



Richard A. Epstein^(*)

Del derecho natural al bienestar social: principios teóricos y aplicaciones prácticas^(**)^(***)

From Natural Law to Social Welfare: Theoretical Principles and Practical Applications

Resumen: Diversas versiones comunes del derecho natural lo conciben en contraposición a la teoría moderna del bienestar social. Contrariamente a dicha concepción, este artículo evidencia cuántos de los hitos del derecho común, incluyendo sus reglas sobre la autonomía individual y la definición de la adquisición de la propiedad privada, concuerdan con la tradición del derecho natural. Las posturas modernas del bienestar emergen a través de decisiones clave en el derecho del siglo diecinueve, que ayudan a explicar la elección entre tres posturas de bienestar: Kaldor y Hicks, Pareto, y un estándar más riguroso que requiere ganancias a pro rata entre todas las partes. Este ensayo utiliza un marco basado en los costos de transacción para explicar el despliegue estratégico de estas tres reglas.

Palabras clave: Derecho Común - Derecho Natural - Bienestar Social - Costos de Transacción

Abstract: Many common accounts of natural law understand it in opposition to modern social welfare theory. Contrary to that wisdom, this article shows

(*) Abogado por la Universidad de Columbia. *Profesor Lawrence A. Tisch* de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York. *Senior Fellow Peter and Kirsten Bedford*; *The Hoover Institution*. Profesor de Servicio Distinguido de Derecho Emérito y Profesor Senior de la Universidad de Chicago. Miembro del Comité Consultivo Internacional de IUS ET VERITAS.

(**) Este ensayo es una versión revisada y ampliada de la cátedra sobre Levitt que di en la Universidad de Iowa el 6 de marzo de 2014. Mucha de la ampliación fue impulsada por los detallados e incisivos comentarios al escrito por parte de mi anfitrión para la clase sobre Levitt, Robert T. Miller, quien me suministró referencias muy útiles, las cuales he tratado de incluir en esta cátedra. También agradezco a los participantes del taller en la Escuela de Derecho de William y Mary y la Facultad de Derecho de la Universidad Hebrea por sus minuciosas preguntas y comentarios, y a Chelsea Pylar, Isaac H. Ritter y a la Promoción de 2016 de Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, por su valiosa investigación y asistencia en un borrador anterior de esta clase.

(***) El artículo original se titula *From Natural Law to Social Welfare: Theoretical Principles and Practical Applications*. El presente artículo es inédito para IUS ET VERITAS, en paralelo con el *Iowa Law Review*.

La traducción y publicación se hacen bajo la autorización expresa del autor. Las gestiones estuvieron a cargo de Augusto Tomás Hostia Cardeña, miembro de la comisión de Publicaciones de la Asociación Civil IUS ET VERITAS. La traducción del inglés estuvo a cargo de Sergio Cueva Chauca, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y ex Director de Publicaciones y miembro extraordinario de IUS ET VERITAS.

En algunos casos se ha añadido algunas notas del traductor, identificadas con la abreviatura (NT), para procurar esclarecer o enriquecer algunos pasajes de la obra traducida.

Del derecho natural al bienestar social: principios teóricos y aplicaciones prácticas *From Natural Law to Social Welfare: Theoretical Principles and Practical Applications*

how many of the fixed landmarks of the common law, including its rules on individual autonomy and the definition and acquisition of private property, comport with the natural law tradition. The modern welfarist positions only emerge through key decisions in nineteenth century law, which then help explain the choice among three welfarist positions: Kaldor-Hicks, Pareto and a more rigorous standard that requires *pro rata* gains among all parties. This essay uses a transaction costs framework to explain the proper deployment of these three rules.

Keywords: Common Law - Natural Law - Social Welfare - Transaction Costs

El tema de esta clase sobre Levitt versa sobre la relación entre el derecho natural y la teoría del bienestar social por un periodo que se extiende por casi dos mil años. En cierto sentido, este tema presenta el desafío intelectual de explicar cómo estas ideas, que han ganado peso recién en los últimos ciento cincuenta años, se relacionan a las aproximaciones legales desarrolladas hace más de mil años, cuando, sin tener a la mano las herramientas económicas modernas, era conceptualmente imposible incluso hacerse la pregunta sobre cómo la determinación de las reglas legales se relacionaba sistemáticamente a cualquier entendimiento del bienestar social global.

En este ensayo tengo la expectativa de rastrear estas complejas interconexiones en tres etapas. La primera parte examina el enfoque del derecho natural en la tradición romana y la del derecho común. La segunda parte examina la síntesis clásica de estos asuntos desde mediados del siglo diecisiete hasta el último tramo del siglo diecinueve. Posteriormente, la última sección hace una explícita transición del derecho natural a la teoría del bienestar social desde los últimos años del siglo diecinueve hasta nuestros días. Abordaré tres formas de medir el bienestar social: el principio de Pareto, el principio de Kaldor y Hicks y un tercer estándar, con frecuencia dejado de lado, que prorratea las ganancias de cualquier emprendimiento que arroje cifras positivas entre las partes relevantes. Finalmente, desarrollo una breve conclusión.

1. La tradición del derecho natural

Incluso en la tradición del derecho natural, hubo la sensación de que las normas legales eran diseñadas para coadyuvar a la auto-preservación (si se es pesimista sobre el mundo) o

EN CIERTO SENTIDO, ESTE TEMA PRESENTA EL DESAFÍO INTELLECTUAL DE EXPLICAR CÓMO ESTAS IDEAS, QUE HAN GANADO PESO RECIÉN EN LOS ÚLTIMOS CIENTO CINCUENTA AÑOS, SE RELACIONAN A LAS APROXIMACIONES LEGALES DESARROLLADAS HACE MÁS DE MIL AÑOS, CUANDO, SIN TENER A LA MANO LAS HERRAMIENTAS ECONÓMICAS MODERNAS, ERA CONCEPTUALMENTE IMPOSIBLE INCLUSO HACERSE LA PREGUNTA DE CÓMO LA DETERMINACIÓN DE LAS REGLAS LEGALES SE RELACIONABA SISTEMÁTICAMENTE A CUALQUIER ENTENDIMIENTO DEL BIENESTAR SOCIAL GLOBAL.

al florecimiento del ser humano (si se adopta una visión más optimista de la materia). Pero como un determinado estudiante y profesor de Derecho Romano desde mi primer día en la Facultad de Derecho en Oxford en otoño de 1964, se tornó evidente que la expresión *ratio naturalis* o *razón natural* ocultaba más de lo que revelaba. El término era invocado en momentos clave en la articulación de las reglas fundamentales del sistema legal. Se pensaba que la esclavitud era contraria a la



Richard Epstein

ley de la naturaleza⁽¹⁾ (incluso ante la brutal realidad de la esclavitud), y que los niños nacidos de esclavos libres debían ser libres⁽²⁾. La razón natural permitía a las personas capturar y utilizar las cosas sin dueño en el estado de naturaleza⁽³⁾ y a transferirle a otros su propiedad mediante cierta forma de entrega, sea formal o informal⁽⁴⁾, y a asociarse⁽⁵⁾. El derecho natural nos permite tener edificios construidos por otros en nuestro terreno⁽⁶⁾, imponer tutela sobre los niños que no tengan mayoría de edad⁽⁷⁾, y a usar la fuerza en defensa propia⁽⁸⁾; más ominosamente, establece que la propiedad tomada del enemigo se vuelve propia por obra del derecho natural⁽⁹⁾. Con la posible excepción del último ejemplo, todos estos son nobles propósitos, y mantienen su relevancia el día de hoy como las unidades fundamentales de cualquier sistema legal viable. En efecto, una de las afirmaciones más importantes de los juristas romanos era que su perspectiva del derecho natural se basaba en tres pilares: el apoyo a la razón, su adopción universal a través de las culturas, y la durabilidad entre los sistemas legales dados.

En un principio fui algo escéptico sobre esta afirmación, pero con el pasar de los años me convencí de que Gayo y Justiniano tenían en mente algo que hoy conviene no olvidar. Es preciso mencionar que las reglas legales generadas por esta modesta metodología han sido increíblemente estables con el paso del tiempo. En efecto, muchas de las nociones fundamentales del derecho romano han sido específicamente incorporadas al derecho común anglo-estadounidense, tanto así que con frecuencia es posible identificar un vínculo preciso entre las

reglas del derecho común, por ejemplo, para la entrega de bienes^(NT1), y sus predecesores del derecho romano, los cuales se mueven cómodamente de un sistema al otro⁽¹⁰⁾. Esa combinación de durabilidad y portabilidad es un poderoso signo de la solvencia de la estructura básica.

En un famoso pasaje, esta visión del derecho natural era reducida por Justiniano a tres máximas: “vivir honestamente; no causarle daño a nadie; darle a cada quien lo que le corresponde”⁽¹¹⁾. En un nivel estas parecen ser genuinas banalidades. Pero lo son únicamente porque en las sociedades ordenadas se las obedece. No obstante, se convierten en directrices poco menos que indispensables en los casos de desorden social, en los que estos principios no son respetados.

Para abordar estos tres elementos secuencialmente, con seguridad las personas actúan deshonestamente cuando anteponen su propio bienestar al de aquellos que tienen a su cargo, sea que se trate de aquellos deberes que el tutor le debe a su pupilo, o aquellos que el fiduciario debe a sus beneficiarios. En efecto, en muchas situaciones el deber de actuar honestamente requiere tanto una

(1) *Institutas de Justiniano*, 1.2.2. (traducción de J. B. Moyle, 1911).

(2) *Institutas de Gayo*, 1.89 (traducción de Edward Poste, 1904).

(3) *Institutas de Gayo*, 2.66.

(4) *Institutas de Gayo*, 2.67.

(5) *Institutas de Gayo*, 3.154.

(6) *Institutas de Gayo*, 2.73.

(7) *Institutas de Gayo*, 1.189.

(8) *Digesto*, 9.2.4. (Gayo, *Ad Edictum Provinciale* 7) (traducción de Alan Watson, 1985).

(9) Véase, *Institutas de Gayo*, *supra* nota 4, 2.69.

(NT1) El término en la versión en inglés es *bailment*, referido a la entrega de bienes por parte de una persona (*bailor*) a favor otra (*bailee*) de manera que puedan ser utilizados para determinado propósito, con el requisito de que sean devueltos al primero, o custodiados hasta que este los reclame.

(10) Para el caso de la entrega de bienes, véase el caso *Coggs versus Bernard* (1703) 92 Eng. Rep. 107. Para la racionalidad económica moderna, véase Richard Epstein, “The Many Faces of Fault in Contract Law: Or How To Do Economics Right, Without Really Trying”, *Michigan Law Review* (2009): 1461, 1466-1470.

(11) *Institutas de Justiniano*, *supra* nota 3, en 1.1.3.

Del derecho natural al bienestar social: principios teóricos y aplicaciones prácticas *From Natural Law to Social Welfare: Theoretical Principles and Practical Applications*

completa revelación de información como el evitar siquiera la apariencia de un conflicto de interés⁽¹²⁾. En aquellas situaciones de conflicto, cualquier fiduciario, tanto para los fideicomisos tradicionales como para las corporaciones modernas, tiene la carga de demostrar que la transacción es completamente justa para sus beneficiarios⁽¹³⁾. El fiduciario únicamente se lleva el beneficio de la regla del juicio empresarial^(NT2) cuando no existe conflicto de interés entre sus responsabilidades profesionales y su beneficio personal. El principal propósito de aquella regla es proteger al fiduciario cuando un acuerdo de negocios se torna complicado, como a veces suele ocurrir. Un régimen en el cual los beneficiarios obtienen todas las ventajas de los buenos acuerdos y ninguna de las desventajas de los malos acuerdos no es sostenible en el largo plazo.

