buena reputación. El sacerdote busca feligreses y la gerente desea ascensos y aumentos salariales. Para construir una buena reputación, cumplen con la ley. Puede ocurrir que cumplan con la ley incluso si su transgresión no va aparejada a multas ni prisión. El sacerdote, por ejemplo, no estacionará en el espacio reservado, aunque la probabilidad de recibir una multa sea igual a cero.

Inventamos estos ejemplos para aclarar el punto. Ahora considera algunos ejemplos reales. En Estados Unidos, los actores estatales casi siempre cumplen con las órdenes judiciales. La explicación, al parecer, está relacionada con cuestiones reputacionales[1137]. Los funcionarios estatales cumplen porque el incumplimiento causa vergüenza y descrédito. Para ilustrarlo, en la década de 1970, un tribunal federal declaró al Fiscal General de Estados Unidos en desacato por no revelar cierta información. El desacato no fue de la mano con sanciones como multas o prisión. Según el tribunal, "la condición de desacato civil sería, en sí misma, una sanción severa"[1138]. En 2002, un tribunal federal declaró en desacato a la Secretaria del Interior, Gale Norton, por no cumplir con una orden. La Secretaria apeló en su calidad profesional y también en su calidad personal, lo que significó que contrató a y pagó por tener su propio abogado. Alegó que tenía un interés personal porque la declaración de desacato iba de la mano con un "desprestigio reputacional... que podría afectar su vida profesional en el futuro"[1139].

[1136] *Véase*, por ejemplo, Bruno Deffains y Claude Fluet, *Social Norms and Legal Design,* 36 J.L. Econ. & Org. 139 (2020).

[1137] *Véase* Nicholas R. Parrillo, *The Endgame of Administrative Law: Governmental Disobedience and the Judicial Contempt Power*, 131 Harv. L. Rev. 685, 777–89 (2018), y las citas allí contenidas.

[1138] Socialist Workers Party v. Att'y Gen. of U.S., 458 F. Supp. 895, 903 (S.D.N.Y. 1978).

[1139] *Véase* Nicholas R. Parrillo, T*he Endgame of Administrative Law: Governmental Disobedience and the Judicial Contempt Power*, 131 Harv. L. Rev. 685, 784 (2018) (se omite la cita interna).

Hemos argumentado que las personas buscan tener una buena reputación para facilitar la cooperación. Esta idea aplica a los funcionarios públicos. Una mala reputación podría dificultarle al Fiscal General—el principal funcionario a cargo del *enforcement* en Estados Unidos—gestionar a sus subordinados en el Departamento de Justicia[1140]. Una mala reputación podría dificultarle a Gale Norton, como abogada, conseguir otro empleo después de dejar el Departamento del Interior. Si tú dirigieras un bufete de abogados, ¿contratarías a una exfuncionaria gubernamental que tuvo problemas por cometer un error de derecho o por ignorar a un juez?

En resumen, la transgresión de la ley puede dañar la reputación de una persona. Una mala reputación puede cerrar oportunidades al dificultar la cooperación con otros. Para fomentar buenas reputaciones, muchas personas, incluidos los funcionarios estatales, cumplen con la ley. Cumplen incluso si no enfrentan sanciones formales como multas o prisión.

Las preocupaciones reputacionales promueven el cumplimiento de la ley bajo ciertas condiciones[1141]. Primero, las personas deben observar si se cumple o no con las normas en cuestión. Si nadie se entera de que el sacerdote estaciona ilegalmente, entonces eso no puede dañar su reputación. Así, la reputación influye más en el comportamiento que se hace en público —es decir, el comportamiento que otros probablemente verán— que en el comportamiento que se hace en privado. Segundo, aquella persona cuya acción está siendo evaluada y quienes la observan deben interactuar de manera repetida. La secretaria Norton estaba preocupada por la reputación que pasaría a tener entre personas con las que esperaba tratar nuevamente. Tercero, los observadores deben recompensar a quienes cumplen las normas. En Washington, los votantes, periodistas y otras personas respetan a los funcionarios que cumplen con la ley. En contraste, los miembros de una pandilla no respetan a sus pares cuando estos cumplen la ley. En algunas comunidades, las personas obtienen una buena reputación precisamente al infringir la ley. Finalmente, el beneficio de violar la ley debe ser lo suficientemente pequeño. El daño reputacional funciona como un castigo. Si el beneficio de violar la ley supera el castigo, las personas violarán la ley.

Nuestra discusión caracteriza tener una buena reputación como algo que es una recompensa que las personas buscan de manera intencional. Los funcionarios estatales podrían decidir conscientemente

[1140] El propio Fiscal General argumentó que la declaración de desacato "afectará adversamente mi capacidad de cumplir mis funciones como fiscal general". Id. en 783 (se omite la cita interna).

[1141] Nos concentramos en algunas condiciones intuitivas. Nuestra lista no es exhaustiva.

cumplir la ley con tal de proteger su reputación[1142]. Las personas podrían obedecer normas sociales —sostener puertas, vestir de negro en los funerales, ondear banderas en el Día de la Independencia— en una búsqueda consciente de una buena reputación. Sin embargo, las intenciones no siempre son necesarias. Algunas personas parecen "internalizar" normas, incluyendo la norma social de cumplir con la ley en general. Cuando las personas internalizan normas, obedecen por culpa o por sentido del deber, no por temor a sanciones sociales. Quizá internalizamos normas que son especialmente valiosas para nosotros, como aquellas que permiten construir una buena reputación[1143].

Haciendo *enforcement* del Derecho Internacional

El derecho internacional regula las relaciones entre Estados soberanos. Gran parte del derecho internacional tiene su origen en tratados, como los Convenios de Ginebra que abordan la guerra y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) que regula el intercambio transfronterizo. Otra parte del derecho internacional se origina en la costumbre, como la costumbre de otorgar inmunidad a los jefes de Estado visitantes. El *softlaw* se refiere a declaraciones, principios u otros enunciados que pueden influenciar a los Estados pero que no los obligan formalmente. El consentimiento está en el corazón del derecho internacional. En general, los Estados tienen obligaciones bajo el derecho internacional solo si consienten en ellas.

El derecho internacional plantea un problema desconcertante de cumplimiento normativo. El mundo no cuenta con una fuerza policial global que pueda vigilar el comportamiento de los Estados. Parte del derecho internacional carece de cualquier mecanismo de ejecución formal. Otras normas del derecho internacional son aplicadas por tribunales especiales, pero estos tienen un poder limitado. Por ejemplo, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) resuelve disputas comerciales entre Estados, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos revisa reclamaciones de derechos humanos contra ciertos países. Tribunales como estos pueden fallar en contra de los Estados, pero carecen de un poder ejecutivo para hacer cumplir sus sentencias. ¿Cómo puede un puñado de jueces obligar a Brasil o México a pagar indemnizaciones? ¿Cómo pueden hacer que China o Estados Unidos reduzcan sus aranceles?

[1142] *Véase* Eric A. Posner, Law and Social Norms (2000).

[1143] Sobre la internalización de las normas, *véase* Robert Cooter, *Expressive Law and Economics,* 27 J. Legal Stud. 585 (1998).

En la práctica, las naciones a menudo parecen cumplir con el derecho internacional. ¿Por qué? Algunas personas piensan que los Estados cumplen porque están comprometidos con el derecho y la justicia. Los economistas, por lo general, buscan explicaciones diferentes. Una explicación está relacionada con la reciprocidad. Si el Estado A no aumenta los aranceles al Estado B, entonces el Estado B no aumentará los aranceles al Estado A. Al contrario, si A viola el acuerdo comercial elevando los aranceles a B, entonces B responderá elevando los aranceles a A. El Órgano de Apelación de la OMC podría autorizar a B a subir los aranceles contra A en esa circunstancia. Ya hemos visto la lógica que opera en la reciprocidad en capítulos anteriores. Los jueces Willow y Xu siguen los precedentes del otro, aunque preferirían dictar sus propios precedentes. Los beneficios a largo plazo que se siguen de la cooperación superan los beneficios a corto plazo de la desviación.

La reciprocidad puede explicar parcial pero no totalmente que se cumpla con el derecho internacional. El factor reputacional explica otra parte de ese resultado. Los Estados se benefician de la cooperación en temas como el comercio, la seguridad, los impuestos, el medio ambiente y el crimen transfronterizo. La cooperación requiere negociación, y negociar es más fácil cuando los costos de transacción son bajos. Los costos de transacción disminuyen cuando las partes pueden hacer compromisos creíbles entre sí. Sin un mecanismo de global de *enforcement*, los Estados no pueden hacer compromisos creíbles simplemente firmando un tratado. Pueden incumplir tratados, a veces con impunidad. En lugar de firmas, los Estados dependen de su reputación para hacer que sus promesas sean creíbles. El Estado A confía en la promesa del Estado B, no porque B pueda ser castigado si incumple, sino porque B tiene una buena reputación. La buena reputación de B facilita la cooperación con A.

¿Cómo puede el Estado B desarrollar esta buena reputación? Cumpliendo con el derecho internacional. Recuerda que el derecho internacional depende del consentimiento. Al consentir, el Estado B ha prometido cumplir. Al cumplir, B desarrolla una reputación de cumplir sus promesas.

3.3. El derecho y la coordinación

Ian y Felipe no se conocen, pero reciben la instrucción de encontrarse en la ciudad de Nueva York. No saben cuándo ni dónde. No pueden comunicarse y ninguno sabe dónde vive o trabaja el otro. ¿Alguna vez se encontrarán? Podrías pensar que la respuesta es que no. Encontrar un lugar común parece imposible en una ciudad grande sin que medie algún instrumento de comunicación. En los hechos, sí

podrían encontrarse. Cuando se presenta un desafío como este, la mayoría de las personas dice que iría al reloj de la *Grand Central Station* al mediodía.

Analicemos este ejemplo en detalle. Ian y Felipe juegan un juego de coordinación. Se benefician si coordinan un lugar de encuentro; de lo contrario, pagan un costo. En general, los juegos de coordinación tienen múltiples equilibrios. Se llega a un equilibrio cuando Ian y Felipe van al mismo lugar. Nueva York tiene muchos lugares, por lo que el juego tiene muchos equilibrios. La comunicación facilita la coordinación. Si Ian y Felipe pudieran hablar, fácilmente podrían acordar un lugar para encontrarse. Sin comunicación, los jugadores necesitan un punto focal. Un *punto focal* es una solución común a un problema de coordinación que surge sin que exista comunicación. Si Ian piensa que Felipe irá al reloj de la *Grand Central Station* al mediodía, y si Felipe piensa que Ian irá al reloj al mediodía, entonces se encontrarán, aunque no puedan comunicarse. Dicho reloj al mediodía es un punto focal.

Figura 66. Coordinación en la conducción

		Conductor 2	
		Izquierda	Derecha
Conductor 1	Izquierda	0,0	-10,-10
	Derecha	-10,-10	0,0

Para profundizar nuestro análisis, considera un clásico problema de coordinación: conducir. Introdujimos una versión de este problema al principio del libro. Dos conductores se aproximan el uno al otro en una carretera. Si ambos conducen por el lado izquierdo de la carretera, o si ambos conducen por el lado derecho, pasarán de manera segura. Si conducen por lados opuestos, chocarán. Los conductores juegan un juego de coordinación, igual que Ian y Felipe. La Figura 66 representa su juego. Si los conductores eligen el mismo lado, ambos obtendrán una ganancia de cero, como muestran

[1144] *Véase* Thomas C. Schelling, The Strategy of Conflict 57 (1960). Este libro, que marcó un antes y un después en la teoría de juegos, fue escrito por un economista galardonado con el Premio Nobel. *Que Grand Central Station* siga siendo un punto de referencia 60 años después es debatible.

la casilla superior izquierda y la inferior derecha. Sin embargo, si eligen lados opuestos, chocarán y obtendrán una ganancia de menos diez cada uno.