Sobre el segundo punto, quienes cometen homicidios o lesiones graves constituyen una amenaza para la sociedad y la auto-preservación de sus miembros. Aquellos que no hacen lo necesario, no pagan sus deudas íntegramente y a tiempo, lo que puede conllevar a la lenta desintegración de la economía de crédito. Por lo general es fácil mantener la estabilidad de un sistema cuando pocas personas, si es que las hay, se apartan de estas normas fundamentales, dado que son puestos en jaque por una incierta combinación de presiones sociales y sanciones legales. No obstante, se vuelve una tarea mayor, y con frecuencia una sin esperanza, el unir estas piezas nuevamente cuando estos simples preceptos son violados por un gran número de individuos.

Al abordar estos asuntos, los abogados suelen involucrarse solo cuando ha habido una desviación (o parece haberla habido) de estos principios. El abogado se especializa en decidir qué

es verdadero o qué es falso, y en encontrar remedios para las injusticias o perjuicios, defensas ante las injusticias *prima facie*, y excepciones posteriores a estas defensas⁽¹⁴⁾. La complejidad adicional ocasionada por la litigación es inevitable una vez que cualquiera de los tres principios de Justiniano es violado, lo que explica por qué es vital que estos principios sean socialmente observados y apoyados. Por lo tanto, al hacer estas afirmaciones nunca debe pensarse que el derecho natural se limita a hacerle seguimiento a la forma en que los individuos se comportan (en los hechos) en el estado de naturaleza, el cual está asociado a una virulenta forma de naturalismo, del tipo que proclama que es naturaleza del hombre el atacar, mentir y actuar deshonestamente. Sin embargo, la teoría legal del derecho natural desde el principio tomó el camino opuesto. Son bien conocidas estas repugnantes tendencias del ser humano. Un sistema de derecho natural está destinado a idear formas de reprimir, y no celebrar, estas aberrantes prácticas.

Ahora bien, ¿cómo arribaron los antiguos juristas a los principios del derecho natural? Pienso que, para crédito suyo, pensaron en el derecho natural como una extensión de las ciencias biológicas que versan sobre los seres humanos así como sobre otros seres vivos. Los grandes biólogos proceden mediante la observación y luego organizan el fenómeno

(12) Véase *Sinclair Oil Corp. v. Levien*, 280 A.2.d 717,722 (Del. 1971) (que discute lo inapropiado de aplicar la regla del juicio empresarial cuando es evidente que se está actuando en beneficio propio).

(13) Como lo describió una Corte:

“La justicia plena tiene dos aspectos: negociación justa y precio justo. La Corte debe considerar “cómo el Directorio cumplió todos sus deberes fiduciarios con respecto a cada aspecto no bifurcado de los componentes de la justicia plena (...)”. Al determinar la justicia total de la transacción, la Corte realizará una evaluación unificada que implica balancear el proceso y los aspectos del precio de la transacción disputada.

Ryan versus Tad's Enters., Inc., 709 A.2.d 682, 690 (Del. Ch. 1996) (alteración en el original) (cita omitida).

(NT2) El término en la versión en inglés es *business judgement rule*, referido a aquella regla según la cual los directores, gerentes y funcionarios, entre otros, de una sociedad no serán responsables frente a ella por las pérdidas ocasionadas a ella a raíz o con motivo de sus decisiones o actuaciones, siempre que haya evidencia suficiente de que estas fueron realizadas de buena fe.

(14) Para una discusión de este complejo sistema de alegatos, véase en general, Richard Epstein, “Pleadings and Presumptions”, *Chicago University Law Review* (1973), 40.



Richard Epstein

natural en categorías discretas, las que luego son divididas y subdivididas para crear un marco organizacional utilizable, el que en el escenario biológico va desde el reino, filo, clase, orden, familia, género y, finalmente, especie. Los juristas naturalistas, siguiendo a Aristóteles⁽¹⁵⁾, utilizaron la misma estrategia global, aunque no hayan hurgado muy profundo. La genialidad consiste en hacer correctamente las divisiones iniciales, lo cual en esta instancia está relacionado a tres temas: la adquisición de los derechos de propiedad, el desarrollo de las acciones *ex contractu*, por medio del contrato, y el desarrollo de las acciones *ex delicto*, a raíz de una trasgresión. Esta distinción entre el contrato y el daño se mantiene como tema fundamental del derecho moderno de las obligaciones.

Existe una peculiar disyunción en la ley al tratar sobre los derechos de propiedad. Los textos antiguos invirtieron una enorme cantidad de tiempo en explicar cómo se adquiere la propiedad, tema al que luego retornaré. Sin embargo, se toman relativamente poco tiempo en estudiar porqué una institución como la propiedad privada tiene sentido en primer lugar. En ese sentido, los romanos distinguieron tempranamente entre aquellas propiedades como el agua y el viento que debían permanecer en común para todos y aquellas otras cosas clasificadas como *res nullius* (cosas sin dueño) que cualquiera podría unilateralmente empezar a poseer. Hay mucho por decir acerca de la sabiduría de aquella distinción, lo que he abordado en otras sedes⁽¹⁶⁾, pero para este propósito es útil notar las ventajas de un sistema privado de propiedad sobre el que se ha escrito bastante con respecto a la tierra, los animales y los bienes muebles, los que se pueden incorporar fácilmente a ese sistema. Mucha de la literatura histórica guarda silencio sobre ese tema, pero el siguiente pasaje de Tomás de Aquino es un ilustrativo primer vistazo al problema:

“Los hombres tienen el poder de gestionar y disponer de las cosas externas, y con respecto a tal gestión y disposición, es

lícito que el hombre posea cosas propias. Y es también necesario para la vida humana por tres motivos: primero, porque cada uno es más presto en gestionar aquello que con exclusividad le pertenece que lo que es común a todos o a muchos, puesto que cada uno, eludiendo el trabajo, deja a otros el cuidado de lo que conviene al bien común, tal como sucede cuando existen varios servidores para una sola tarea. Segundo, porque los asuntos humanos se administran más ordenadamente cuando a cada quien le corresponde el cuidado de sus propios intereses; solo habiendo confusión cuando el cuidado de varias cosas es imprecisamente confiado al cuidado de varias personas. Tercero, porque la paz entre los hombres es mejor mantenida si cada uno está contento con lo suyo. De ahí que veamos que con frecuencia se suscitan disputas entre aquellos que poseen una cosa en común y *pro indiviso*⁽¹⁷⁾.

Para Aquino es mucho lo que en efecto está en juego, dado que la propiedad privada es “necesaria para la vida humana”. ¿Pero cuán buenas son sus razones? Sobre la primera, la elusión es un problema crónico común a todas las actividades de cooperación. La cuestión es tener una idea de su magnitud relativa en diferentes tipos de situaciones de propiedad común. Al lidiar con la propiedad común entre individuos sin relación previa entre ellos, no existen vínculos afectivos o de lealtad que actúen como contrapeso a las fuerzas del interés propio que conllevan a lo que se

-
- (15) Véase, generalmente, *Ética a Nicómaco* de Aristóteles (traducción de David Ross & Lesley Brown), (Oxford University Press, 2009) (c. 384 B.C.E.). Para discusión sobre el método de Aristóteles, véase John Lloyd Ackrill, “Introduction to Aristotle’s Ethics”, *Readings in Ethics*, T.L. Moore y C.W. Hudlin (eds.), (1988), 79, 80-82
- (16) Véase, por ejemplo, Richard A. Epstein, “On the Optimal Mix of Private and Common Property”. *Soc. Phil. & Pol’y*, (1994): 17; Richard A. Epstein, “Property Rights in Spectrum, Water and Minerals”, *Colorado Law Review* (2015), 389. Para una versión general, véase en general, Carol Rose, “The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property”, *Chicago Law Review* 53 (1986), 711.
- (17) Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, parte II-II, q. 66, art. 2 (Ed. Leonina, 1982) (Latin) (traducción del Profesor Robert T. Miller, Facultad de Derecho de la Universidad de Iowa).

Del derecho natural al bienestar social: principios teóricos y aplicaciones prácticas *From Natural Law to Social Welfare: Theoretical Principles and Practical Applications*

conoce hoy como “el problema de la acción colectiva”⁽¹⁸⁾. Los problemas de coordinación y elusión son considerables, razón por la cual la postura romana limita la propiedad común a los cuerpos de agua y al aire, donde el régimen era uno de acceso libre, con dos características principales: primero, nadie con acceso a lo común tenía responsabilidad de gobierno sobre él, y segundo, no había necesidad de tener derechos de disposición dado que todas las personas en el estado de naturaleza tenían derecho a participar en el sistema. Cuando se hizo evidente que era necesario algún tipo de gestión sobre las aguas públicas, se tuvo que desarrollar una doctrina del fideicomiso público que asignara al Estado la responsabilidad de gestión y control, lo que ha sido, por decir lo menos, difícil de organizar⁽¹⁹⁾. Estos problemas de propiedad común no son completamente solucionados en los acuerdos privados. Pero puede decirse con cierto nivel de seguridad que estos problemas son mucho más fáciles de resolver con respecto a intereses concurrentes en la propiedad creada por acuerdo voluntario. Primero, los propietarios tienen el poder de escogerse entre sí, y también pueden monitorear a sus empleados, por ejemplo, dentro del hogar para tomar precauciones ante el riesgo de la elusión, lo que significa que están más capacitados para hacerle frente a la gestión y la disposición de la propiedad sin los más grandes conflictos que surgen a raíz de la asociación forzosa. Incluso en los casos de múltiples propietarios en común puede determinarse (por medio de convenios privados, lo que usualmente adopta la forma de asociación) aquellas partes que tienen derecho a llevar a cabo determinadas transacciones capaces de vincular a los otros copropietarios de la propiedad.

El segundo punto de Aquino es con seguridad correcto, pero también es cierto que no puede exagerarse sobre él. La relativa claridad de la propiedad evita bastante de la confusión cuando los derechos de propiedad no están definidos.

El tercer punto es quizás un poco más optimista de la cuenta. Las personas deben estar *contentas* con lo que poseen, pero ningún sistema de derechos privados puede eliminar el impulso por recurrir a la agresión por envidia, falta de respeto, privación del estatus u otros similares. Lo que puede afirmarse es que si están bien definidos los derechos de propiedad es más fácil controlar estos impulsos, a diferencia de cuando no existe un límite entre las personas que actúe como una ruptura imperfecta de la ambición.

De modo que, una vez más, el problema tiene que ver con las imperfecciones comparativas y no con distinciones categóricas. El sistema de la propiedad privada con respecto a aquellos objetos que tienen que ser gestionados e intercambiados funciona mejor que un sistema de propiedad común, y mejor que un sistema de propiedad estatal, dada la dificultad de los gobiernos para tomar decisiones sensatas sobre el uso de los recursos⁽²⁰⁾.