Sin comunicarse, ¿cómo pueden coordinarse los conductores? Ian y Felipe usaron un punto focal. Cada uno tenía una expectativa sobre a dónde iría el otro. Quizás los conductores tienen un punto focal. Si la costumbre es conducir por la izquierda, entonces ambos conducirán por la izquierda y evitarán una colisión. Sin embargo, supón que no tienen un punto focal. Ninguna costumbre les indica qué hacer. En circunstancias como estas, el derecho puede ayudar. Supón que el estado instala un cartel que dice: "Conduzca por la derecha". Si los conductores ven el cartel, probablemente conducirán por la derecha y evitarán una colisión.

En este ejemplo, la ley mejora el comportamiento. Hace que los conductores conduzcan por el mismo lado y eviten una colisión costosa. *La ley proporciona un punto focal que facilita la coordinación*[1145].

Castigar a las personas por conducir por la izquierda haría más fuerte el punto focal. Si la multa esperada por conducir por la izquierda es alta, cada conductor preferirá conducir por la derecha, y cada uno esperará que el otro haga lo mismo. Pero imponer dicho castigo probablemente no sea necesario. Incluso si la sanción esperada por conducir por la izquierda es igual a cero, los conductores que vean el cartel probablemente conducirán por la derecha. Una vez que lo hagan, no cambiarán su comportamiento. Para entender por qué, vuelve a la Figura 66. El cartel empuja a los conductores hacia la casilla inferior derecha, que representa un equilibrio. Una vez que ambos conducen por la derecha, ninguno se cambiará al lado izquierdo. Cambiar nunca aumenta el beneficio.

Figura 67. Coordinación al detenerse

		Lana	
		No Parar	Parar
Kai	No Parar	-10,-10	0,-1
	Parar	-1,0	-2,-2

[1145] McAdams ha desarrollado esta idea en varios artículos. Para una visión general, véase Richard H. McAdams, The Expressive Powers of Law, 57–135 (2015).

En resumen, el derecho puede coordinar las acciones de las personas proporcionando un punto focal. Una vez que las personas se coordinan, tienden a permanecer coordinadas, lo que genera valor para todos. A veces, el derecho puede lograr coordinación sin necesidad de ninguna amenaza de castigo.

La Figura 66 representa un juego de coordinación "puro". Tiene dos equilibrios (conducir por la derecha, conducir por la izquierda), y ambos proporcionan los mismos beneficios, lo que hace que los conductores sean indiferentes entre dichos resultados. Los juegos de coordinación puros probablemente escasamente se presentan en la práctica. En la práctica, las personas a menudo tienen preferencias respecto de los posibles equilibrios. Para dejar el punto más claro, imagina un escenario diferente. Kai conduce hacia el norte, Lana conduce hacia el oeste, y se encontrarán en la intersección. Si un conductor se detiene para que pase el otro, ambos pasarán de manera segura, pero si ninguno se detiene, colisionarán. La Figura 67 muestra los posibles resultados y beneficios. Si un conductor se detiene, esa persona recibe un beneficio de menos uno y la otra obtiene cero. Por ejemplo, si Kai se detiene y Lana no, los conductores se ubican en la casilla inferior izquierda, y Kai obtiene menos uno y Lana obtiene cero. Si ninguno de los conductores se detiene, ambos reciben menos diez. Si ambos se detienen, pierden tiempo y no saben cuándo avanzar, por lo que ambos obtienen menos dos.

Supón que Kai se detiene y Lana no se detiene, lo que los ubica en la casilla inferior izquierda. Kai obtiene un beneficio de menos uno y Lana un beneficio de cero. Si Kai pasa a elegir la opción "no detenerse", su beneficio disminuiría a menos diez, por lo que no cambiará de opción. Si Lana pasa a la opción "detenerse", su beneficio disminuiría a menos dos, por lo que tampoco cambiará de curso de acción. Ninguna de las partes tiene un incentivo para cambiar, por lo que la casilla inferior izquierda representa un equilibrio. Del mismo modo, la casilla superior derecha representa otro equilibrio. Las otras dos casillas no representan equilibrios[1146].

Al igual que el juego anterior, este tiene dos equilibrios. Sin embargo, los jugadores no son indiferentes entre dichos equilibrios. Kai prefiere la casilla superior derecha y Lana prefiere la inferior izquierda. Esto no afecta la lógica del juego. Para evitar un accidente, ambos conductores quieren coordinarse, y esto es difícil sin un punto focal. El estado puede proporcionar un punto focal colocando una señal de alto. Si el estado coloca la señal en la pista de Kai, él se detendrá y Lana no[1147]. Si el estado coloca la señal en la pista de Lana, ella se detendrá y él no.

[1146] Si los conductores se encuentran en el cuadro superior izquierdo, cada uno tiene un incentivo para cambiar a "detenerse". Si los conductores se encuentran en el cuadro inferior derecho, cada uno tiene un incentivo para cambiar a "no detenerse".

[1147] Para ser precisos, si el Estado coloca la señal solo en la carretera de Kai, él no esperará que Lana se detenga, por lo que se detendrá. Sabiendo que Kai se detendrá, Lana no se detendrá.

En términos generales, el derecho puede proporcionar un punto focal que coordine a las personas, incluso cuando estas no estén de acuerdo sobre cuál es el mejor equilibrio. Esto funciona cuando el beneficio asociado a la coordinación es suficientemente grande. En nuestro ejemplo, el beneficio de evitar una colisión es lo suficientemente alto como para que un conductor se detenga para dejar pasar al otro, aunque detenerse le imponga un costo.

Los puntos focales ayudan a explicar el propósito de muchas normas de tránsito y también permita explicar el hecho de que sean cumplidas dichas normas. ¿Por qué vemos tantos semáforos, señales de ceda el paso y líneas dobles amarillas, y por qué la gente a menudo las respeta? Una respuesta involucra la coordinación. Los conductores quieren evitar colisiones, las normas de tránsito los ayudan a coordinarse, y una vez que se coordinan, permanecen coordinados. Dichas normas, por su naturaleza, no necesitan de un *enforcement* externo.

La teoría del punto focal aplica a más ámbitos que la ley del tránsito. Considera algunos asuntos comúnmente estudiados del derecho internacional. Los países se benefician de protocolos comunes para el tráfico aéreo, el derecho de paso entre barcos en el mar, el correo internacional y el acuerdo sobre unidades de medida[1148]. El derecho internacional aborda estos temas en el Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el Tratado del Metro, entre otros instrumentos internacionales. Seguramente diferentes naciones prefieren diferentes equilibrios. Argentina y Grecia podrían preferir reglas distintas sobre el control del tráfico aéreo, pero los beneficios asociados a la coordinación superan esas diferencias, haciendo posible el acuerdo. Cuando el derecho internacional resuelve problemas de coordinación, los países en su mayoría cumplen con éste sin necesidad de una ejecución forzada.

Considera el derecho constitucional[1149]. Al diseñar una constitución, sus redactores discrepan sobre algunos detalles—cuántos escaños debe tener la legislatura, cuántos jueces deben estar en la corte suprema, el grado de independencia judicial, etcétera. Sin embargo, quienes redactan la constitución se benefician de la coordinación. Todos se benefician de tener expectativas comunes sobre la estructura del estado.

[1148] *Véase* Richard H. McAdams, The Expressive Powers of Law 69 (2015).

[1149] Hardin fue pionero en el estudio de las constituciones como mecanismos de coordinación. *Véase* Russell Hardin, *Why a Constitution?, en* The Federalist Papers and the New Institutionalism (Bernard Grofman y Donald Wittman eds., 1989).

Para aclarar esta idea, enfoquémonos en los deportes. Los jugadores de baloncesto discrepan sobre cuáles serían ser las mejores reglas del juego. Algunos permitirían el "*hand checking*" (que ocurre cuando un defensor coloca una mano sobre el jugador que regatea el balón) y otros lo prohibirían. Sin embargo, todos los jugadores se benefician de coordinarse en torno a un conjunto común de reglas. Sin esas reglas, no podrían jugar baloncesto. Cada partido se quedaría trabado en conflictos sobre lo que está permitido y lo que no.

A veces las constituciones funcionan como los deportes. Quienes diseñan la constitución discrepan sobre cuál es el mejor diseño constitucional, pero se benefician enormemente de la coordinación. Sin coordinación, el estado no puede funcionar y surgen conflictos. Los conflictos sobre cómo operar el estado son mucho más destructivos que un conflicto sobre un juego de baloncesto. Las constituciones coordinan el comportamiento, incluyendo el de los actores poderosos. Una vez que esos actores se coordinan, tienden a mantenerse coordinados, al igual que los jugadores de baloncesto tienden a respetar las reglas y los conductores tienden a detenerse ante una señal de alto.

En resumen, en la vida hay muchos juegos de coordinación. Si se fracasa al momento de lograr coordinación, ello perjudica a todos los involucrados. A veces, el derecho puede facilitar la coordinación proporcionando un punto focal. Los puntos focales pueden cambiar el comportamiento de las personas y mejorar los resultados de la interacción social, incluso sin que medie la amenaza de castigo. Una vez más, Hamilton pasó por alto algo importante. En las circunstancias adecuadas, una ley que solo brinda una "recomendación" puede cambiar el comportamiento social.

Preguntas

3.3.1. Imaginamos que el estado colocaba un cartel que decía: "Conduzca por la derecha". Si, en cambio, un ciudadano desprovisto de autoridad legal colocara el cartel, ¿los conductores conducirían por la derecha? ¿Es el derecho necesario para lograr coordinación?
3.3.2. Las calles de El Cairo tienen señales de tránsito, pero los conductores en su mayoría las ignoran. ¿Es suficiente el derecho para lograr coordinación? Al responder, considera esta afirmación: el derecho puede obtener coordinación cuando "no existen puntos focales más fuertes y en competencia"[1150].

[1150] *Véase* Richard H. McAdams, The Expressive Powers of Law 62 (2015) (citando a Richard H. McAdams y Janice Nadler, *Coordinating in the Shadow of the Law: Two Contextualized Tests of the Focal Point Theory of Legal Compliance*, 42 Law & Soc'y Rev. 865 (2008)).

3.3.3. ¿Quién es "dueño" de Groenlandia? Dinamarca y Noruega litigaron la cuestión ante la Corte Internacional de Justicia. La Corte resolvió las ambigüedades que contenían las convenciones internacionales pertinentes y falló a favor de Dinamarca. Noruega acató la sentencia de la Corte, sin que hubiera un conflicto armado. ¿Jugaron Dinamarca y Noruega un juego puro de coordinación? ¿Pueden las decisiones judiciales proporcionar un punto focal?[1151]
3.3.4. Comprar cosas con dinero, como dólares estadounidenses, es más fácil que conseguir cosas mediante trueque. El dinero, ¿les entrega a compradores y vendedores un problema de coordinación? ¿Por qué el dinero incluye frases como: "Este billete es de curso legal para todas las deudas"?