La propiedad privada tiene entonces ventajas institucionales sistemáticas. La creación de intereses de propiedad privada sobre la tierra, los bienes muebles y los animales es así requerida para poner al sistema en movimiento, y para esta tarea los autores clásicos confiaban uniformemente en la regla de la captura, la que era nuevamente justificada por el derecho natural⁽²¹⁾. Pospondré por un momento la discusión sobre el problema hasta abordar la obra de Locke sobre el particular. Para este

(18) Véase, en general, Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. (Segunda edición, 1971).

(19) Véase, en general, III Cent. R.R. Co. V. Illinois, 146 U.S. 389 (1892). Para mi punto de vista, véase, en general, Richard A. Epstein, “The Public Trust Doctrine”, *Cato Journal* 411 (1987); para una discusión exhaustiva, véase, en general, Joseph Kearney y Thomas Merrill, “The Origins of the American Public Trust Doctrine: What Really Happened in Illinois Central”, *Chicago Law Review* 71 (2004), 799; para el impulso expansionista, véase, en general, Joseph Sax, “The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention”, *Michigan Law Review* 68 (1970), 471.

(20) Véase, en general, Friedrich Hayek, “The Use of Knowledge in Society”, *Am. Econ. Review* 35 (1945), 519 (escrito justo al final de la Segunda Guerra Mundial, con sus desastrosos experimentos socialistas en la Alemania Nazi y la Rusia Soviética).

(21) Véase las *Institutas de Gayo*, *supra* nota 4, 2.66; *Institutas de Justiniano*, *supra* nota 3, 2.1.12.



Richard Epstein

propósito solo haré notar que la asignación de estos derechos de propiedad sienta las bases para el rol del contrato y del daño. Las reglas del primero de estos permiten transacciones voluntarias en trabajo y propiedad, y las reglas del segundo evitan que los individuos eludan estas reglas básicas valiéndose de cualquier combinación de fuerza y fraude. Las acciones *ex contractu* o *ex delicto* están a la mano en caso de infracciones a cualquiera de estas normas. El sistema romano tiende así a clasificar las *acciones* ante las malas conductas, en vez de hablar sobre los *derechos* sustantivos que tales acciones reivindicar. En retrospectiva, la clasificación romana es simple y precisa, pero históricamente es importante notar que tomó mucho tiempo para que la claridad de esta dicotomía entre contrato y daño se torne así de clara en el sistema derecho común inglés, con sus complejas formas de acción⁽²²⁾.

Una vez que trazada la línea fundamental entre contrato y daño, se hizo posible seguir dividiendo cada una de estas categorías, para que, por ejemplo, las obligaciones contractuales fueran divididas entre acuerdos *stricti iuris* para los préstamos, los contratos reales para los préstamos de bienes fungibles de consumo (vino, sal); en este último acuerdo, el reembolso sin intereses era en especie. Los contratos consensuales lidiaban con los acuerdos bilaterales repletos de obligaciones de actuar de buena fe⁽²³⁾. Cada categoría podía ser entonces posteriormente dividida para que los contratos consensuales fueran, por ejemplo, la venta, el arrendamiento, la asociación y la agencia. Una vez que las categorías eran adecuadamente identificadas, se hizo posible añadir los derechos y deberes de cada una de ellas. Inicialmente esa tarea era realizada como lo haría un naturalista. Los juristas, por así decirlo, se ubicarían

fuera del sistema y observarían cómo la gente ordinaria hablaba de sus obligaciones para con cada uno, lo cual todavía sigue siendo una forma inteligente de aprender cómo las normas morales y legales se afirman en la vida diaria en un tipo de *sociología descriptiva*, una catalogación similar a aquella que el biólogo realiza sobre el comportamiento de los organismos que estudia. La ventaja de este método es que selecciona las categorías que ya se encuentran en uso común, lo que así se engrana con cómo piensa la gente ordinaria sobre sus propias interacciones.

Vale la pena mencionar que este método es aún usado hoy en día por autores modernos como C.S. Lewis, un conocido apologista cristiano, quien en pocos pasos logra aislar las reglas básicas de la propiedad (*primera posesión*), el contrato (*tú lo prometiste*), el daño (*él no te causó daño*), e igualdad y reciprocidad (*haz a los demás lo que quisieras que ellos te hagan a ti*) observando la forma en que la gente se comporta e interactúa en sus discusiones o argumentos⁽²⁴⁾. John Haidt, un psicólogo moderno, utiliza la misma estrategia básica (presten atención al chisme) para aislar el principio de reciprocidad, el principio del daño y la norma general de la aversión, la cual usa una metodología desconocida para Lewis, pero con ciertos ilustrativos puntos en

(22) Para la evolución, véase, en general, Frederic Maitland, *The Forms of Action at Common Law* (A.H. Chaynor & W.J. Whittaker eds. Cambridge University Press 1985), (1909).

(23) Para esta clasificación, véase, Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law* 158-98, (1962). En los contratos *stricti iuris*, todas las obligaciones iban en una sola dirección, de manera que la estricta ejecución era la norma. En los contratos consensuales, el cumplimiento de cada parte dependía en todo o en parte del cumplimiento de la otra parte, de modo que la buena fe era requerida en cada etapa. Para la aplicación moderna de estos principios en relación con los bonos y los contratos de trabajo, véase, en general, Richard A. Epstein, "The Upside Law of Property and Contract: Of Fannie Mae, Freddie Mac, and the City of San Jose", *University of Nebraska Law Review* 93, (próximamente en 2015).

(24) Véase C.S. Lewis, *The Case for Christianity* 3 (The Mac Millan Co. 1946), (1943), ("Todos han visto a gente discutiendo. A veces suena divertido y a veces suena desagradable; no obstante, suene como suene, creo que podemos aprender algo muy importante al oír el tipo de cosas que dicen, como por ejemplo: "Ese es mi sitio, yo estaba ahí primero" – "Déjalo en paz, no te ha hecho nada" – "Porqué tendrías que entrar tú primero?" – "Dame un poco de tu naranja, yo te di un poco de la mía" – "¿Cómo reaccionarías si alguien te hiciera lo mismo?" – "Vamos, tú lo prometiste.""). Noten que estas proposiciones éticas no son distintivamente cristianas, lo que en una extraña forma muestra su poder universal.

Del derecho natural al bienestar social: principios teóricos y aplicaciones prácticas *From Natural Law to Social Welfare: Theoretical Principles and Practical Applications*

común⁽²⁵⁾. De igual forma, he argumentado que los orígenes de la mayoría de costumbres provienen de adaptaciones basadas en la *prueba y error* de determinadas prácticas que vinculan a ciertas comunidades cuando sus miembros ven como muy costoso, inconveniente o trabajoso el acordar contratos individuales para lidiar con la rápida (y casi aleatoria) interacción de los miembros del grupo⁽²⁶⁾.

Un conjunto de ejemplos relevantes proviene de la industria de la caza de ballenas, en la cual ciertas especies de ballena son muy grandes para que un solo barco las lleve a tierra. Este simple hecho significa que la habitual regla que permite que alguien adquiera la propiedad mediante la captura, la cual tuvo su más célebre y difundida articulación en el caso *Pierson versus Post*⁽²⁷⁾, no funcionaría en casos en los cuales se requiere de los esfuerzos de dos o más actores para poder hacerse de la posesión de la ballena. La dinámica con las ballenas puede ser muy complicada, tal como es descrito con acierto en el célebre caso *Ghen versus Rich*⁽²⁸⁾, el cual presentaba un problema de coordinación que no podía resolverse mediante acuerdos explícitos. Una ballena de aleta cazada con un arpón-bomba, hecho específicamente para este propósito, se hunde en el mar y sale a flote recién luego de tres días⁽²⁹⁾. Muchas de estas ballenas luego serían acarriadas a la orilla⁽³⁰⁾. Usualmente no es posible para la tripulación que disparó a la ballena recapturarla de la orilla, de manera que se desarrolló una práctica mediante la cual la tripulación en cuestión colocaba marcas distintivas en sus arpones-bomba para poder dar aviso sobre su titularidad a quien encuentre la ballena⁽³¹⁾. Aquél que la encontraba podía entonces reclamar

una tarifa que excediera sus costos, pero no podía reclamar la ballena como suya.

El punto fundamental es que esta costumbre no surgió por acuerdos voluntarios entre los cazadores de ballenas y quienes las encontraban. En vez de ello, la costumbre evolucionó como respuesta a situaciones recurrentes y sobrevivió porque colocaba a ambos participantes en mejor situación que en un inicio. De manera similar, el proceso colapsaría si quien encuentra las ballenas no recibiese nada. En el caso *Ghen*, el Juez Nelson sostuvo que todas las partes tenían un incentivo para participar en el emprendimiento ballenero en su conjunto. Vale la pena mencionar que esta costumbre, en un marcado contraste con la regla general sobre las capturas, mencionada en *Pierson*, es específica a cada tipo de ballena. En otros escenarios, con ballenas de diferentes características, la costumbre emergente podría ser bastante distinta, lo que en efecto sucedía. Así, en *The Common Law*, escrito en el mismo año en el que se decidió sobre el caso *Ghen*, Oliver Wendell Holmes señaló las, decididamente, distintas costumbres para los distintos tipos de ballenas⁽³²⁾. Sin embargo, no ofreció explicación alguna para la diferencia entre las costumbres, salvo por el apunte general de que las costumbres ayudan a evitar

(25) Véase Jonathan Haidt, "The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgement", *Psychology Review* 108 (2001), 814, 817-19.

(26) Richard A. Epstein, "The Path to The T.J. Hooper: The Theory and History of Custom in the Law of Tort", *Journal Legal Studies* 21 (1992), 1,12.

(27) *Pierson versus Post*, 3 Cai. 1975 (Corte Suprema de Nueva York, 1805). La opinión contiene amplia referencia a los autores romanos y clásicos – Justiniano, Fleta, Puffendorf, Bynkershoek, Locke, Barbeyrac y Blackstone. Véase id. en 177.

(28) *Ghen versus Rich*, 8 F. 159 (D. Mass. 1881).

(29) *Ghen versus Rich*: 159.

(30) *Ghen versus Rich*: 160.

(31) *Ghen versus Rich*: 160.

(32) Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* 191-92 (Harvard University Press 2009) (1881). ("En la pesquería de ballenas de Groenlandia, de acuerdo a la costumbre inglesa, si el primero en darle al pez perdía agarre o control sobre el mismo, y luego éste era matado por otro, el primero no tenía nada que reclamar; pero podía quedarse con todo si es que mantenía el agarre sobre la ballena hasta que ésta sea herida por otro, así luego se liberara del primer arpón. De acuerdo a la costumbre de Gallipagos, por otro lado, el primero en herir a la ballena tenía derecho a la mitad de la ballena, aunque pierda el control



Richard Epstein

el conflicto, sin indicar porqué una costumbre en particular es preferible a otra. La disposición para ofrecer una explicación funcional para la costumbre viene desde la pionera obra Robert Ellickson, cuya referencia a las *normas de maximización del bienestar* ilustra un poderoso cambio hacia las explicaciones consecuencialistas⁽³³⁾.

Es importante apuntar el alarmante e ilustrativo contraste entre ambos métodos. La aproximación moderna busca explicar la costumbre para mostrar la conexión entre las normas eficientes y el comportamiento antiguo. La antigua tradición buscaba documentar la costumbre y tomar su longevidad como evidencia de su deseabilidad. Al hacerlo, los romanos eligieron estos humildes métodos de observación no solo por respeto a las prácticas consuetudinarias, sino también para desarrollar y elaborar sus categorías del derecho de las personas, de las reglas que rigen la adquisición de la propiedad, su protección y su transferencia como parte y grupo de todo sistema legal. Ningún grupo, tribu o nación puede prosperar si los individuos trabajan sin seguridad personal, o si los derechos de propiedad no están definidos o son ignorados, o si las promesas se rompen a voluntad, o si el matrimonio no es empleado para alimentar y criar a los hijos, o si el uso de la fuerza es una forma común de interacción entre las personas. Por supuesto que hay diferencias en los detalles sobre cómo estas instituciones son formalizadas y puestas en práctica. Por ejemplo, las formalidades para la transmisión de la propiedad o para la formación de los contratos no necesitan ser las mismas para todas las culturas. Las sociedades modernas

no usan la antigua forma de transferencia de propiedad, la *mancipatio*, ni la forma romana del contrato, la *stipulatio*. Ni deben hacerlo. Pero sí deben, ciertamente, desarrollar mecanismos que solemnicen las transacciones sobre la tierra y formalicen las promesas importantes o principales, usualmente mediante la escritura o inscripción, o mediante acuerdos escritos. Las variaciones observadas en las formalidades son mejor entendidas como preguntas de segundo orden sobre cómo implementar de la mejor manera estructuras normativas que funcionen poderosamente en sistemas distintos.

2. La síntesis clásica

La cuestión luego se trató de cómo desarrollar un marco intelectual e institucional para lidiar con estos desafíos surgidos al buscar hacer valer las tres máximas básicas de Justiniano⁽³⁴⁾. Salteándonos varias generaciones, los tempranos esfuerzos de Hobbes, Locke y Hume se dirigieron inteligentemente en esa dirección. Para Hobbes, el gran énfasis está en la prevención de la destrucción masiva. El contrato social es un mecanismo que permite que los individuos eviten el destino de vivir vidas “solitarias, pobres, repugnantes, brutales y cortas”⁽³⁵⁾. El objetivo es encontrar una manera

de la línea. Cada una de estas costumbres se ha sido sostenida y actuada en las Cortes inglesas y el Juez Lowell ha decidido de conformidad con incluso una tercera costumbre, la cual le adjudica la ballena a la embarcación cuyo arpón se quede primero en la ballena, siempre que se la reclame antes de cortarla. De acuerdo a lo señalado por Lord Mansfield, la razón es simplemente que, si no fuera por aquellas costumbres, tendría que haber un estado de guerra perpetua entre los cazadores. Si las Cortes adoptan reglas distintas para supuestos similares, de acuerdo al punto en el cual los hombres pelearán en los varios casos, tiende, tomando en cuenta sus limitaciones, a agitar una teoría *a priori* del asunto”. (Pies de página omitidos). Para la decisión del Juez Lowell, véase el caso *Swift versus Gifford*, 23 Fed. Cas. 558 (1972).

(33) Véase, en general, Robert Ellickson, “A Hypothesis of Wealth-Maximizing Norms: Evidence from the Whaling Industry”, *J.L. Econ. & Org.* 5 (1989), 83. Para un desarrollo más extenso, véase, en general, Robert Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes* (1991).

(34) Véase la nota 13, *supra*.

(35) Thomas Hobbes, *Leviathan*: 89 (Edición de Richard Tuck, Cambridge University Press, 1991) (1651) (“En tal condición [como el estado de naturaleza], no hay oportunidad para la industria, ya que su fruto es incierto; por consiguiente no hay cultivo de la tierra, ni navegación, ni tampoco uso de los artículos que pueden importarse por mar, ni cómodas construcciones, ni instrumentos o herramientas para mover y remover las cosas que requieren de suma fuerza, ni conocimiento de la faz de la tierra, ni cálculo del tiempo, ni artes, ni letras, ni sociedad; y lo peor de todo, existe el continuo temor y peligro de muerte una violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, tosca, embrutecida y corta.”)

Del derecho natural al bienestar social: principios teóricos y aplicaciones prácticas
From Natural Law to Social Welfare: Theoretical Principles and Practical Applications

de escapar al destino proveniente de la falta de cooperación entre los individuos para lograr un fin que todos desean por separado, pero que no pueden generar individualmente. En este punto, la pregunta empieza a girar en torno a la necesidad de lo que comúnmente se conoce como *el contrato social* para que nos salve del más inhabitable estado de naturaleza.

Para darle contenido a esa noción es vital tener cierto entendimiento de lo que se trata el contrato, que es lo que convierte al *Leviathan* de Hobbes, defectuoso como es, en la obra inmortal de un genio. ¿Cómo comienza Hobbes? Primero, sostiene que todos los individuos tienen preferencias y deseos, o “apetitos”, como él los llama⁽³⁶⁾. Él toma estas preferencias como fijas y establecidas en gran medida, al menos en el sentido de que nadie puede argumentar con otros sobre la naturaleza y profundidad de sus preferencias. Yo sé cuáles son mis preferencias y tú sabes cuáles son las tuyas. En vista de ese carácter fijo, lo que hace el acuerdo es utilizar el contrato como instrumento para asegurar ganancias subjetivas mutuas, mediante lo cual yo solo renuncio a las cosas por las cuales mi apetito es menor con el fin de obtener aquellas por las cuales mi apetito es mayor. Sin embargo, para procurar tu consentimiento debo ofrecerte algo que valores más que la propiedad a la que te estoy pidiendo que renuncies. La lógica del intercambio es medida en cuanto a las ganancias conjuntas por estas preferencias subjetivas. Es solo esta lógica la que da origen a la terminología moderna de la *transacción en la que ambos ganan*, para abrazar la risueña versión de la visión del mundo propia de la maestría en administración de negocios (MBA).

Una consecuencia de esta lógica es que el hacer cumplir los contratos solo depende de saber las manifestaciones del contenido de las promesas, no de saber el valor de los desempeños prometidos a cada actor, lo que es una cuestión privada y no social. Si se hace cumplir estos acuerdos y se promueve su proliferación, habrá un camino que, paso a paso, conlleve a la mejora social. En efecto, este elemento consistente en *hacer cumplir* es crítico, ya que sin él solo funcionarían los acuerdos de ejecución casi simultánea, lo que significaría que obtener ganancias derivadas del comercio en una dimensión temporal ya no sería posible. El forzar el cumplimiento por medio de la ley brinda solución a lo que Hobbes entendió como *el problema del aseguramiento*. Nadie

hará algo primero a menos que se le asegure que la parte que debe la prestación en segundo lugar cumplirá su promesa en el momento pactado. La reputación puede tener éxito en algunos casos para lograr ese resultado, pero el estímulo adicional del uso de la ley posibilita los acuerdos con marcos temporales más largos. En efecto, dentro del marco de las instituciones sociales estables, el derecho de los contratos permite el surgimiento de la cooperación entre actores que ahora están protegidos de la agresión por la norma básica que prohíbe el uso de la fuerza. La lógica fundamental del contrato es que, una vez que se asegura la estabilidad de fondo, todos son libres de contratar con quien quieran con el fin de obtener ventajas mutuas. Aquél privilegio está al alcance de todos, de manera que el marco general del sistema legal conlleva a la descentralización del poder. Cada relación de intercambio individual tiende a producir mayores oportunidades para los terceros, de manera que esta sub apreciada *externalidad positiva* conlleva a consecuencias sociales generalmente positivas. Por supuesto, hay ciertas excepciones a la regla básica, las que principalmente tienen que ver con los contratos que restringen el comercio, usualmente en la forma de carteles u otras formas de acuerdos monopolísticos que pueden originar pérdidas sociales sistemáticas que contrarrestan las externalidades positivas generales. Cierta restricción a estas situaciones cabe en el panorama general, que ahora tiene reglas básicas sobre la autonomía individual, el contrato voluntario, la adquisición de la propiedad y el control del uso de la fuerza. El sistema del derecho natural contiene reglas que pueden funcionar en el largo plazo.

En opinión de Hobbes, el hacer cumplir el orden social fundamental requiere de la concentración del poder en manos de un solo

(36) Véase Hobbes, *Leviathan*, 38 y 39.



Richard Epstein

soberano o de un pequeño grupo de líderes, lo que puede crear el riesgo del uso abusivo de la fuerza que se supone que la sociedad civil debía prevenir. Es sobre este problema, en vez del de la lógica del consentimiento contractual, que Locke discrepa con Hobbes. En su obra *Dos Tratados sobre el Gobierno Civil* Locke sostiene que la pregunta sobre el orden político estaba fuertemente atada a un trasfondo religioso. El inicio de su Capítulo V, *De la Propiedad*, en el *Segundo Tratado*, Locke se refiere en el primer párrafo a la revelación religiosa y a la razón como fuentes del Derecho, al tratar de desarrollar un sistema coherente⁽³⁷⁾. Locke acepta que el sistema de propiedad privada engendra mayores niveles de producción en la agricultura. Pero dedica la mayor parte de su energía en explicar cómo surgió el sistema en primer lugar. Así, él parte de la postura bíblica según la cual Dios le brindó la Tierra (y todas las criaturas vivientes en ella) a la humanidad en común⁽³⁸⁾ para descartar la noción de que cualquier persona, individualmente, podía recibir la totalidad de lo brindado como monarca o señor. Pero el pensamiento Lockeano genera la seria pregunta de cómo establecer cualquier sistema de propiedad privada a partir de la muy inconveniente propiedad en común, para la cual su propuesta (“toma lo que necesites siempre y cuando puedas reponer lo mismo en cantidad y calidad”)⁽³⁹⁾ no concuerda con las reglas que usualmente rigen la propiedad común, las que nunca permiten a una persona implementar unilateralmente cualquier partición sin considerar los derechos de los otros.

Para reforzar su (algo débil) concepción, Locke se ve obligado que ofrecer otra razón fundamental para permitir a los individuos tomar cosas del dominio común sin el consentimiento de otros. En relación a esto, dio con algo valioso al señalar el problema de la falta de cooperación^(NT3) que necesariamente surge si una persona tiene que obtener el consentimiento de todos los demás en la Tierra para tener derecho a comer cualquier cosa⁽⁴⁰⁾. Esta es la razón por la cual él permite que una persona tome cosas del dominio común

mezclando su trabajo con los elementos de la naturaleza⁽⁴¹⁾.

En este sentido, la postura de Locke difiere claramente de las reglas del derecho común y del derecho romano que permiten la ocupación inicial, la posesión, o la captura para adquirir la propiedad, sin importar el poco trabajo que puedan tomar. En efecto, para el derecho común y el derecho romano clásicos, cuanto menos trabajo mejor. Esta (más antigua) regla de la primera posesión funciona mejor porque permite que una persona, vía posesión, se distinga del resto en la forma en la que Locke hubiera querido. Al mismo tiempo, evita la necesidad de insistir en un mínimo nivel de trabajo agregado y explica por qué la propiedad de la cosa es conferida aun cuando mucho de su valor no es creado por el trabajo.