Coordinarse contra el estado

Recuerda la cita de Madison: "Al estructurar un estado... la gran dificultad radica en esto: primero debes permitir que el estado controle a los gobernados; y luego obligarlo a que se controle a sí mismo". Hemos explorado mecanismos mediante los cuales los estados controlan a los gobernados. ¿Cómo se controlan los estados a sí mismos? A menudo, no lo hacen. Muchos estados reprimen a sus ciudadanos para obtener dinero y poder. Pero algunos estados sí se controlan. Algunos estados respetan a sus ciudadanos, incluso cuando hacerlo frustra sus planes. ¿Por qué?

La coordinación ofrece una respuesta. Si los ciudadanos actúan de forma individual, no pueden castigar al estado, por lo que no pueden disuadirlo de actuar opresivamente. Si los ciudadanos actúan juntos, sí pueden disuadir al estado. Considera la Primavera Árabe, un movimiento social caracterizado por protestas masivas en las calles. Los ciudadanos marchando juntos derrocaron gobiernos en todo el Medio Oriente. Para que los ciudadanos actúen juntos, deben coordinarse. En particular, deben coordinarse en torno a un evento desencadenante: ¿Qué tipo de hecho amerita que se desencadene una rebelión?

El derecho puede ayudar. A veces, la constitución actúa como un dispositivo de coordinación—un punto focal. Si observas una violación constitucional (el evento

[1151] *Véase* Tom Ginsburg y Richard H. McAdams, *Adjudicating in Anarchy: An Expressive Theory of International Dispute Resolution*, 45 Wm. & Mary L. Rev. 1229, 1292–97 (2004).

desencadenante), protestas porque sabes que otros harán lo mismo. La lógica coincide con el ejemplo de Ian y Felipe. Cuando reciben instrucciones de encontrarse (el evento desencadenante), él va a *Grand Central Station* porque sabe que ella también irá, y viceversa. Cuando la constitución se convierte en un punto focal, ella misma asegura su propio *enforcement*. El estado no viola la constitución, pues hacerlo desencadenará una rebelión.

Para que la constitución se convierta en un punto focal, los ciudadanos deben estar de acuerdo respecto de qué constituye una violación. Para ilustrarlo, considera dos disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos: una que limita la estadía del Presidente a dos mandatos y otra que prohíbe al estado negar a cualquier persona "la igual protección de las leyes". Si un Presidente se postula para un tercer mandato, todos coincidirán en que esto constituye una violación de la Constitución. En cambio, las personas discrepan sobre qué viola la cláusula de igual protección. La disposición sobre los límites de mandato puede proporcionar un punto focal, mientras que la Cláusula de Igual Protección podría no hacerlo.

Este razonamiento podría alentar que se redactaran disposiciones vagas. Un redactor constitucional empeñado en concentrar el poder podría pensar: "Haré que la constitución sea vaga, como la Cláusula de Igual Protección de los Estados Unidos. Con un lenguaje vago, los ciudadanos no coincidirán sobre si he violado la constitución, por lo que no se coordinarán contra mí". Por otro lado, este razonamiento podría alentar una redacción más precisa de las disposiciones constitucionales. Un redactor constitucional podría pensar: "Haré que la constitución sea precisa. Con una constitución precisa, los ciudadanos podrán coordinarse contra mí si violo la ley, lo que me obliga a seguirla".

Para analizar de manera más concreta esta segunda posibilidad, supón que una nación busca atraer inversores extranjeros, pero estos temen que el estado robe su dinero. Para tranquilizarlos, el estado puede enmendar su constitución para proteger la propiedad privada. ¿Hará el Estado una enmienda vaga o precisa? Con una enmienda redactada en términos precisos, los ciudadanos reconocerán una violación, lo que los hará más propensos a coordinarse y castigar al estado. Una enmienda precisa hace que el compromiso del estado con la propiedad privada sea más creíble, lo que es necesario para atraer inversores. El estado va a incorporar la enmienda que está redactada en términos precisos.

¿Qué impide que el estado enmiende la constitución de nuevo? Podría subrepticiamente eliminar la protección a la propiedad y así expropiar el dinero legalmente, antes de que los inversores tengan la oportunidad de retirarse del país en cuestión. Para tranquilizar a los

inversores, el estado necesita una regla de enmienda que (1) impida cambios repentinos en la constitución y (2) cuya transgresión sea evidente. El estado puede adoptar un candado constitucional. Los candados constitucionales consisten en períodos de espera forzados para las enmiendas constitucionales, como el requisito en Sudáfrica de que transcurra un mes entre la publicación de una propuesta de enmienda y su presentación al Parlamento. Si el estado viola el candado, los ciudadanos lo sabrán. Podrán saber si el estado esperó 30 días entre la publicación y la adopción de la enmienda. Si los ciudadanos coinciden en que hubo una violación al candado, podrán coordinarse contra el estado y disuadir las violaciones. El estado cumplirá con el candado, lo que significa que no sorprenderá a los inversores cambiando la constitución repentinamente.

Las constituciones no siempre proporcionan puntos focales. Si lo hicieran, menos gobiernos violarían sus propias leyes. Pero las constituciones sí proporcionan puntos focales en algunas circunstancias, y cuando lo hacen, aseguran por sí misma su propio *enforcement*.

3.4. Re-coordinación y Equilibrios Esquinados

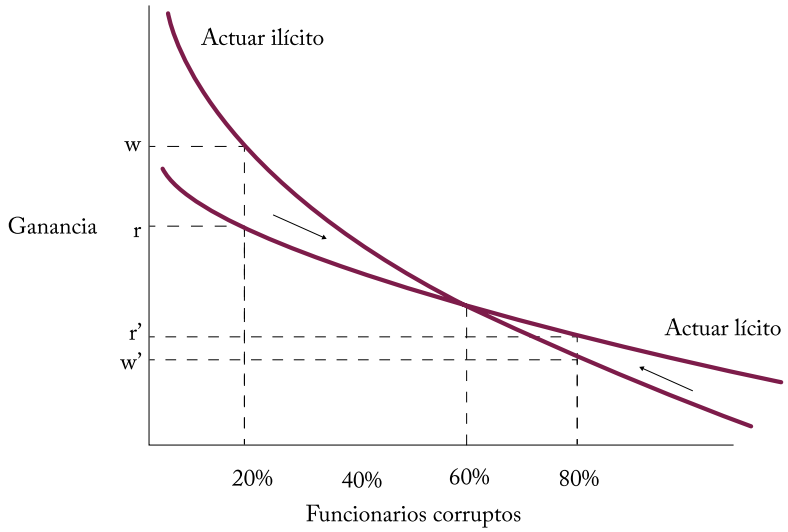
La última sección imaginaba a personas en estados de desequilibrio. Conducían por diferentes lados de la carretera, discrepaban sobre qué barco debía ceder el paso, usaban diferentes medidas como libras y kilogramos, y así sucesivamente. El desequilibrio perjudica a todos. El derecho coordinaba a las personas proporcionando puntos focales, como las señales de tránsito y el Tratado del Metro. A veces el derecho funciona de esta manera, reemplazando el caos por coordinación. Sin embargo, en otras ocasiones el derecho actúa de manera diferente. A veces las personas se coordinan por sí mismas, pero de maneras perjudiciales, y el derecho busca reemplazar un mal equilibrio por un buen equilibrio.

Para ilustrarlo, considera el problema de la corrupción. Mel trabaja como empleado administrativo para la administración de la ciudad y se encarga de entregar permisos de operación a los negocios. Mel tiene muchas oportunidades de corromperse. Por ejemplo, podría extorsionar a los negocios exigiendo dinero a cambio de los permisos. ¿Actuará Mel de manera corrupta? Podría razonar de la siguiente forma: Si los otros empleados extorsionan a los negocios, yo también debería extorsionarlos. Ganaré dinero extra y los otros empleados no me denunciarán a la policía. Sin embargo, si los otros empleados actúan lícitamente, entonces debería comportarme de manera lícita también, de lo contrario los otros empleados me denunciarán.

Mel quiere hacer lo que hacen los otros empleados. Si los demás sienten lo mismo, entonces juegan un juego de coordinación. Podrían coordinarse en las conductas "lícitas", lo que significa que ningún empleado actúa extorsivamente, o podrían coordinarse en conductas "corruptas", lo que significa que todos los empleados actúan extorsivamente. Si se coordinan en conductas "corruptas", los empleados se encuentran en un mal equilibrio. Una buena ley los mueve hacia el buen equilibrio.

Podemos profundizar nuestro análisis con ayuda de algunos gráficos[1152]. En la Figura 68, el eje vertical representa los beneficios, y el eje horizontal representa el porcentaje de empleados corruptos. Moverse hacia la derecha desde el origen significa que un mayor porcentaje de empleados extorsionan a negocios. Cada empleado individual elige entre la conducta ilícita (extorsionar) y la conducta lícita (no extorsionar). Realizar la conducta ilícita hace que el empleado gane dinero extra. Realizar la conducta lícita lleva a que el empleado disfrute de una mejor reputación entre los negocios y no sienta culpa. Las curvas muestran los beneficios de tomar una u otra decisión.

Figura 68. Corrupción: equilibrio interno



Ambas curvas tienen una pendiente descendente. Ya sea que un individuo elija la conducta lícita o la lícita, su beneficio disminuye a medida que aumenta el porcentaje de empleados corruptos. Para entender por qué, considera el extremo derecho del gráfico. Con tanta corrupción, pocos negocios solicitan permisos. Los que actúan ilícitamente no pueden obtener mucho dinero de su extorsión, y

[1152] Nuestro análisis se basa en Robert Cooter, *Expressive Law and Economics*, 27 J. Legal Stud. 585, 589–92 (1998).

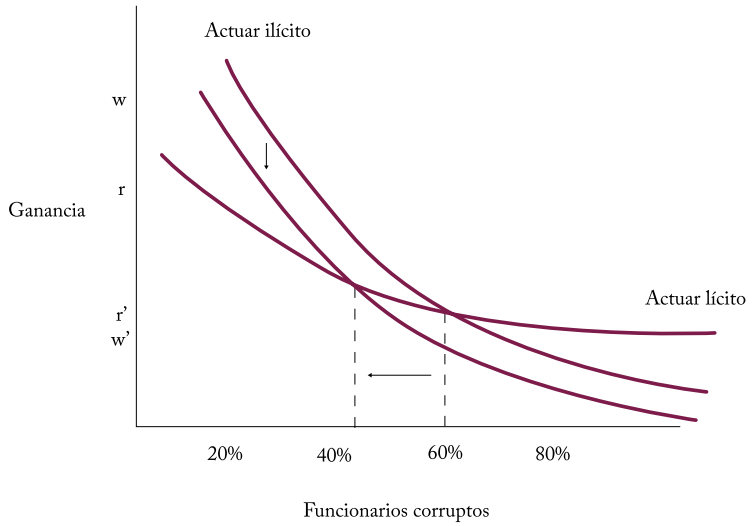
los que actúan lícitamente no pueden desarrollar una buena reputación si pocos negocios solicitan permisos. Sin solicitudes de permisos, la mayoría de los negocios operan al margen de la ley, lo que limita su crecimiento y reduce los ingresos fiscales que gobierno usa para producir bienes públicos como carreteras y escuelas. Todos sufren con una economía más débil.