En efecto, es importante comprender la perversa naturaleza de la teoría del valor basada en el trabajo si adopta la forma neo-marxista bajo la cual a mayor cantidad de trabajo invertido, mayor el derecho a la cosa en cuestión⁽⁴²⁾. Sin embargo, esa teoría económica no es el punto de esta pregunta porque la pregunta jurídica consiste en determinar cómo se adquiere la propiedad de una cosa externa, y no como una cosa, una vez adquirida en propiedad, es valorada, ya sea por el valor de su uso o como objeto de intercambio. Así, el punto de una regla de adquisición es maximizar el nivel de superávit que se obtiene de las cosas que se adquieren en propiedad de acuerdo con la norma legal aplicable. Si un dólar adicional de valor en la

(37) John Locke, *Dos Tratados sobre el Gobierno Civil*: 184 (*The Classics of Liberty Library* 1992) (1968).

(38) Locke, *Dos Tratados sobre el Gobierno Civil*, 184

(39) Locke, *Dos Tratados sobre el Gobierno Civil*, 185-186.

(NT3) El término en la versión en inglés es *hold-out problem*.

(40) Locke, *Dos Tratados sobre el Gobierno Civil*, 186-187.

(41) Locke, *Dos Tratados sobre el Gobierno Civil*, 186-187.

(42) Véase, por ejemplo, Karl Marx, *Value, Price and Profit*, capítulo IV Eleanor Marx Averling (ed.), (ElecBook London, 1998) (1865).

Del derecho natural al bienestar social: principios teóricos y aplicaciones prácticas *From Natural Law to Social Welfare: Theoretical Principles and Practical Applications*

propiedad depende de la inversión adicional de un dólar de trabajo, entonces todo el esfuerzo extra es una pérdida. El punto es encontrar una manera de privatizar que maximice el superávit, que es lo que hace la regla de la captura al *minimizar* la cantidad de trabajo requerida para la adquisición. Bajo esa regla, podemos al menos estar seguros de que nadie va a invertir más dinero o esfuerzo en adquirir un nuevo activo del que ese activo vale, de manera que bajo la regla de la captura solo observaremos esfuerzos desplegados en los casos en los que vale la pena realizarlos.

Una segunda restricción es tan importante como la primera, porque ningún potencial propietario gastará más de lo necesario para cumplir con los requisitos mínimos de ocupación. La regla Lockeana del trabajo que incrementa los derechos sobre la cosa en la medida que sea invertido más trabajo tiene la perversa consecuencia de reducir las potenciales ganancias de la propiedad privada. La adelgazada regla de la captura actúa como un filtro mediante el cual la gente no invierte indebidamente cuando las ganancias son muy bajas, de manera que puede que la propiedad de aquellas cosas que no valen mucho nunca sea adquirida. Los elementos principales de la teoría de la adquisición del derecho común son el aviso al resto del mundo y la separación de una persona de los otros, mas no la inversión de trabajo en sí.

Sin perjuicio de la célebre frase de que la propiedad es creada cuando una persona mezcla su trabajo con un objeto externo, lo ilustrativo es que cuando la situación se vuelve crítica Locke realmente no le encuentra ninguna utilidad a su propia teoría. Su ejemplo implica la conclusión de que cualquiera que recoja una bellota tiene derecho a comérsela⁽⁴³⁾. El resto de la oración es en sí misma una refutación de la teoría del valor basada en el trabajo que él anunció previamente:

“Pregunto entonces: ¿en qué momento comenzaron a ser suyos? ¿Al digerirlos? ¿Al comerlos? ¿Al cocinarlos? ¿Al llevarlos a casa? ¿Al recogerlos? Es evidente que si el acto primero de cogerlos no hizo que le perteneciesen, ninguno de los otros podría haberlo hecho. Aquel trabajo introdujo

una distinción entre esos frutos y los frutos en común⁽⁴⁴⁾.

Pero el trabajo agregó solo una pequeña fracción al valor. La clave era hacer la primera posesión suficiente para que luego tuviera el derecho de llevárselo a casa, lo que hace la teoría de la captura. “Si tal consentimiento hubiera sido necesario, el hombre hubiera muerto de hambre, sin importar lo mucho que Dios le hubiera dado”⁽⁴⁵⁾.

Incluso antes de que el término fuera acuñado, Locke intuye lo que en términos modernos se conoce como *el problema de los costos de transacción*⁽⁴⁶⁾. El primer problema evitado por la regla es el de la necesidad de obtener el consentimiento uniforme de todos los individuos, lo que es una tarea imposible incluso si todas las personas tuvieran la disposición para ello. El intentar reunir a todas estas personas (y que tengan la misma visión o perspectiva sobre el problema en cuestión) es un esfuerzo estéril. La situación se torna más difícil cuando incluso una pequeña fracción de aquél amorfo grupo decide, por egoísmo, no cooperar con el fin de obtener una tajada desproporcional de la torta social. La fuerza combinada de estas dos alternativas condena cualquier solución consensual, motivo por el cual al final la regla ha ejercido tal fuerza en la evolución histórica de los derechos de propiedad. Para Locke, el criterio final es sencillo: él piensa que es preferible para cada persona el obtener algo del dominio común que morir de hambre, y otorga el mismo derecho a todos los demás, dada su igual condición en el estado de naturaleza. Puesto en términos modernos, la necesidad privada enfrentada por cada persona en el estado

(43) Locke, *supra*, nota 39, 186.

(44) Locke, *Dos Tratados sobre el Gobierno Civil*, 186 (énfasis agregado).

(45) Locke, *Dos Tratados sobre el Gobierno Civil*, 197.

(46) Sobre el tema, véase, en general, Ronald Coase, “El Problema del Costo Social”, 3 *J.L. & Econ.* 1, (1960).



Richard Epstein

de naturaleza puede verse satisfecha de mejor manera si a todos se les permite obtener algo del dominio común, en comparación a cuando a nadie se le permite.

En esta crítica coyuntura, se torna claro que la noción del consentimiento empieza a mutar hacia una noción implícita de utilidad, mediante la cual las sociedades que permiten que la tierra y otros bienes sean extraídos del dominio común podrán, en efecto, prosperar, mientras que aquellas que se rehúsen a permitir la conversión de las cosas al dominio privado verán, literalmente, las uvas marchitarse en la vid sin ser recogidas. Es precisamente ese el punto que Locke enfatiza posteriormente en el Capítulo V al comparar la productividad de las tierras de cultivo inglesas con los territorios indígenas estadounidenses. De ese punto se está a solo un paso, en el marco de Locke, de decir que es la utilidad de las reglas lo que evidencia que éstas son conformes con la voluntad divina, luego de lo cual es fácil (para los que se sienten tan inclinados a ello) descartar el andamiaje teológico y hacer de la utilidad la única prueba de la solidez de las instituciones humanas. Estas reglas requieren que haya algún estimado de las tendencias de la naturaleza humana, tanto con respecto a los fines que logran como a los medios que utilizan para lograrlos.

Sobre este punto, la observación de Hume en su *Tratado de la Naturaleza Humana* parte de la asunción de que “es sólo por el egoísmo y la limitada generosidad de los hombres, conjuntamente con los escasos medios que la naturaleza proporciona para satisfacer sus necesidades, que se produce la justicia”⁽⁴⁷⁾. El punto aquí es que hay alguna variedad en la sensibilidad, pero que el interés propio se mantiene no obstante como el principal motor al pensar en cómo dividir los escasos medios que la naturaleza nos ha dado. Al responder la pregunta sobre la asignación, Hume busca abordar estos problemas de escasez al observar las categorías del derecho romano de su pensamiento: recuerden que el derecho escocés fue en sus orígenes fuertemente influenciado por el derecho romano. Así, en su sección “De las Reglas que Determinan la Propiedad”, Hume restablece la

conexión con el antiguo derecho romano con su tratamiento de cuestiones tales como la definición y la estabilidad de la posesión bajo reglas generales y los modos de adquisición, sea por ocupación, prescripción, accesión o sucesión⁽⁴⁸⁾.

En cierto sentido, el ciclo está completo. No hay alusión a los derechos divinos en el derecho romano privado de la propiedad, lo que concuerda mejor con el pensamiento moderno de lo que concuerdan muchas explicaciones teológicas. En efecto, una razón por la cual la obra de Aquino ha sobrevivido tan bien como lo ha hecho es que sus argumentos no contienen ninguna base teológica explícita, sino que funcionan también en un mundo sin un origen divino, punto que fue muy dificultoso para los autores académicos que siguieron su estela, para quienes la validación divina era fuente de presión. Consideren en este contexto lo escrito por Francisco Suárez, para quien el tema giraba alrededor de la siguiente hipótesis: “Incluso si Dios no hubiera establecido las prohibiciones o mandatos que conforman el derecho natural, mentir seguiría siendo malvado, y honrar a nuestros padres seguiría siendo digno y obediente”⁽⁴⁹⁾.

3. La transición del derecho natural al bienestar social

Al tratar con la evolución del pensamiento político y legal, la recientemente descubierta alusión a las nociones de utilidad obligó a los pensadores a desarrollar el concepto de utilidad. Esta no puede ser una entidad abstracta o incorpórea situada por encima

(47) David Hume, *Tratado Sobre la Naturaleza Humana*, 322-330 (Edición de David Fate Norton & Mary J. Norton, Oxford University Press 2000) (1740).

(48) Hume, *Tratado Sobre la Naturaleza Humana*, 322-330

(49) Véase Francisco Suarez, “De Legibus”, *Selections From Three Works of Francisco Suarez*, 187-200 (Gwylays L., Williams et al trans., Oxford Clarendon Press 1944), (comillas internas omitidas).

Del derecho natural al bienestar social: principios teóricos y aplicaciones prácticas
From Natural Law to Social Welfare: Theoretical Principles and Practical Applications

de la sociedad. Más bien, debe reflejar hasta cierto punto la condición o situación de los individuos gobernados bajo cualquier conjunto de normas. Pero entonces ¿cómo puede alguien emitir juicio sobre el éxito de estas entidades sin relacionarlas al éxito de los individuos que las componen? Con seguridad, no puede decirse que las reglas que conllevan a la muerte y la destrucción masiva son dignas de ningún tipo de defensa sobre la base de que promueven algún valor trascendental indefinido que no beneficia a ningún individuo en lo absoluto. El desafío es esencialmente desarrollar un sistema consistente en lo que a veces se denomina *individualismo metodológico*, de manera que las afirmaciones sobre el éxito de cualquier entidad agregada pueden derivarse de las afirmaciones sobre la utilidad del sistema de reglas para todos los individuos que comprenden dicha entidad. Desde este punto de vista, se vuelve posible encontrar una forma de relacionar lo descriptivo y lo normativo de manera que podemos encontrar una forma de mostrar que las cosas deseadas son de hecho deseables. Lógicamente, por supuesto, está el vacío Humeano entre el *ser* y el *deber ser*, de modo que cualquier proposición sobre el segundo de estos conceptos no puede ser reducida a una sobre el primero, debido al salto lingüístico⁽⁵⁰⁾. Sin embargo, bajo esta perspectiva no es del todo posible derivar que las proposiciones sobre las virtudes y defectos no son capaces de ser verdaderas o falsas, aun si no pueden ser derivadas lógicamente de dichas proposiciones indubitadamente descriptivas tales como “Juan tiene ojos azules”. De hecho, el discurso moral regular del tipo ejemplificado por C.S. Lewis no yace en la posibilidad de que estos juicios sean posibles mediante un esfuerzo sobrehumano, sino en que sean

realizados rutinariamente y casi sin esfuerzo todos los días. No es que las personas sean inconscientes de la posibilidad de los casos difíciles, sino que son muy conscientes de la ubicuidad de los casos fáciles.

La siguiente pregunta es cómo establecer un marco en el cual esto ocurra. En el caso más simple, si *A* quiere *X* y *B* quiere que *X* no ocurra, ¿cómo puede ser posible forjar una conexión entre lo deseado y lo deseable?⁽⁵¹⁾ Dado que no es mediante la lógica, la *siguiente* oración de Hume luego de insistir en la distinción entre *ser* y *deber ser* se mueve drásticamente en otra dirección: “Así, el curso del argumento nos lleva a concluir que, dado que los defectos y virtudes no son descubribles únicamente mediante la razón o mediante la comparación de ideas, ha de ser a raíz de alguna impresión o sentimiento que causan que somos capaces de encontrar la diferencia entre ellos⁽⁵²⁾.”

Aquella declaración no es una afirmación amplia en pro del escepticismo cognitivo. Es un pedido de un nuevo enfoque hacia un problema complejo. De modo que ahora la pregunta es cómo encontrar la diferencia entre ellos. Sobre este punto, no existe contradicción lógica entre afirmar que cualquier cosa deseada por todos es mala, y que aquella no

(50) Sobre el punto, véase en general, Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays* (2002); Michael Moore, “Moral Reality”, *Wis. L. Rev.* 1982, 1061.

(51) Hume, nota 49 *supra*: 302 (“En todo sistema de moralidad con el que hasta ahora me he topado he notado siempre que el autor procede durante cierto tiempo según el modo corriente u ordinario de razonar, y señala la existencia de Dios o hace observaciones relativas a los asuntos humanos; y de repente me sorprende al encontrar que en vez de los usuales enlaces de las proposiciones *es* y *no es*, no me encuentro con ninguna proposición que no esté enlazada con un *debe* o *no debe*. Este cambio es imperceptible, pero sin embargo es de gran consecuencia, pues como el citado *debe* o *no debe* expresa una nueva relación o afirmación, es necesario que sea observada y explicada, y al mismo tiempo debe proporcionarse una razón para lo que parece completamente inconcebible, a saber: cómo esta nueva relación puede ser una deducción de otras totalmente diferentes de ella. Pero como los autores no usan comúnmente de esta precaución, debo atreverme a recomendarla a los lectores, y estoy persuadido en el sentido de que esta pequeña atención terminará con todos los sistemas vulgares de inmoralidad y nos permitirá ver que la distinción entre vicio y virtud no se funda meramente en las relaciones de los objetos ni es percibida por la razón.”)

(52) Hume, *Tratado Sobre la Naturaleza Humana*, 302, (“Distinciones morales derivadas de un sentido moral”).



Richard Epstein

deseada por nadie es, al mismo tiempo, buena. Pero adoptar cualquiera de estas posturas sería extremadamente extraño. Sin embargo, del mismo modo sería extraño afirmar que aquello deseable para una persona deba prevalecer si los otros se oponen, e, inversamente, también es peligroso afirmar que cualquier postura deseada por todos los individuos deba necesariamente ser impuesta al único individuo que no la desea o aprueba. Si los conflictos entre dos partes son difíciles de resolver, los conflictos entre n partes jamás serán más sencillos. La pregunta que entonces surge es cómo crear de la mejor manera una medida o parámetro para las decisiones sociales que no ignore las preferencias de cualquier persona, pero que tampoco les otorgue a estas un peso inadecuado.

No fue sino hasta la segunda mitad del siglo diecinueve que se dieron los esfuerzos intelectuales serios en pos de desarrollar ese sistema, y estos fueron sistematizados recién para alrededor de 1940⁽⁵³⁾. En este punto, emergieron dos estándares generales que intentaban relacionar las preferencias, o las utilidades, de todas las personas que estaban involucradas en el mismo sistema, para demostrar cómo elaborar de la mejor manera una relación sistemática entre lo que era deseado y lo que era, por consiguiente, deseable.

El primero de estos estándares es el Principio de Pareto, según el cual cualquier cambio de posición para todas las personas es considerado como una mejora social únicamente si cada parte está por lo menos en la misma situación luego del cambio y por lo menos una persona está en mejor situación luego del cambio. Una vez que todas las ganancias hayan sido agotadas, de modo que solo sea posible hacer que una persona mejore su situación haciendo que otra empeore la suya, el sistema será óptimo o eficiente en términos de Pareto. El principio rival, algo más indulgente, es el de Kaldor y Hicks, mediante el cual una iniciativa, sea gubernamental o privada, constituye una mejora social únicamente si los beneficios de los ganadores son suficientes para como para compensar *hipotéticamente* a los perdedores y aun así tener lo suficiente para estar en mejor situación que antes.

Como se tornará evidente más adelante, las variaciones a estos principios cierran la brecha entre el *ser* y el *deber ser* atendiendo a los requisitos del individualismo metodológico, insistiendo en que todas las afirmaciones sobre el bienestar agregado del grupo sean descompuestas en afirmaciones sobre el bienestar de los individuos que conforman dicho grupo. Lo hace sin requerir que haya una medida común que dé cabida a comparaciones interpersonales de utilidad. En efecto, es una fortaleza y a la vez una debilidad de este sistema el hecho de que no ofrece prueba sobre la magnitud de las diferencias entre los diferentes estados del mundo, porque ello solo es posible con comparaciones fundamentales que pretendan cuantificar estas brechas, una tarea que a veces parece fácil y, en situaciones de crisis, se ve totalmente desalentadora. Se lo deja a la esfera subjetiva e impide así que cualquier *monstruo de la utilidad* dicte el origen del resultado social.

Vale la pena mencionar que bajo esta postura, a la que me adhiero, no existe verdaderamente un campo independiente llamado *macroeconomía* en la medida que este campo reposa en la asunción de que existe analíticamente una noción distinta llamada *demanda agregada*, la cual es diferente a la suma de las demandas de todos los individuos del sistema. De manera similar, no existen utilidades agregadas para los actores del sistema. Solo existe la necesidad de construir un criterio amplio del estado social a partir de pequeños criterios sobre el bienestar individual. Cuando, actuando de manera independiente, todos los individuos tienen funciones idénticas de preferencias, no hay daño evidente ocasionado al tratar sus

(53) Véase, en general, John Hicks, "The Foundations of Welfare Economics", *Econ. J.* 49 (1939): 696; Nicholas Kaldor, "Welfare Propositions of Economics and Inter-personal Comparisons of Utility", *Econ. J.* 49 (1939), 549. Para las definiciones estándar de la eficiencia en términos de Pareto y Kaldor y Hicks, véase Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 17-20, (Octava Edición, 2011).

actividades en conjunto y en considerarlos como agregados. Pero esa postura se vuelve peligrosa cuando se le permite ocultar las diferencias en las preferencias y gustos entre otros individuos, las cuales son luego compensadas sin justificación alguna de intereses precisamente paralelos e independientes.

En este punto ya debe haber quedado claro cómo estas observaciones se relacionan con la tradición general de la teoría del contrato social, la que se encuentra cerca de la superficie en el pensamiento moderno del bienestar social. El primer punto a notar es la dificultad terminológica de esta familiarísima expresión, con su esfuerzo por unir las palabras *contrato* y *social* en una sola entidad. El primero de estos términos alude al consentimiento individual y al acuerdo voluntario. El segundo apunta al dominio colectivo (cuando no al dominio del Estado). Estas dos visiones no se mezclan fácilmente en una sola visión uniforme. Pero de hecho existe una forma de hacer que estas concepciones gemelas sean coherentes. La proposición más importante es que el objeto de cualquier regla social bien diseñada es llevar a un grupo a la misma posición a la que hubiera llegado a través de los acuerdos voluntarios, si los costos de transacción fueran lo suficientemente bajos para facilitarlos.

En otras palabras, el objetivo aquí es utilizar la coerción estatal para obtener los mismos resultados (en los que ambas partes ganan) que los contratos privados lograrían, sea que tratemos con dos personas o con dos mil personas, siendo que esta segunda configuración presenta un mayor desafío porque los costos de transacción se incrementan exponencialmente cuando son muchas las personas involucradas y se requiere el consentimiento unánime. Para empeorar las cosas, cuando el problema se convierte en uno de control de la amenaza y el uso de la fuerza, las supermayorías a favor de la no agresión no son de mucha ayuda, porque uno solo puede ser asesinado una vez, y ello puede hacerlo aquel *único* disidente marginado o excluido de la ley. Es entonces aquel único marginado quien pone en riesgo la propia seguridad de todos los demás. El buen comportamiento de todos los demás no hace que una persona reviva de entre los muertos. Entonces, lo que se requiere es una renuncia total y plena al uso de la fuerza por parte de todos y cada uno, porque la estabilidad de las instituciones sociales se

pierde aun cuando *una* sola persona se retira del sistema, luego de lo cual seguirán otros, de manera que el sistema del orden social se resquebrajará rápidamente. Lo que hace el contrato social es abordar aquel problema forzando a las personas a abstenerse del uso de la fuerza, de manera que, si esto se hace correctamente, todos los individuos estarán en mejor situación de la que hubiesen estado si no se hubiese impuesto coerción sobre cualquier miembro del grupo. Según la construcción consuetudinaria, lo *social* se refiere a la coerción y el *contrato* se refiere a los beneficios mutuos similares a los obtenidos por medio de la cooperación voluntaria. En este punto, cierta noción de bienestar social debe ser importada, al menos implícitamente, para hacer que este modelo funcione para que, a su vez, la teoría del contrato social se apoye en cimientos más firmes que la revelación religiosa o la intuición, los cuales no tienen mucho peso en nuestros seculares y escépticos tiempos. Hay un apropiado uso de una frase por parte de los autores clásicos, quienes eran menos que explícitos sobre sus raíces analíticas.

4. La transformación legal

Como suele suceder en estos temas, la introducción *de facto* de estas medidas de bienestar social a la ley tuvo lugar mucho antes de su formalización, en la búsqueda de una solución práctica a la litigación rutinaria que fue por mucho excluida de estos grandes problemas teóricos. En esta instancia en particular, el temprano heraldo de la postura moderna del bienestar social es el Barón George Bramwell (1808-1892), un extraordinario juez inglés, sin entrenamiento evidente en teoría económica, pero con una excepcional capacidad teórica⁽⁵⁴⁾. El prosaico

(54) Para una historia de su vida, véase George Bramwell, Primer Baron de Bramwell, Wikipedia, http://www.en.wikipedia.org/wiki/George_Bramwell,_1st_Baron_Bramwell (visto por última vez el 4 de marzo de 2015). He escrito dos veces sobre su rol general. Véase, en general, Richard Epstein, "For a Brandwell Revival", *Am. J. Legal Hist.* 38 246 (1994), 246.