Mel es contratado como empleado público y debe decidir si actuar lícita o ilícitamente. Su decisión depende de lo que hagan los otros empleados, como muestra la Figura 68 Si el 20 por ciento de los empleados son corruptos, Mel puede elegir realizar la conducta ilícita para obtener un beneficio de w o la conducta lícita para obtener un beneficio de r. Como w es mayor que r, elegirá la conducta ilícita. Si el 80 por ciento de los empleados son corruptos, Mel puede elegir la conducta ilícita con un beneficio de w' o la conducta lícita con un beneficio de r'. Como r' es mayor que w', elegirá la conducta lícita. Para generalizar, si menos del 60 por ciento de los empleados elige actuar de manera ilícita, Mel elegirá la conducta ilícita. Su decisión aumenta el porcentaje de empleados que actúan de manera corrupta. Si más del 60 por ciento de los empleados elige actuar de manera ilícita, Mel elegirá la conducta lícita, disminuyendo el porcentaje de empleados corruptos. Los otros empleados razonan de la misma manera. Se establecen en un equilibrio interior donde las curvas se cruzan, con el 60 por ciento de los empleados actuando de manera ilícita y el otro 40 por ciento actuando de manera lícita.

En este equilibrio, el 60 por ciento de los empleados de la ciudad extorsiona a los negocios que solicitan permisos. Para mejorar la situación, la ciudad reprime la extorsión amenazando con castigos más severos. Esto disminuye el beneficio de actuar de manera ilícita. En la Figura 69, la curva de la conducta ilícita se desplaza hacia abajo, cambiando el equilibrio. Ahora menos del 60 por ciento de los empleados actúa extorsivamente.

Nuestro análisis asume un particular conjunto de ganancias o beneficios. La curva de conducta ilícita se encuentra por encima de la curva de conducta lícita al principio y, a medida que nos movemos hacia la derecha desde el origen, eventualmente cae por debajo de la curva de conducta lícita. Esta es una configuración posible, pero la realidad no siempre se comporta así. Una curva podría estar siempre por encima o por debajo de la otra en todos los puntos. O bien, la curva de la conducta ilícita podría estar por debajo de la curva de conducta lícita al principio y, a medida que nos movemos hacia la derecha, eventualmente situarse por encima de la curva de conducta lícita. La Figura 70 muestra esta configuración.

Figura 69. Disuadiendo la corrupción

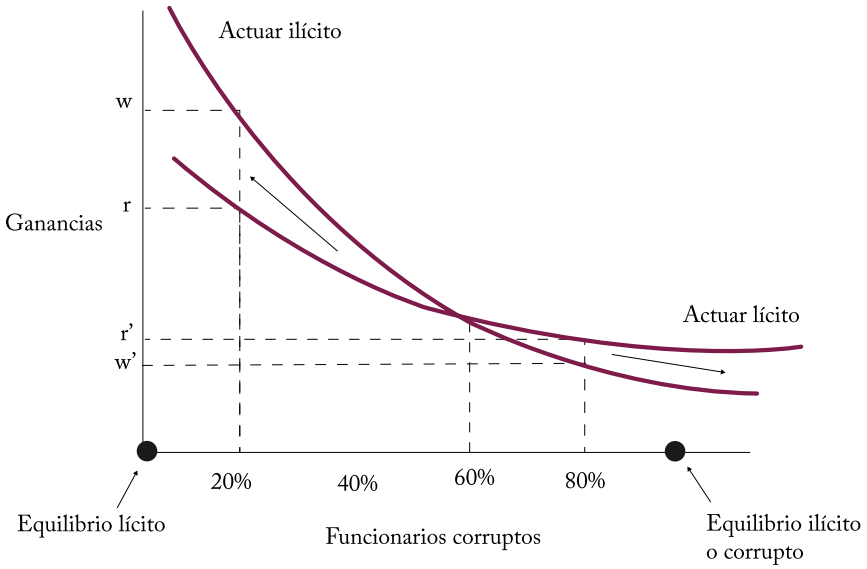


Volvamos a considerar las decisiones de Mel, fijándonos ahora en la Figura 70. Si el 20 por ciento de los empleados son corruptos, Mel puede elegir actuar de manera ilícita con un beneficio de w o actuar de manera lícita con un beneficio de *r*. Elegirá actuar de manera lícita. Si el 80 por ciento de los empleados son corruptos, Mel puede elegir actuar de manera ilícita con un beneficio de *w*' o actuar de manera lícita con un beneficio de *r*'. Elegirá actuar de manera ilícita. Generalizando, si menos del 60 por ciento de los empleados elige actuar de manera ilícita, Mel elegirá actuar de manera lícita, y si más del 60 por ciento de los empleados elige actuar de manera ilícita, él elegirá actuar de manera ilícita. Los otros empleados razonan de la misma manera.

Los nuevos beneficios no empujan a los empleados hacia un equilibrio interior en el 60 por ciento. Más bien, los nuevos beneficios empujan a los empleados hacia *equilibrios esquinados*. Se acomodarán en el equilibrio de "actuar lícito" en el 0 por ciento, lo que significa que nadie extorsiona, o en el equilibrio de "actuar ilícito" en el 100 por ciento, lo que significa que todos extorsionan.

¿Qué equilibrio prevalecerá? Imagina que muchos empleados públicos comienzan a trabajar simultáneamente. Nadie sabe qué porcentaje de empleados extorsionará a los negocios porque todos son nuevos. Cada empleado hace una suposición y decide si actuar de manera lícita o ilícita. Si el porcentaje inicial de quienes actúan de manera ilícita es inferior al 60 por ciento, entonces cada empleado se beneficiará actuando lícitamente, y deslizarán el sistema hacia el equilibrio de "actuar lícito". Sin embargo, si el porcentaje inicial de quienes actúan de manera ilícita supera el 60 por ciento, entonces cada empleado se beneficiará de actuar de manera ilícita, y deslizarán el sistema hacia el equilibrio de "actuar ilícito". Las decisiones iniciales de los empleados determinarán el equilibrio. Sus decisiones iniciales pueden depender de su carácter, de la confianza, de la disuasión o de la suerte.

Figura 70. Corrupción: equilibrio esquinado



Supón que prevalece el equilibrio de "actuar ilícito", es decir, corrupción. Todos los empleados actúan extorsivamente, pocos negocios solicitan permisos y todos sufren por padecer una economía débil. Para mejorar la situación, la ciudad podría tomar medidas enérgicas contra la extorsión amenazando con castigos más severos. Esto desplazaría hacia abajo la curva de conducta ilícita. En el ejemplo anterior, desplazar hacia abajo la curva de la conducta incorrecta redujo la corrupción (ver Figura 69). Sin embargo, en la Figura 70, un pequeño desplazamiento hacia abajo de la curva de conducta ilícita no tendría *ningún efecto* sobre la corrupción. Todos los empleados continuarían extorsionando.

Este es un resultado sorprendente. La teoría de la disuasión sostiene que incluso pequeños aumentos en el castigo esperado deberían disminuir la ocurrencia de conductas ilícitas, al menos en pequeñas cantidades. Sin embargo, en un juego de coordinación como el que estudiamos, incluso grandes aumentos en el castigo esperado no cambian necesariamente el comportamiento.

Para reducir la corrupción en la Figura 70, la ciudad debe "sacudir" el sistema. Debe encontrar la manera de lograr que más del 40 por ciento de los empleados pasen de actuar de manera ilícita a actuar de manera lícita. Si la ciudad puede lograr este cambio, aunque sea durante un lapso breve, los empleados volverán a coordinarse y se desplazarán hacia el equilibrio “lícito”". Quizás la ciudad pueda sacudir el sistema mediante un enjuiciamiento de alto perfil o una campaña agresiva de *enforcement*. O quizás la ciudad pueda sacudir el sistema simplemente anunciando una nueva ley contra la extorsión.

En resumen, las personas pueden coordinarse en un equilibrio perjudicial, es decir, un equilibrio que hace que todos estén peor en comparación con un equilibrio alternativo. Aumentar el castigo esperado asociado a la ocurrencia de acciones ilícitas no necesariamente ayuda (aunque le costará dinero al estado). Para cambiar de equilibrio, debemos sacudir el sistema e inducir a una masa crítica de personas a cambiar su comportamiento.

Nuestro análisis se basa en gráficos simples y suposiciones, y arroja resultados extremos: todos los empleados extorsionan o ningún empleado lo hace. Por supuesto, el mundo real es más complejo. Sin embargo, nuestro análisis captura características importantes de la realidad. Muchos académicos piensan que modelos como el que presentamos ayudan a explicar por qué la corrupción es infrecuente en algunos lugares y frecuente en otros[1153]. Una vez que comprendes los equilibrios de esquina y las "sacudidas", puedes entender por qué persiste la corrupción. Este tipo de análisis puede iluminar conductas que van más allá de la corrupción, incluyendo la discriminación racial, la segregación en la vivienda, la moda, el tabaquismo adolescente y otros asuntos[1154].

Preguntas

3.4.1.Supón que los empleados están en el equilibrio corrupto, como se muestra en la Figura 13.9. La ciudad lleva a cabo una campaña para eliminar la corrupción, con policías patrullando la oficina de los empleados. Esta "sacudida" hace que el 30 por ciento de los empleados deje de extorsionar a las empresas que solicitan permisos. ¿Reducirá esto la corrupción a largo plazo?

3.4.2. Los conductores en El Cairo se encuentran en un mal equilibrio. En su mayoría desobedecen las leyes de tránsito, lo que causa retrasos para todos. Si cada conductor obedeciera las leyes de tránsito durante un mes, ¿cambiaría el equilibrio? ¿Puede el gobierno lograr que todos los conductores obedezcan las leyes de tránsito durante un mes?

[1153] *Véase*, por ejemplo, Ray Fisman y Miriam A. Golden, Corruption: What Everyone Needs to Know (2017); Pranab Bardhan, *Corruption and Development: A Review of Issues,* 35 J. Econ. Lit. 1320 (1997).

[1154] *Véase*, *por ejemplo,* Sushil Bikhchandani, David Hirshleifer y Ivo Welch, *A Theory of Fads, Fashion, Custom, and Cultural Change as Informational Cascades,* 100 J. Pol. Econ. 992 (1992); Thomas C. Schelling, *Dynamic Models of Segregation*, 1 J. Math. Soc. 143 (1971).

3.5. Cambio de Preferencias

Comenzamos nuestros capítulos sobre *enforcement* con el "hombre malo" de Holmes, quien solo se preocupa por las "consecuencias materiales"[1155]. El derecho busca disuadir al hombre malo cambiando las consecuencias de sus actos. ¿Y si el derecho, en vez de hacer aquello, pudiera cambiar su carácter? Las personas buenas no roban joyas, no contaminan el aire ni extorsionan a las empresas. Si pudiéramos convertir al hombre malo en bueno, no necesitaríamos tanto *enforcement*. Quizás podríamos prescindir del derecho por completo. En un pasaje famoso, James Madison escribió: "Si los hombres fueran ángeles, no sería necesario ningún gobierno"[1156].

Adaptemos esta idea al modelo del actor racional del análisis económico. Los economistas asumen que las personas toman decisiones para satisfacer sus preferencias dadas sus creencias y restricciones. El derecho puede mejorar el comportamiento de dichas personas imponiendo restricciones (como los castigos) o cambiando creencias (como con las señales de tránsito). Aquí nos concentramos en el tercer elemento del modelo: las preferencias. Si el derecho pudiera reemplazar las preferencias egoístas de las personas por preferencias empáticas o compasivas, deberían producirse menos actos malos. El buen carácter hace innecesario el *enforcement*, o al menos eso dice la teoría.

¿Puede el derecho cambiar las preferencias de las personas? Según Aristóteles, las leyes exitosas "hacen bueno al ciudadano inculcándole hábitos"[1157]. Podemos interpretar esto como una afirmación sobre la capacidad del derecho para moldear las preferencias. Muchos académicos han defendido este tipo de argumento[1158]. En Estados Unidos, la *Civil Rights Act* podría haber mejorado las actitudes hacia las mujeres y las minorías raciales.

Asumamos, por mor del argumento, que el derecho puede cambiar las preferencias de las personas. ¿Debería el derecho hacer aquello? La respuesta es más complicada de lo que parece[1159].

[1155] Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Path of the Law,* 10 Harv. L. Rev. 457, 459 (1897).

[1156] The Federalist No. 51, 264 (James Madison) (Ian Shapiro ed., 2009).

[1157] Aristóteles, Nicomachean Ethics 34 (Martin Ostwald trad., 1962) ("Los legisladores hacen al ciudadano bueno por la vía de inculcarle hábitos, y este es el fin de todo legislador; si no logra éxito en hacer aquello, lo que legisla puede ser considerado un fracaso").

[1158] *Véase*, por ejemplo, Guido Calabresi, Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law: Private Law Perspectives on a Public Law Problem 84 (1985) ("El derecho … está esencialmente enfocado en moldear gustos").

[1159] La siguiente discusión se basa en Michael D. Gilbert y Andrew T. Hayashi, *Do Good Citizens Need Good Laws? Economics and the Expressive Function*, 22 Theor. Inq. Law 153 (2021).

Manipular las preferencias parece peligroso, pues se asemeja un poco a un lavado de cerebro. No deberíamos hacerlo a menos que tengamos confianza de que las nuevas preferencias serán mejores. Para llegar a esta conclusión, necesitamos un método para comparar preferencias, pero el análisis económico no tiene uno. En general, el análisis económico toma las preferencias como un hecho bruto, como algo dado, e intenta satisfacerlas[1160]. No las evalúa. Evaluar las preferencias requiere una teoría moral, cuestión que va más allá de la satisfacción de preferencias. Discutimos este problema en el capítulo anterior. ¿Debería la satisfacción de un criminal al infringir la ley contar para efectos de calcular el bienestar social? Responder que "sí" parece inmoral, pero responder que "no" implica que podemos distinguir entre preferencias buenas y malas. El análisis económico no tiene cómo hacer esta distinción, y los filósofos no se ponen de acuerdo en cómo hacerlo[1161].

Este problema podría preocupar más a los académicos que a los legisladores. Un legislador podría decir: "No me importan tus teorías, ¡solo haz que la gente sea más amable para que yo pueda gastar menos en *enforcement*!". ¿Funcionaría esto? De nuevo, la respuesta es complicada.

Vuelve a considerar el caso *Boomer*, del capítulo anterior[1162]. El polvo de una planta de cemento perjudicaba a los vecinos. El problema de fondo era una externalidad negativa: los dueños de la planta no consideraban los intereses de los vecinos al momento de operar. El tribunal ordenó a los propietarios indemnizar a los vecinos por los daños, forzándolos así a internalizar la externalidad. La ley corrigió los malos incentivos de los propietarios, pero a un coste elevado. El caso requirió de tribunales, jueces, abogados, pruebas, una ley sobre molestias, etc.

La ley obligó a los propietarios a pagar. Supón que, en lugar de eso, la ley lograra que los propietarios fueran amables. Para hacer esto más concreto, imagina que la ley los vuelve "adversos al daño". Los propietarios adversos al daño se sienten mal si perjudican a los vecinos, incluso si pagan una compensación.

Este cambio en sus preferencias no resolvería el problema. Para entender por qué, imagina primero como eran los propietarios antes del cambio de preferencias. Al hacerlos pagar una compensación,

[1160] Recuerda que los economistas usualmente buscan maximizar el bienestar social, donde el bienestar social consiste en una agregación de la utilidad de los individuos. La utilidad de los individuos depende de la satisfacción de sus preferencias. Por lo tanto, la satisfacción de las preferencias constituye la base fundamental del bienestar social.

[1161] Para dejar claro este punto, muchas personas están de acuerdo en que ciertas preferencias son buenas y que ciertas preferencias son malas. Sin embargo, discrepan sobre el porqué. Por lo tanto, carecemos de un consenso sobre los criterios para clasificar las preferencias como buenas o malas.

[1162] Boomer v. Atlantic Cement Co., 257 N.E. 2d 870 (N.Y. 1970).

la ley transfiere el daño de los vecinos a los propietarios. Ahora piensa en los propietarios después del cambio de preferencias. Al volverlos adversos al daño, la ley genera un nuevo daño: la aversión al daño los hace sentirse mal, creando un nuevo coste psicológico. Los propietarios internalizan ese coste psicológico. Sin embargo, para que los incentivos sean correctos, deben internalizar todo el daño que causan, incluido el que sufren los vecinos. Para internalizar ese daño, deben pagar una compensación.

Para clarificar este punto, describamos los costos que tienen las partes involucradas. Los costos de los vecinos dependen del daño que sufren y de la compensación que reciben. Cuanto peor es el polvo, mayores son sus costos; y cuanta más compensación reciben, menores son sus costos. Podemos expresar esto así:

Costos de los vecinos = daño – compensación

Los costos de los propietarios egoístas dependen de la compensación que pagan y de los costos de disminuir el daño que producen. Pagar compensación incrementa sus costes, y también lo hace reducir sus emisiones de polvo (disminuyendo la producción, instalando filtros, etc.):

Costes de los propietarios egoístas = compensación + costo de disminución de emisiones de polvo

Si sumamos los costos individuales, obtenemos los costos sociales:

Costos sociales = daño – compensación + compensación + costo de disminución de emisiones de polvo

La compensación es solo una transferencia de dinero de un bolsillo a otro, por lo que se cancela, quedando lo siguiente:

Costos sociales = daño + costo de disminución de emisiones de polvo

Para alinear los incentivos de los propietarios con los costos sociales, queremos que sus costos (compensación + costo de disminución de emisiones de polvo) igualen los costos sociales (daño + costo de disminución de emisiones de polvo). La ley consigue esto cuando la compensación que pagan es igual al daño que causan.

Hagamos de nuevo el análisis, pero ahora con propietarios adversos al daño. Los costos de los vecinos no cambian. Recuerda que los propietarios adversos al daño se sienten mal si causan daño, incluso si pagan compensación[1163]. Entonces, los costes de estos propietarios se pasarían a ver así:

Costos de los propietarios adversos al daño = compensación + costo de disminución de emisiones de polvo + coste psicológico

Los costes sociales serían la suma de los anteriores:

Costes sociales = daño – compensación + compensación + costo de disminución de emisiones de polvo + coste psicológico

Como antes, la compensación se cancela, quedando:

Costes sociales = daño + costo de disminución de emisiones de polvo + coste psicológico

Para alinear los incentivos, queremos que los costos de los propietarios (compensación + costo de disminución de emisiones de polvo + coste psicológico) igualen los costes sociales (daño + costo de disminución de emisiones de polvo + coste psicológico). El derecho lo logra cuando la compensación que pagan es igual al daño que causan, es decir, la misma conclusión que antes.

Hacer que los propietarios sean adversos al daño no resuelve el problema del *enforcement*. Por sí solos, los propietarios "amables" seguirían contaminando demasiado. Para crear incentivos eficientes, la ley debe obligarlos a pagar por el daño que causan. Aún hacen falta tribunales, jueces, abogados, pruebas, leyes de responsabilidad extracontractual, etc.

Hasta ahora hemos considerado solo un posible cambio en las preferencias de las personas: la aversión al daño. Hay muchos otros cambios posibles. ¿Resolverá alguno de dichos cambios el problema? Para que los incentivos de los propietarios sean los correctos, ¿no tendrán que pagar siempre una compensación, incluso si sienten simpatía, culpa, arrepentimiento, remordimiento o cualquier otro sentimiento?

[1163] A diferencia de los propietarios adversos al daño, los propietarios "empáticos" se sienten mal si causan daño, pero se sienten bien si pagan una compensación. Hacer que los propietarios sean empáticos no cambiaría nuestro argumento central. Véase Michael D. Gilbert y Andrew T. Hayashi, *Do Good Citizens Need Good Laws? Economics and the Expressive Function*, 22 Theor. Inq. Law 153 (2021).

Preguntas

3.5.1.Los propietarios de plantas de este tipo y que son adversos al daño externalizan costos, por lo que contaminan demasiado. Sin embargo, contaminan menos que los propietarios egoístas. Explica por qué (Pista: observa las fórmulas de costos en el texto).
3.5.2. Al hacer que los propietarios sean adversos al daño, la ley disminuye los costos de contaminación y aumenta los costos psicológicos. ¿Esto incrementa o disminuye los costos sociales en general? ¿Tiene el análisis económico una respuesta?[1164]
3.5.3. En lugar de hacer que los propietarios sean adversos al daño, supón que la ley hiciera que los vecinos fueran desinteresados. Los vecinos desinteresados no se preocupan por la contaminación. ¿Eliminaría el desinterés la externalidad negativa? ¿Debería el derecho hacer que las personas que sufren por la contaminación, la discriminación, la coerción u otros agravios sean desinteresadas?

4. Legitimidad Judicial

Los jueces toman decisiones sobre cuestiones fundamentales como el aborto, la religión, la seguridad nacional y la separación de poderes. A veces, sus decisiones producen enfado en funcionarios poderosos. Durante una controversia electoral en 2020, el presidente Trump dijo a sus partidarios: "No estoy contento con la Corte Suprema", y que los jueces parecen "hacerle daño a nuestro país"[1165]. Dos siglos antes, en un caso llamado *Worcester v. Georgia*, la Corte Suprema sostuvo que los estados no pueden emitir regulación respecto de las tierras de los nativos americanos[1166]. La decisión enfureció al presidente Andrew Jackson, quien dijo: "El juez presidente John Marshall ha tomado su decisión; ahora que se haga cargo de su *enforcement*"[1167].

Concluimos nuestros capítulos sobre *enforcement* recordando un desafío que perpetuamente se manifiesta en el derecho público: el cumplimiento de las normas por parte del estado. El estado debe obedecer la ley, incluida la constitución. Cuando los funcionarios gubernamentales violan la ley, los

[1164] *Véase id.*

[1165] Natalie Colarossi, *Trump Suggests Supreme Court Is "Going Out of Their Way to Hurt Us" Amid Election Setbacks at D.C. Rally,* Newsweek, 6 de enero de 2021.

[1166] 31 U.S. 515 (1832).

[1167] Esta cita se atribuye comúnmente a Jackson, pero no está claro si realmente dijo aquello. *Véase* Edwin A. Miles, *After John Marshall's Decision: Worcester v. Georgia and the Nullification Crisis*, 39 J. So. Hist. 519, 519 n.1 (1973).

tribunales dictan resoluciones en su contra (o deberían hacerlo). ¿Cómo pueden los tribunales lograr que funcionarios poderosos respeten sus decisiones? Los tribunales tienen plumas, no espadas ni armas de fuego. Hamilton llamó al poder judicial la rama "menos peligrosa" del estado porque los jueces no tienen "ni fuerza ni voluntad, sino únicamente juicio"[1168].