Richard Epstein

origen de su disputa teórica surgió en el caso *Bamford versus Turnley*, en el cual un grupo demandó a una persona que emitía humo a todo el vecindario al quemar ladrillos en su horno para construir su propia casa⁽⁵⁵⁾. En primera instancia, el juez del proceso arribó a la conclusión de que la demanda debía caer porque el demandado usaba el horno en cuestión para una finalidad razonable, a saber, construir su casa⁽⁵⁶⁾. La lógica implícita de esta opinión era que las ganancias que el demandando internalizaba para sí mismo eran suficientes para justificar el daño a terceros, incluso sin una precisa calibración o medición de sus magnitudes relativas. Una manera benevolente de leer aquella afirmación es asumir que la decisión se basaba en la opinión de que las ganancias del demandado eran mayores a las pérdidas de los demandantes, de modo que la decisión era eficiente en términos de Kaldor y Hicks. Pero incluso esa conclusión es incorrecta a menos que el beneficio neto sea mayor a la pérdida neta, lo cual no es estrictamente requerido por ninguna formulación que califique como razonable cualquier decisión que produzca beneficios sustanciales al demandando, sin ninguna medición precisa de las pérdidas para el demandante. En efecto, la conclusión de Bramwell era que para el caso de molestias grandes o considerables, el daño era accionable sin importar la magnitud de la ganancia que producía para los generadores del daño. Es de especial interés la explícita naturaleza social de su cálculo, en el cual el pasaje clave es el siguiente:

“Las instancias planteadas a lo largo de la argumentación, el quemar maleza, vaciar pozos negros, hacer ruidos durante las reparaciones, y otras instancias que califican como molestias si son hechas desenfrenada o maliciosamente, pueden ser realizadas con arreglo a la ley. No puede decirse que dichos actos no son molestias dado que, de acuerdo a la hipótesis, lo son; y no puede dudarse que si una persona causara maliciosamente y sin motivo cerca de una casa-habitación los mismos olores ofensivos que los causados al vaciar un pozo negro, habría lugar a una acción. Tampoco puede uno descalificar estos casos tachándolos de extremos, porque dichos casos ponen a prueba un principio. Tampoco puede decirse que el jurado puede resolver dichas cuestiones encontrando que no hay molestias, porque las hay (...).

(55) *Bamford versus Turnley*, (1860): 3 B. & S, 62, 62-63.

(56) *Bamford versus Turnley*: 65.

(57) *Bamford v. Turnley*, (1860) 3 B. & S, 66, 83-84.

Debe haber entonces un principio bajo el cual dichos casos sean eximidos. Me parece que ese principio puede ser deducido del carácter de estos casos, y este es, a saber, que puede realizarse aquellos actos necesarios para el uso y ocupación común y ordinaria de la tierra y de las casas si se los realiza convenientemente, sin someter a aquellos que los realizan a una acción (...). Hay una evidente necesidad de tal principio como he mencionado. Es tanto para el beneficio de un propietario como para el de otro por la misma molestia por la que el primero se queja, como resultado del uso ordinario de la tierra de su vecino, él mismo creará con el uso ordinario de su propia tierra, y las molestias recíprocas son comparativamente insignificantes. La conveniencia de tal regla puede ser indicada llamándola una regla de “toma y da” o de “vive y deja vivir”.

El público consiste de todos los individuos que lo comprenden, y algo solo redundante en el beneficio público cuando produce bienestar a aquellos individuos en el balance de pérdidas y ganancias para todos. De modo que si toda la pérdida y toda la ganancia fueran sufragadas y recibidas por un individuo, él sería, en el total, el ganador. Pero cuandoquiera que este sea el caso (cuandoquiera que algo es para el beneficio público, adecuadamente entendido) la pérdida para los individuos del público que pierden obtendrá compensación de las ganancias de quienes ganan. Es para el beneficio público que debe haber vías férreas, pero no las habría a menos que la ganancia de contar con ellas fuese suficiente para compensar la pérdida ocasionada por el uso de la tierra requerida para su implementación; y, en consecuencia, nadie pensaría que sería correcto privar a un individuo de su terreno sin indemnizarlo con el fin de construir una vía férrea⁽⁵⁷⁾.

Del derecho natural al bienestar social: principios teóricos y aplicaciones prácticas *From Natural Law to Social Welfare: Theoretical Principles and Practical Applications*

La aprobación por parte de Bramwell del esquema general del bienestar social fue así manifestado claramente en la siguiente oración: “El público consiste de todos los individuos que lo comprenden, y algo solo redundante en el beneficio público cuando produce bienestar a aquellos individuos en el balance de pérdidas y ganancias para todos⁽⁵⁸⁾”. No es inmediatamente claro, no obstante, si esta proposición está destinada a adoptar una versión de mejora en términos de Pareto o una en términos de Kaldor y Hicks. Pero la inclinación hacia el estándar de Pareto es confirmada por su convicción de que debe requerirse una compensación justa como consecuencia de la expropiación de terrenos para la construcción de una vía férrea, lo que se torna más evidente cuando, veinte años después, Bramwell abordó estos temas nuevamente en el caso *Powell versus Fall*:

Es justo y razonable que si una persona utiliza una máquina peligrosa, deba pagar por los daños que ocasione. Si el beneficio que obtiene por el uso de la máquina no logra cubrir el costo de los daños, dicho uso es dañino para el público y debe ser suprimido, porque la pérdida no puede ser asumida por la comunidad o la persona herida o afectada. Si el uso de la máquina es rentable, el propietario deberá pagar una indemnización por los daños ocasionados⁽⁵⁹⁾.

Bramwell evidencia gran impaciencia con respecto a la incómoda asimetría que surge cuando una parte obtiene la ganancia y la otra sufre la pérdida. Sus ejemplos dan indicios de que un uso colateral del remedio del pago por daños es distinguir entre aquellas actividades que deben continuar y aquellas que no. Hacer que el demandado pague los daños y continúe con sus operaciones es otra forma de decir que hay una mejora en términos de Pareto, mediante la cual una parte está en mejor situación que antes y la otra no está en peor situación. Pero si él no puede asumir el pago de los daños entonces ni siquiera hay una mejora en términos de Kaldor y Hicks porque el negocio no puede generar utilidades y a su vez pagar por las pérdidas. Hacer que la empresa fracase es la respuesta correcta en aquellos casos, al menos bajo la asunción de que las actividades en cuestión están correctamente valuadas, lo que es esencial en este caso.

La misma noción en sí funciona en el derecho constitucional de los Estados Unidos, de forma muy prominente en la decisión del Juez Mahlon Pitney en el caso *Coppage versus Kansas*, en el cual se inclinó explícitamente en favor de que la libertad de contratar permite una mejora mutua entre las partes, incluso si, como suele ser el caso, incrementa la brecha de riqueza entre ellas:

En efecto, bastará una pequeña reflexión para demostrar que dondequiera que el derecho a la propiedad privada y la libertad de contratar coexistan, a la hora de contratar cada parte es inevitablemente influenciada en alguna medida por la pregunta acerca de si tiene mucha propiedad, o poca, o ninguna; porque el contrato se celebra con la idea de que cada uno puede obtener lo que necesita o desea con mayor urgencia que aquello que propone dar a cambio. Y, dado que es en sí mismo evidente que a menos que las cosas se mantengan en dominio común algunos tendrán más propiedades que otros, es por la propia naturaleza de las cosas imposible mantener la libertad de contratar y el derecho a la propiedad privada sin al mismo tiempo reconocer como legítimas aquellas desigualdades en la riqueza que son el resultado necesario del ejercicio de esos derechos⁽⁶⁰⁾.

En este punto, no es difícil concluir que una cláusula de un contrato privado podría requerir al trabajador, como condición de empleo, el no afiliarse a un sindicato mientras que subsista el vínculo laboral. Ante esto se planteará que los intereses del sindicato no pueden ser ignorados. La respuesta a esto último proviene de la sencilla observación de que el objetivo fundamental del sindicato es formar un cártel en el mercado laboral de una

(58) *Bamford v. Turnley*: 84-85.

(59) *Powell v. Fall*, (1880) 5 Q.B., 597, 601 (Eng.).

(60) *Coppage versus Kansas*, 236 U.S. 1, 17 (1915).



Richard Epstein

industria en particular, lo que de acuerdo a la teoría económica convencional, muy pasada por alto en el discurso político, produce pérdidas sociales sistemáticas. Es esta la razón por la cual durante mucho tiempo he defendido el derecho del empleador a insistir en la celebración del contrato de “perro amarillo”^(NT4), mediante el cual el trabajador, mientras tenga tal condición, se abstiene de afiliarse al sindicato, porque pienso que estos mecanismos son cruciales para mantener un mercado competitivo en las relaciones laborales⁽⁶¹⁾.

Aquél dispositivo contractual ayuda así a preservar un equilibrio competitivo en los mercados laborales, y conllevó a la conclusión que Pitney defendió dos años después en el caso *Hitchman Coal versus Mitchell*: que el sindicato podía ser demandado por inducir al incumplimiento contractual si solicitaba a los trabajadores, con la mirada puesta en que se unan como miembros, a permanecer en el trabajo hasta que los convocara al unísono⁽⁶²⁾. La sola medida judicial contra el sindicato es un remedio mucho más eficiente que varias acciones por daños contra cada uno de los empleados individualmente. Pitney estaba en lo correcto al temer que la negociación colectiva obligatoria podría desbaratar la eficiente operación de los mercados competitivos para crear una medida de igualdad entre ambos lados. Aun si el objetivo funciona en el mundo ideal, necesariamente requiere de pagos de un lado al otro que reducen el tamaño total de la torta por el costo de su implementación. Aun si algún desplazamiento hacia la igualdad puede alcanzarse, no hay razón para pensar que el proceso producirá la distribución igualitaria deseada y esperada, sin pérdidas en la productividad. Las oportunidades de terceros son disminuidas cuando los sindicatos obtienen el derecho exclusivo a la negociación, y una gran cantidad de clientes y proveedores tienen que soportar una gran incertidumbre en caso de huelga o cierre patronal en casos de ruptura de las negociaciones, la que se hace más probable a raíz de los acuerdos monopólicos bilaterales. Dadas estas pérdidas, no es posible imaginar un acuerdo de negociación colectiva institucional que alcance el estándar de Pareto o el

de Kaldor y Hicks. La mayor protección del sistema para todas las personas proviene de un régimen que se mueva hacia la dirección del equilibrio competitivo. Lo único que podemos decir sobre leyes de este tipo es que gastan los recursos públicos para desplazar a la actividad económica hacia la posición equivocada al imponer barreras artificiales a los intercambios beneficiosos. He atacado la concepción del derecho del trabajo moderno en repetidas ocasiones⁽⁶³⁾. No es necesario repasar los dolorosos detalles nuevamente.

En este sentido, no obstante, es ilustrativo comparar la precisa opinión de Pitney acerca de la situación con la de Oliver Wendell Holmes, la cual explícitamente rechaza la afirmación de que las transacciones voluntarias no producen ganancias mutuas:

“Creo que la decisión judicial debe ser ratificada. En las presentes condiciones un obrero podría naturalmente pensar que únicamente perteneciendo a un sindicato podría asegurar un contrato justo para él. Si aquella creencia, correcta o equivocada, puede ser sostenida por un hombre razonable, me parece que la ley puede asegurar su cumplimiento para establecer la igualdad de posición entre las partes en la cual la libertad de contratar tiene origen. Si en el largo plazo es sabio para los obreros el promulgar leyes de este tipo no es mi preocupación por el momento, pero soy de la férrea opinión de que no hay nada en la Constitución de los Estados Unidos de América que pueda prevenirlo, y de que los casos *Adair versus United*

(NT4) El término en la versión en inglés es “*yellow dog*” contract.