Hemos explorado este desafío a lo largo de todo el libro. Hemos mostrado que una explicación posible de que los funcionarios de bajo rango cumplan la ley es que los tribunales pueden (en teoría) enviarlos a la cárcel. Hemos argumentado que los funcionarios podrían cumplir para proteger sus reputaciones (recuerda a la secretaria Norton). En las democracias competitivas, los gobiernos podrían cumplir en virtud de la reciprocidad. El gobierno de hoy respeta la ley esperando que el gobierno opositor de mañana haga lo mismo. A largo plazo todos se benefician del Estado de derecho, incluso si resulta frustrante a corto plazo.

Aquí estudiamos otro mecanismo de cumplimiento normativo que apasiona a muchos abogados: la *legitimidad judicial*.

4.1. Definiendo la legitimidad

Según la jueza O'Connor, el poder de la Corte Suprema reside "en su legitimidad, un producto de la sustancia y percepción que se manifiesta en la aceptación del Poder Judicial por parte del pueblo"[1169]. Su argumento sitúa la legitimidad en el centro del cumplimiento normativo. ¿Qué es la legitimidad? Los académicos utilizan el término de diferentes maneras. La legitimidad "legal" significa que un tribunal toma decisiones legalmente correctas, mientras que la legitimidad "moral" significa que un tribunal toma decisiones moralmente correctas[1170]. Estas formas de legitimidad podrían fomentar el cumplimiento, quizás promoviendo un deber de obediencia [1171].

[1168] The Federalist No. 78, en la p. 392 (Alexander Hamilton) (Ian Shapiro ed., 2009).

[1169] Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 865 (1992).

[1170] *Véase*, *en general,* Richard H. Fallon, Jr., Law and Legitimacy in the Supreme Court (2018).

[1171] *Véase*, por ejemplo, Max Weber, Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology, vol. 1, 31 (Guenther Roth y Claus Wittich eds., 1978) (sostiene que "la creencia en la existencia de un orden legítimo" puede guiar el comportamiento y que la "creencia en la legalidad" es el "tipo de legitimidad más común").

Nos concentramos en otra forma de legitimidad, la legitimidad "sociológica". La legitimidad sociológica se relaciona con el apoyo popular[1172]. Cuando las personas desaprueban el desempeño del tribunal, su legitimidad sociológica se ve afectada, y viceversa[1173]. Aparentemente, los casos individuales pueden afectar la legitimidad sociológica del tribunal. Para ilustrarlo, en *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, la Corte Suprema mantuvo sin modificaciones una controvertida parte de la *Affordable Care Act* (una ley "liberal")[1174]. La legitimidad sociológica de la Corte aumentó entre los liberales, pero disminuyó entre los conservadores[1175].

La legitimidad sociológica puede promover el cumplimiento por parte de los actores gubernamentales, especialmente si se trata de funcionarios electos. Si un tribunal goza de apoyo popular, desafiarlo conlleva un costo político. Cuando la Corte Suprema ordenó al presidente Nixon entregar sus grabaciones, Nixon tuvo que cumplir. Cuando la Corte resolvió las elecciones presidenciales de 2000 a favor de Bush, Gore no pudo resistirse. En ambos casos, la presión pública actuó como un mecanismo de *enforcement*[1176]. Desafiar a la Corte Suprema puede convertirse en un punto focal que genera un costo político.

Algunos jueces se preocupan sobre la legitimidad, quizás porque se preocupan por el *enforcement* de sus decisiones. El juez Stevens escribió que *Bush v. Gore* socavaría "la confianza de la Nación en el juez como guardián imparcial del Estado de derecho"[1177]. El juez Breyer temía que el caso pudiera minar "la

[1172] Los académicos dividen la legitimidad sociológica en las categorías de "difusa" y "específica". La legitimidad difusa surge del compromiso con la democracia y el Estado de derecho, mientras que la legitimidad específica proviene de la satisfacción que se tiene con el desempeño de un tribunal. Véase James L. Gibson y Michael J. Nelson, *The Legitimacy of the US Supreme Court: Conventional Wisdoms and Recent Challenges Thereto*, 10 Ann. Rev. L. Soc. Sci. 201, 204–05 (2014). Nos concentramos en la legitimidad específica.

[1173] Nuestra breve discusión sobre este asunto pasa por alto algunos complicados asuntos. Algunas investigaciones sugieren que la legitimidad difusa y la específica son independientes, mientras que otros estudios muestran que las disminuciones en la legitimidad específica reducen la legitimidad difusa, ya sea gradualmente o de inmediato. Véase, en general, id.; Gregory A. Caldeira y James L. Gibson, *The Etiology of Public Support for the Supreme Court, 36 Am. J. Pol. Sci. 635* (1992); Vanessa A. Baird, *Building Institutional Legitimacy: The Role of Procedural Justice, 54 Pol. Res. Q. 333* (2001); Brandon L. Bartels y Christopher D. Johnston, *On the Ideological Foundations of Supreme Court Legitimacy in the American Public,* 57 Am. J. Pol. Sci. 184 (2013).

[1174] 567 U.S. 519 (2012).

[1175] *Véase* Dino P. Christenson y David M. Glick, *Chief Justice Roberts's Health Care Decision Disrobed: The Microfoundations of the Supreme Court's Legitimacy,* 59 Am. J. Pol. Sci. 403, 415–16 (2015).

[1176] *Véase* Diana Kapiszewski, Gordon Silverstein y Robert A. Kagan, *Conclusion, en* Consequential Courts: Judicial Roles in Global Perspective 398, 402–03 (Diana Kapiszewski, Gordon Silverstein y Robert A. Kagan eds., 2013). *Véase también* Clifford James Carrubba, *A Model of the Endogenous Development of Judicial Institutions in Federal and International Systems,* 71 J. Pol. 55 (2009); Tom S. Clark, *The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy,* 53 Am. J. Pol. Sci. 971 (2009).

[1177] Bush v. Gore, 531 U.S. 98, 129 (2000) (Stevens, J., en disidencia).

confianza pública en la Corte"[1178]. En el caso mencionado anteriormente sobre la Affordable Care Act, supuestamente el juez presidente Roberts cambió su voto para proteger la reputación de la Corte[1179]. En suma, la legitimidad sociológica supone apoyo popular, y el apoyo popular mejora el cumplimiento de las órdenes judiciales. ¿Cómo pueden los jueces obtener apoyo popular? Tomar decisiones populares parece un método natural. Sin embargo, a veces los jueces no tienen esa opción. A veces, la decisión popular y la decisión conforme a derecho entran en conflicto.

Preguntas

4.1.1.¿Puede un tribunal sin legitimidad moral tener legitimidad legal? ¿Puede un tribunal sin legitimidad legal tener legitimidad sociológica?
4.1.2. La Corte Suprema tiene nueve jueces. Los jueces individuales pueden tomar decisiones para aumentar la legitimidad de la Corte. ¿Algún juez individual internaliza el beneficio completo de tales decisiones? ¿Es la legitimidad judicial un bien público?

4.2. Las virtudes pasivas

En la década de 1950, Ruby Elaine, una mujer blanca, se casó con Han Say Naim, un hombre asiático. Se casaron en Carolina del Norte, pero se establecieron en Virginia. Cuando Ruby buscó anular el matrimonio un año después, la ley estatal la respaldaba. La ley de Virginia prohibía el matrimonio interracial. Su esposo se opuso a la anulación, y la ley federal lo apoyaba a él. La Corte Suprema acababa de decidir *Brown v. Board of Education*, invalidando las leyes que segregaban por raza las escuelas públicas[1180]. Si los estados no podían discriminar por raza en la escuela, presumiblemente tampoco podían discriminar por raza en el ámbito del matrimonio. En *Naim v. Naim*, la Corte Suprema enfrentó presiones contrapuestas[1181]. Las leyes que prohibían el matrimonio interracial probablemente eran inconstitucionales según *Brown*. Sin embargo, eran generalizadas y populares[1182].

[1178] *Id.* en 157 (Breyer, J., en disidencia).

[1179] *Véase* Tara Leigh Grove, *The Supreme Court's Legitimacy Dilemma,* 132 Harv. L. Rev. 2240, 2243 (2019) (reseña de libro).

[1180] 347 U.S. 483 (1954).

[1181] 350 U.S. 891 (1955). *Véase también* Naim v. Naim, 87 S.E. 2d 749 (Va. 1955).

[1182] Michael J. Klarman, From Jim Crow to Civil Rights 321 (2004) ("En los cincuentas las encuestas de opinión demostraban que cerca del 90% de las personas blancas, incluso sin contar aquellas del sur, se oponían al matrimonio interracial").

Cuando el derecho y la política chocan, los jueces enfrentan un dilema. Pueden tomar una decisión basada en principios que provoque a los actores poderosos, o pueden tomar una decisión carente de principios que los apacigüe. Ninguna opción es atractiva. La primera debilita a los tribunales al invitar una reacción adversa. En *Naim*, la Corte Suprema podía invalidar la ley racial de matrimonio—y enfurecer a gobernadores, legisladores, tribunales estatales y posiblemente a millones de votantes. Esto podría amenazar la legitimidad sociológica de la Corte. La segunda opción, tomar una decisión sin principios, debilita el derecho. Confirmar el estatuto racista de Virginia socavaría *Brown* y amenazaría la legitimidad legal y moral de la Corte.

Un académico llamado Alexander Bickel se fijó en una tercera opción: evitar resolver la disputa[1183]. Los jueces pueden utilizar maniobras legales para eludir casos como *Naim*. Por ejemplo, los tribunales federales en Estados Unidos podrían decidir que un demandante no tiene "legitimación activa" o que el asunto no está suficientemente "madurado" como para ser considerado. Si el caso presenta una "cuestión política", entonces corresponde al poder legislativo y al ejecutivo resolverlo, no a los tribunales. La legitimación activa, la madurez del asunto y las cuestiones políticas están relacionadas con si el tribunal tiene o no jurisdicción. Si estos requisitos no se cumplen, los tribunales federales carecen de jurisdicción y no pueden conocer el caso.

Cuando los jueces evitan casos controvertidos, ejercen virtudes pasivas[1184]. Según Bickel, las virtudes pasivas ofrecen una vía de escape ante algunos casos difíciles. Los jueces pueden tomar decisiones de principio—"carecemos de jurisdicción"—sin tomar una posición sobre cuestiones polarizantes. La Corte Suprema ejerció virtudes pasivas en Naim. Los jueces desestimaron el caso con un solo párrafo, señalando que:

[1183] Alexander Bickel, The Least Dangerous Branch (2a ed. 1986). Bickel no utilizó con frecuencia el término "legitimidad judicial", pero podemos entenderlo en esos términos. *Véase id.* en 30; Alexander M. Bickel, The Supreme Court and the Idea of Progress 90 (1978) ("Las sentencias de la Corte Suprema pueden presentarse como universalmente prescriptivas; pero en los hechos solo adquirieron tal carácter cuando lograron tener apoyo transversal… Las sentencias de la Corte necesitan primero del asentimiento y cooperación de las instituciones políticas, y luego necesitan el asentimiento y apoyo del pueblo").
The Supreme Court's judgments may be put forth as universally prescriptive; but they actually become so only when they gain widespread assent. . . . [T]he Court's judgments need the assent and the cooperation first of the political institutions, and ultimately of the people".).

[1184] Alexander Bickel, The Least Dangerous Branch 111–98 (2a ed. 1986).

> La insuficiencia del expediente... y el hecho de que las partes no hayan traído aquí todas las cuestiones relevantes para la resolución del caso, impide que la cuestión constitucional de la validez del estatuto de Virginia sobre la mezcla de razas se considere en forma clara y concreta, sin que la enturbien tales problemas[1185].

Además de casos referidos a relaciones sexo afectivas entre personas pertenecientes a distintas "razas" o etnias, la Corte ha evitado casos controvertidos sobre aborto, discriminación LGBTQ, la guerra de Vietnam, y otros casos similares[1186].

Algunos académicos apoyan el ejercicio de las virtudes pasivas, mientras que otros no[1187]. Los críticos sostienen que los jueces carecen de autoridad legal para evitar conocer de casos por razones estratégicas. Argumentan que evitar dichos casos causa injusticia, como cuando la Corte Suprema se negó a invalidar el estatuto racista de Virginia[1188]. Sostienen que evitar casos podría disminuir la legitimidad sociológica de la Corte, en lugar de aumentarla. En *Naim*, la cuestión era si las personas pueden casarse con quien aman, sin importar la raza. ¿Cómo puede evitar una cuestión tan fundamental aumentar la legitimidad de los tribunales?

Para bien o para mal, los tribunales en todo el mundo ejercen virtudes pasivas[1189]. Bickel identificó un fenómeno importante. En la siguiente sección, utilizamos herramientas de este libro para analizarlo.

[1185] Naim v. Naim, 350 U.S. 891 (1955) (se omiten las comillas y las citas internas). *Véase también* Doris Marie Provine, Case Selection in the United States Supreme Court 59–60 (1980) (se informa que el secretario del juez Burton dudó en recomendar tomar el caso *Naim* debido al "sentimiento de que deberíamos darle al fuego que actualmente arde la oportunidad de consumirse enteramente").

[1186] *Véase*, por ejemplo, Stenehjem v. MKB Mgmt. Corp., 136 S. Ct. 981 (2016) (aborto); Baker v. Nelson, 409 U.S. 810 (1972) (discriminación); Lisa A. Kloppenberg, Playing It Safe: How the Supreme Court Sidesteps Hard Cases and Stunts the Development of Law 17–33 (2001) (leyes que proponen que la única lengua official sea la lengua inglesa); Rodric B. Schoen, *A Strange Silence: Vietnam and the Supreme Court, 33 Washburn L.J. 275, 278–303 (*1994) (guerra).

[1187] *Véase*, por ejemplo, Jan G. Deutsch, Neutrality, *Legitimacy and the Supreme Court: Some Interactions Between Law and Political Science,* 20 Stan. L. Rev. 169 (1968).

[1188] La Corte Suprema declaró inválidas las prohibiciones al matrimonio interracial en Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

[1189] *Véase* Erin F. Delaney, *Analyzing Avoidance: Judicial Strategy in Comparative Perspective*, 66 Duke L.J. 1 (2016).

Preguntas

4.2.1.La ley de California exigía que los estudiantes de escuelas públicas recitaran el juramento a la bandera, que incluye la frase "bajo Dios". Michael Newdow alegó que el juramento equivalía a un adoctrinamiento religioso de su hija por parte del estado. La Corte Suprema sostuvo que Newdow carecía de legitimación activa (*standing*) porque su exesposa tenía la custodia legal de su hija[1190]. Dado que Newdow carecía de legitimación activa, la Corte desestimó su caso. Los jueces no decidieron si el juramento viola la libertad religiosa. ¿Ejerció la Corte virtudes pasivas?

4.2.2. En *Texas v. Johnson*, la Corte Suprema sostuvo que las personas tienen un derecho constitucional a quemar la bandera estadounidense en señal de protesta[1191]. La decisión generó una controversia que duró años. ¿Debería la Corte haber ejercido virtudes pasivas y evitado el asunto? Al responder, considera lo que escribió el juez Kennedy sobre el caso: "[S]e nos presenta una ley clara y simple que debe juzgarse frente a una orden pura de la Constitución. El caso no puede dejarse en ninguna otra puerta más que la nuestra"[1192].

4.2.3. Bickel se preocupaba por la "dificultad contramayoritaria", que surge cuando jueces no electos anulan leyes promulgadas por mayorías democráticas. ¿Crees que los jueces frustran rutinariamente la voluntad de la mayoría?[1193]

4.3. Modelando el cumplimiento de la ley

Resumamos lo que hemos discutido hasta ahora. Partimos preguntando cómo pueden los tribunales lograr que funcionarios poderosos cumplan con sus decisiones. El apoyo popular ofrece una respuesta. Desobedecer a un tribunal que es popular puede imponer un costo político a los legisladores y al poder ejecutivo, especialmente en una democracia. ¿Cómo puede un tribunal generar apoyo popular? Entre los abogados, un tribunal podría lograr apoyo dictando decisiones legalmente correctas. Sin embargo, la mayoría de los ciudadanos no son abogados, y quienes no son abogados a menudo no

[1190] Elk Grove Unified Sch. Dist. v. Newdow, 542 U.S. 1 (2004).

[1191] 491 U.S. 397 (1989).

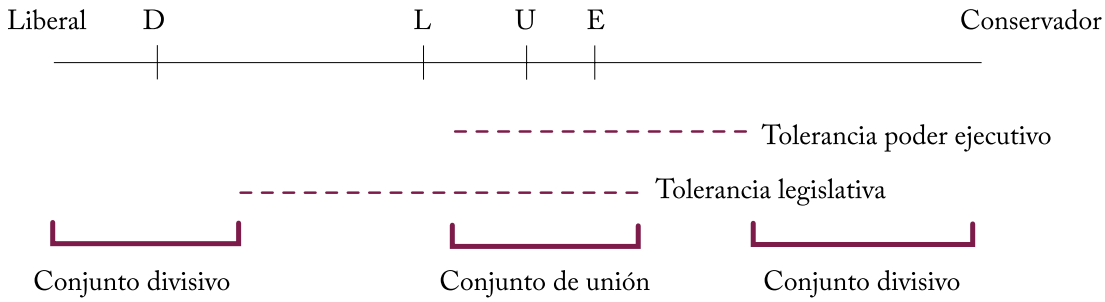
[1192] *Id.* en 420 (Kennedy, J., concurrente).

[1193] *Véase,* por ejemplo, Jonathan P. Kastellec, *Empirically Evaluating the Countermajoritarian Difficulty: Public Opinion, State Policy, and Judicial Review before Roe v. Wade*, 4 J.L. & Courts 1 (2016).

pueden distinguir entre decisiones legalmente correctas e incorrectas. Para generar apoyo entre el público general, un tribunal podría dictar decisiones populares, o al menos decisiones que la mayoría de los ciudadanos considere razonables. Esta estrategia podría funcionar en muchos casos, pero no en todos. Casos como *Naim* enfrentan el derecho con la política. Un tribunal puede dictar una decisión legalmente correcta o una decisión popular, pero no ambas. Bickel alentaba a los tribunales a evitar este tipo de casos.

Podemos precisar estas ideas usando herramientas de capítulos anteriores. La Figura 71representa un espectro de doctrinas legales, donde el lado izquierdo corresponde a doctrinas liberales y el lado derecho corresponde a doctrinas conservadoras. Por ejemplo, en un caso sobre la separación entre iglesia y estado, el tribunal podría fijar la doctrina en el extremo izquierdo (liberal), que no permitiera casi ningún apoyo gubernamental a la religión, o podría fijarla en el extremo derecho (conservador), que permitiera un apoyo estatal sustancial a la religión. El punto L indica la doctrina preferida por el poder legislativo, y E indica la doctrina preferida por el poder ejecutivo. (Por ahora, ignora los puntos D y U). Todos los actores prefieren una doctrina más cercana a sus puntos ideales.

Figura 71. Casos y cumplimiento



Si el tribunal resuelve el caso en *E* o *L*, el actor correspondiente seguramente cumplirá con la decisión. Sin embargo, el tribunal no actúa dentro de límites tan estrechos. El poder legislativo y el poder ejecutivo tienen intervalos de tolerancia indicados por las barras horizontales. Si el tribunal resuelve dentro de un intervalo de tolerancia, el actor correspondiente cumplirá. Para ilustrar, supón que el tribunal establece la doctrina en un punto apenas a la izquierda de **E**. Este resultado no coincide con el punto ideal del ejecutivo, pero se encuentra dentro de su intervalo de tolerancia, por lo que el ejecutivo cumplirá. El ejecutivo no intentará proporcionar más apoyo a la religión del que permite la doctrina del tribunal.

La amplitud de los intervalos de tolerancia depende en parte del apoyo popular—es decir, de la legitimidad sociológica del tribunal. Si el tribunal goza de un alto nivel de legitimidad, entonces desobedecerle sería especialmente costoso para el ejecutivo y el legislativo. Esos actores tolerarán grandes desviaciones de sus resultados preferidos para evitar pagar el costo político. Así, los intervalos de tolerancia son amplios. Si el tribunal tiene poca legitimidad, los intervalos de tolerancia son estrechos.

Supón que el tribunal recibe un caso sobre religión. En la Figura 71, *U* representa la respuesta legalmente correcta. *U* se encuentra dentro de los intervalos de tolerancia de ambos actores. Entonces, el tribunal puede resolver el caso en *U*, y el ejecutivo y el legislativo cumplirán con la decisión. Esto representa un caso de unidad[1194]. En un caso de unidad, el derecho y la política se alinean. El tribunal puede dictar la decisión legalmente correcta y asegurar su cumplimiento. En general, cualquier caso cuya resolución correcta se encuentre dentro del "conjunto de unidad" es un caso de unidad.

Para profundizar en el análisis, supón que el caso no tiene un único resultado correcto en *U*. Los materiales legales otorgan a los jueces discreción para fijar la doctrina en cualquier punto entre *U* y *E*. Una vez más, esto representa un caso de unidad. Si el tribunal selecciona un resultado dentro de ese rango, asegurará su cumplimiento y dictará una decisión legalmente permisible.

Veamos qué pasa si cambia el escenario. El tribunal recibe un caso sobre religión, y *D* representa la respuesta legalmente correcta. En la Figura 71, *D* se encuentra fuera de los intervalos de tolerancia. Si el tribunal decide el caso en *D*, el ejecutivo y el legislativo no cumplirán. Por ejemplo, podrían continuar subsidiando escuelas religiosas, aunque la doctrina *D* lo prohíba. Esto representa un caso *divisivo*. Generalizando, cualquier caso cuya resolución legalmente correcta se encuentre dentro del "conjunto divisivo" es un caso divisivo.

Hemos traducido parte del debate sobre la legitimidad y las virtudes pasivas a un modelo espacial. En la Figura 71, el tribunal debería resolver los casos de unidad y evitar los casos divisivos.

Ahora extendamos el análisis[1195]. Los intervalos de tolerancia incorporan los costos políticos que pagan los actores estatales por desafiar al tribunal. Los costos políticos en parte dependen de la legitimidad sociológica del tribunal, es decir, de la satisfacción del público con el desempeño del

[1194] Véase Michael D. Gilbert y Mauricio A. Guim, *Active Virtues*, 98 Wash. U.L. Rev. 857, 860 (2021).

[1195] Esta discusión se basa en Lee Epstein, Jack Knight y Olga Shvetsova, *The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government*, 35 Law & Soc'y Rev. 117 (2001).

tribunal. Los costos políticos también podrían depender de la historia de cumplimiento normativo. Supón que el poder ejecutivo y el poder legislativo desobedecen rutinariamente al tribunal. Un acto más de desobediencia probablemente no les costará mucho. Probablemente no causará un daño significativo a sus reputaciones y, lo que es más importante, probablemente no podrá servir como un punto focal para la resistencia pública. Si los ciudadanos no se coordinaron anteriormente contra la desobediencia del estado, ¿por qué lo harían ahora? Por el contrario, supón que el estado tiene un largo historial de cumplimiento. El tribunal dicta decisiones, y el gobierno cumple. Un acto repentino de incumplimiento podría costarle mucho a un ente estatal. Las reputaciones de los funcionarios se verían afectadas. Desafiar al tribunal podría convertirse en un punto focal, provocando que los ciudadanos se coordinen contra un ente estatal.

Podemos aplicar esta idea a la Figura 71. Si el tribunal decide un caso dentro del conjunto de unidad, el gobierno cumplirá con la decisión. Al cumplir hoy, el gobierno incrementa el costo para sí mismo de incumplir mañana. Así, los intervalos de tolerancia se ensanchan ligeramente. Intervalos de tolerancia más amplios implican un conjunto de unidad más amplio, lo que otorga al tribunal mayor flexibilidad. Si el tribunal dicta más decisiones dentro del conjunto de unidad, el gobierno cumplirá con dichas decisiones, y el conjunto de unidad se ampliará aún más. Eventualmente, el conjunto de unidad será tan amplio que el gobierno obedecerá casi cualquier decisión.

Imagina el caso contrario. Si el tribunal decide dentro del conjunto divisivo, el gobierno no cumplirá con su decisión. Al desobedecer hoy, el estado disminuye el costo para sí mismo de desobedecer mañana. Los intervalos de tolerancia se reducen y el conjunto de unidad se estrecha. El tribunal tiene menos flexibilidad. Eventualmente, el conjunto de unidad desaparecerá, lo que significa que el tribunal no podrá asegurar el pleno cumplimiento de ninguna decisión.

Podemos relacionar estas ideas con las virtudes pasivas. Decidir un caso divisivo hoy debilita al tribunal mañana al reducir el conjunto de unidad. En lugar de resolver el caso, el tribunal podría evitarlo. Evitar el caso podría disminuir la legitimidad sociológica del tribunal (así como su legitimidad legal y moral). Así, evitar el caso podría reducir el conjunto de unidad. Si decidir un caso divisivo redujera el conjunto de unidad más que evitar el caso, entonces el tribunal debería ejercer las virtudes pasivas, y viceversa.

Estas ideas pueden ayudar a explicar ciertas dinámicas del poder judicial[1196]. Creado en 1991, el Primer Tribunal Constitucional de Rusia disfrutaba formalmente de independencia y jurisdicción

[1196] *Véase id.* en 135–53 (aquí se relata la historia del Tribunal Constitucional de Rusia).

sobre muchos asuntos. Sin embargo, el tribunal carecía de legitimidad sociológica. En una encuesta realizada en 1993, solo el 10 por ciento de los rusos confiaba en el tribunal[1197]. El tribunal tomó de inmediato decisiones controvertidas sobre el poder ejecutivo y el federalismo. Dos años después de la creación del tribunal, y después de que el gobierno ignorara algunas de sus decisiones, el presidente Boris Yeltsin lo suspendió. El Segundo Tribunal Constitucional de Rusia ha tenido más éxito. En lugar de "buscar con ansias una pelea política", el tribunal se centró en cuestiones "más seguras" [1198]. Como dijo un magistrado, el tribunal debía "encontrar un nicho estable en el aparato estatal" desarrollando su "prestigio y estatus" [1199]. El tribunal ha funcionado desde 1995. La historia del Tribunal Constitucional de Rusia es coherente con las ideas desarrolladas aquí.

En resumen, los funcionarios poderosos cumplen con las decisiones judiciales cuando los costos políticos asociados a su incumplimiento son altos. Los tribunales pueden aumentar los costos políticos del incumplimiento dictando decisiones "seguras" que los gobiernos obedecerán —en la figura, decisiones dentro del conjunto de unidad—. Al generar un historial de cumplimiento, los tribunales hacen que el incumplimiento sea más costoso. A medida que aumentan los costos del incumplimiento, el tribunal tiene mayor discrecionalidad. Eventualmente, el tribunal puede dictar la decisión legalmente correcta en todos o casi todos los casos.

Según esta explicación, los tribunales construyen su poder con el tiempo. Para lograrlo, podrían evitar decidir sobre asuntos importantes durante un tiempo, como los límites a la autoridad ejecutiva. Algunas personas podrían rechazar este enfoque. Podrían decir que los tribunales deben aplicar correctamente la ley, no trazar estrategias sobre cómo maximizar su poder. Aplicar fielmente la ley, sin importar si el gobierno cumplirá o no con la decisión, podría construir la legitimidad legal del tribunal (y tal vez su legitimidad moral). Pero aplicar fielmente la ley no puede por sí solo garantizar el cumplimiento de las decisiones, no cuando la decisión afecta una parte nuclear del poder estatal o entra en conflicto con la voluntad popular. ¿De qué sirve el derecho si no hay cumplimiento? ¿Quién quiere un tribunal que no pueda limitar al Estado?

[1197] *Véase id.* en 144.

[1198] *Véase id.* en 152–54.

[1199] *Véase id.* en 153.

Preguntas

4.3.1. Un tribunal recibe un caso cuya resolución legalmente correcta se encuentra dentro del intervalo de tolerancia del poder ejecutivo, pero no dentro del intervalo de tolerancia del poder legislativo. ¿Debería el tribunal resolver el caso?
4.3.2. Un tribunal podría asegurar que los poderes estatales cumplieran con sus decisiones en cada caso si ignorara la ley y tomara decisiones que complacieran al poder ejecutivo y al legislativo. ¿Aumentaría esto la legitimidad del tribunal?
4.3.3. La Corte Suprema de los Estados Unidos toma decisiones importantes sobre el derecho constitucional y el poder del gobierno. A diferencia de otros tribunales federales, la Corte Suprema tiene el control casi total sobre las causas que conoce, lo que significa que puede negarse a conocer casos. Si fueras un juez que intenta construir la legitimidad de su tribunal, ¿querrías tener control sobre los casos que conoces? ¿Deberían los redactores constitucionales otorgarle a la corte suprema el poder de decidir qué casos fallar?
4.3.4. Imaginamos un tribunal resolviendo casos dentro del conjunto de unidad y evitando casos dentro del conjunto divisivo. En la práctica, los jueces tienen información imperfecta. No conocen los límites exactos de los conjuntos, por lo que podrían cometer errores. ¿Significa el riesgo de error que los tribunales no deberían ejercer las virtudes pasivas? Que los tribunales pueden controlar los casos que conocen, ¿disminuye el riesgo de error?

Virtudes activas

En los Estados Unidos, los jueces esperan pasivamente a que los casos lleguen a sus puertas. En una entrevista, el juez Scalia echó la culpa del caso *Bush v. Gore* al candidato Al Gore, quien inició el litigio. La Corte Suprema, dijo Scalia, "no fue en búsqueda de problemas". Esta postura pasiva está profundamente arraigada en la jurisprudencia estadounidense. Sin embargo, en otras partes del mundo, los jueces se comportan de manera diferente.

Considera algunos ejemplos. En Colombia, un empleado demandó a su empleador por una lesión en el trabajo. Ninguna de las partes apeló la decisión del tribunal de primera instancia, lo que significa que nadie pidió a un tribunal superior que interviniera. Sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia asumió conocimiento del caso e hizo una importante declaración sobre el derecho a la salud. En Pakistán, la jurisdicción "suo moto" permite a los tribunales iniciar casos. Cuando estufas de aceite causaron la muerte de personas en sus hogares, un juez pakistaní inició un caso contra el fabricante. La Corte Suprema de India inicia casos a partir

de artículos periodísticos. La Corte ha establecido precedentes importantes sobre condiciones carcelarias, debido proceso y otros asuntos mediante este proceso.

¿Por qué estos tribunales inician casos? ¿Por qué "van en búsqueda de problemas"? He aquí una hipótesis. Para construir y mantener su legitimidad, los tribunales ejercen virtudes pasivas y evitan algunos casos divisivos. Pero no se detienen ahí. Los tribunales también buscan casos de unidad. Cuando los tribunales inician casos de unidad para aumentar su poder, ejercen virtudes activas. En la Figura 13.10, los tribunales encuentran disputas en el conjunto de unidad, las convierten en casos y dictan decisiones que luego son cumplidas.

Los tribunales nuevos o que carecen de una tradición muy prolongada podrían ejercer virtudes activas en su lucha por construir apoyo público. Una vez que tienen apoyo y un historial de cumplimiento de sus decisiones, pueden volverse pasivos. Quizás la Corte Suprema de los Estados Unidos se ajuste a este modelo. Hoy en día, los jueces esperan pasivamente los casos, pero no siempre fue así. En los primeros años de la Corte, los jueces "recorrían el circuito". Servían en la alta corte en Washington y viajaban para escuchar casos como miembros de tribunales de circuito. Bajo la *Judiciary Act* de 1802, los tribunales de circuito contaban solo con dos jueces, un juez local y el juez itinerante. Cuando los dos jueces no se ponían de acuerdo sobre un caso, "certificaban su división", lo que enviaba el caso a la Corte Suprema. Así, los jueces podían fabricar empates en los tribunales de circuito para crear casos para sí mismos en la Corte Suprema. Según el historiador legal G. Edward White, los jueces hicieron exactamente eso. Utilizaban el certificado de división para "ampliar su expediente" y elevar el "estatus" de su Corte al buscar "numerosas e importantes cuestiones".

Conclusión

Para disuadir el quebrantamiento de la ley, aumenta la sanción esperada. La fórmula parece sencilla, pero hay muchos detalles en juego. La probabilidad de sanción depende de si los agentes pueden registrar casas y teléfonos móviles. Depende de si los fiscales pueden usar determinadas pruebas ante el tribunal y de si pueden superar el estándar de prueba. Cada parte del sistema afecta a todo el resto. Si los tribunales elevan el estándar de prueba, lo que incrementa el costo del *enforcement*, los legisladores pueden adoptar leyes estrictas de manera insincera, reduciendo el costo del *enforcement*. Estudiamos estos temas en la primera mitad del capítulo. En la segunda mitad miramos más allá de la disuasión. El derecho opera a través de muchos canales. Puede mejorar el comportamiento proporcionando información y coordinando la acción. Puede desencadenar sanciones informales, como cuando violar la ley daña la reputación de una persona. A veces, los tribunales aseguran el cumplimiento de sus decisiones mediante sanciones informales. La Corte Suprema no puede "castigar" al Presidente o al Congreso por ignorar sus decisiones, pero los votantes sí pueden hacerlo. Los tribunales poderosos tienen legitimidad sociológica. Los tribunales no siempre desarrollan esa legitimidad por casualidad. Recuerda la afirmación del Presidente del Tribunal Supremo Marshall: "Es, enfáticamente, la atribución y el deber del poder judicial decir qué es el derecho"[1200]. Para "decir qué es el derecho", los jueces podrían reflexionar estratégicamente sobre cuándo hablar.

[1200] Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 177 (1803).

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

CeCo
CentroCompetencia