(61) Richard Epstein, “A Common Law for Labor Relations: A Critique of the New Deal Labor Legislation”, *Yale L. J.* 92, (1983), 1357, 1370-75.

(62) *Hitchman Coal & Coke Co. versus Mitchell*, 245 U.S., (1917) 229, 260-61.

(63) Véase, en general, Epstein, supra nota 63; Richard A. Epstein, *Common Law, Labor Law, and Reality: A Rejoinder to Professors Getman and Kohler*, 92 *Yale L. J.* 1435, (1983); Richard A. Epstein, *Labour Unions: Saviours or Scourges?* 41 *Cap. U. L. Rev.* 1, (2013).

Del derecho natural al bienestar social: principios teóricos y aplicaciones prácticas *From Natural Law to Social Welfare: Theoretical Principles and Practical Applications*

States, 208 U.S. 161 (1908) y *Lochner versus New York*, 198 U.S. 45 (1905) deben ser anulados⁽⁶⁴⁾.

Es importante que notemos los errores lógicos de esta opinión. Primero, Holmes alega que un obrero puede “naturalmente pensar” que necesita afiliarse a un sindicato para asegurarse un contrato. Pero no explica lo que ocurre cuando un obrero no adopta esa postura sino más bien piensa que la solidaridad sindical es un obstáculo para su progreso individual. Holmes tampoco explica por qué esos pensamientos deben gobernar la situación, cuando representan únicamente los deseos de una parte, mas no los de la otra. Hay un esfuerzo por privilegiar los deseos de una parte sobre los de la otra, y de hacerlo apelando a la noción de justicia que presupone que hay algo en el proceso de negociación colectiva o sus mencionados fines que de alguna manera hace que la negociación colectiva sea justa. Sea lo que sea ese *algo*, no puede asimilarse al lenguaje de las ganancias mutuas. Tampoco hay razón alguna para pensar que la “igualdad de posición entre las partes” es un presupuesto para la libertad de asociación o de contratar o, en los términos de la Ley Nacional de Relaciones Laborales^(NT5), que la *plena* libertad de asociación o la *efectiva* libertad de contratar, donde no es clara la función de los términos *plena* o *efectiva*⁽⁶⁵⁾. La teoría de la ganancia mutua presupone cualquier distribución de la riqueza existente entre las partes y les permite negociar para lograr una mejora conjunta. El insistir en que se necesita un mínimo de igualdad disminuye las oportunidades de aquellos con menos recursos para dar con negocios exitosos. Y la posición deja abierta la pregunta

de porqué o cómo la sindicalización crea aquella condición. Es muy claro que este nivel de coerción bloquea todos los tipos de mejoras en términos de Pareto. Es igualmente claro, dada la reducción de la torta, que tampoco puede crear mejoras en términos de Kaldor y Hicks. No debe sorprender que Holmes se uniera al disenso del Juez Brandeis en el caso *Hitchman Coal*⁽⁶⁶⁾.

Estamos ahora en posición de ver cómo estas observaciones se relacionan con las medidas generales de utilidad social. Para estos propósitos circunscribiré la exposición a los acuerdos entre dos partes, sabiendo que los resultados pueden ser generalizados a tres o más partes. Para facilidad de la exposición, asuman que la posición inicial de ambas partes las sitúa conjuntamente en el origen (punto $<0,0>$) del plano real, con el Eje *x* representado el bienestar de la primera parte y el Eje *y* representando el bienestar de la segunda parte (véase el *Gráfico 1*). Desde la posición inicial en el origen, las partes pueden moverse hacia otros puntos, sea como resultado de sus propias acciones o por requerimiento de la ley. La pregunta es cómo determinar cuáles de estos movimientos desde la posición original son legítimos y cuáles no. Al lidiar con esto,

(64) *Coppage*, 236 U.S. 26-27 (Holmes, J., disintiendo) (citas omitidas).

(NT5) El término en la versión en inglés es: *National Labor Relations Act*.

(65) Véase la Ley Nacional de Relaciones Laborales § 1, 29 U.S.C. § 151 (2012) (“La desigualdad en el poder de negociación entre los empleados que no cuentan con plena libertad de asociación o efectiva libertad de contratar, y los empleadores organizados en corporaciones u otras formas de asociación en propiedad impone cargas y afecta el flujo del comercio, y tiende a agravar las actuales depresiones en los negocios, al deprimir las tasas salariales y el poder adquisitivo de los asalariados de la industria y previniendo la estabilización de tasas salariales competitivas y condiciones de trabajo dentro de y entre las industrias.”).

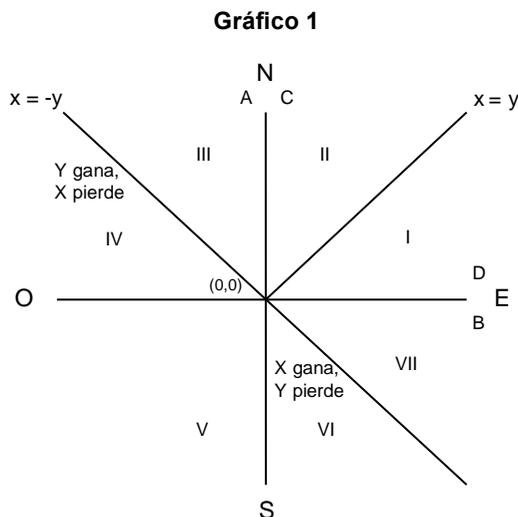
Descriptivamente, todas estas afirmaciones son incorrectas. No es la propiedad corporativa lo que importa. Lo que importa es el número de alternativas para los trabajadores, usualmente provenientes de otras corporaciones. La verdadera carga para el comercio proviene de las interrupciones a causa de las huelgas promovidas por la Ley. Las depresiones en los negocios no son causadas por las condiciones del mercado, sino de una variedad de políticas monetarias y fiscales del gobierno. La competencia sube los salarios a medida que aumenta la productividad, lo que a su vez favorece el poder adquisitivo. La sindicalización reduce el poder adquisitivo de los no miembros y en general reduce el tamaño de la torta social. La estabilización de los salarios no necesita ser una cosa buena, y en efecto puede conllevar a rigideces que hacen difícil que los salarios del mercado y otros términos del empleo respondan a los cambios en la oferta y la demanda.

(66) *Hitchman Coal*, 245 U.S. 263.



Richard Epstein

he identificado cuatro áreas en el gráfico. La primera es demarcada por la línea $x = -y$, que atraviesa el origen con una gradiente de menos uno (-1). Un movimiento hacia cualquier punto por debajo de esta línea no constituye una mejora social, sea medida por la rigurosa prueba de Pareto o por el más condescendiente estándar de Kaldor y Hicks. Esto es más claro en los puntos del cuadrante del Suroeste (SO) en los cuales ambas partes pierden, pero la conclusión es la misma en los puntos ubicados en las mitades inferiores izquierdas de los cuadrantes del Noroeste (NO) (*punto IV*) y del Sudeste (SE) (*punto VI*), en los cuales las ganancias de los ganadores son menores que las pérdidas de los perdedores. Más aún, esta gran sección del gráfico cubre todos aquellos casos en los que la acción del gobierno busca desbaratar la actividad de los mercados competitivos. Aquella acción necesariamente reduce la torta aun si los costos administrativos del sistema son iguales a cero.



En este punto, queda claro que el análisis entre dos partes es incompleto porque no puede explicar por qué cualquiera de las dos partes escogería voluntariamente el cuadrante del Suroeste (SO) o estaría a favor de legislación que lo lleve a tal posición. La explicación para este resultado solo sale a la luz con la introducción de una tercera persona, que obtiene ganancias a raíz de las pérdidas mutuas de las dos primeras, lo cual en este escenario es el movimiento laboral que apoya esta legislación. En la práctica, por consiguiente, deberíamos

tender a casi no ver esquemas legislativos sin ganadores, pero sí muchos esquemas altamente ineficientes en términos de Kaldor y Hicks.

Una línea opositora este punto es que su implícita referencia a los mercados competitivos es algo exagerada porque la competencia pura nunca puede existir en ningún escenario social, dada su rigurosa asunción sobre aspectos tales como la perfecta divisibilidad de los bienes y el conocimiento pleno y total por parte de todos los actores. Pero aquí nuevamente es crucial no convertir a lo perfecto en enemigo de lo bueno y adoptar la misma conciencia institucional que debe informar la discusión anterior sobre la formación de los derechos de propiedad en general. El paradigma competitivo es rutinariamente utilizado en casos de antimonopolio para lidiar con monopolios y cárteles, y no hay economista o jurista que piense que este cuerpo normativo deba ser suspendido porque las condiciones de competencia perfecta son inalcanzables en el mundo real. La pregunta formulada tiene la siguiente dimensión institucional: dadas las muchas imperfecciones sociales, ¿son las ganancias provenientes de hacer cumplir la normativa antimonopolio mayores que los costos administrativos y los costos del error necesarios para combatirlo?

En el caso de las relaciones laborales, aquella pregunta es sumamente fácil si el tema radica en si deben estar exoneradas del cumplimiento de las leyes de competencia, como lo están hoy en día. No deben estarlo, y una crítica similar sobre la reducción de la torta social también aplica a la implementación de sistemas como el sueldo mínimo y las leyes de negociación colectiva, en los que los costos administrativos son muy grandes, incluso entre las partes. Con seguridad, los esfuerzos legislativos nunca se hacen con la intención de ocasionar pérdidas para ambos lados. Pero es claro que tanto los

Del derecho natural al bienestar social: principios teóricos y aplicaciones prácticas *From Natural Law to Social Welfare: Theoretical Principles and Practical Applications*

esfuerzos de X por moverse hacia el Este y de Y por moverse hacia el Norte serán cumplidos con respuestas estratégicas. Es entonces muy probable que, cuando todo esté dicho y hecho, estas iniciativas causen pérdidas a ambas partes. Más aún, la situación se hace más compleja cuando se incluye a terceros a la mezcla. En el caso del trabajo, por ejemplo, la interrupción de los mercados mediante huelgas o cierres patronales desplaza a cualquier iniciativa hacia el Suroeste (SO) del gráfico, como entre las partes, incluso si con tres dimensiones un sindicato pueda beneficiarse, al menos en el corto plazo, con legislación cuyo declarado propósito es la protección de los trabajadores.

La siguiente área a revisar en este gráfico de dos partes son aquellos triángulos en el Noroeste (NO) y en el Sudeste (SE) que representan mejoras en términos de Kaldor y Hicks en la medida que la totalidad de las ganancias es mayor a la totalidad de las pérdidas, todo ello sin compensación o indemnización. Lo primero a notar sobre los puntos en estos dos triángulos es que la ganancia social neta es la diferencia entre las ganancias y las pérdidas de los dos actores. Hay una gran diferencia en las ganancias sociales entre los cambios en el cuadrante del Noreste (NE) (zonas *I* y *II*), donde el resultado es siempre " $x + y$ ". En la zona *III*, en el cuadrante del Noroeste (NO), o en la zona *VII*, en el cuadrante del Sudeste (SE), la ganancia es siempre el valor absoluto de las diferencias $|x - y|$ en los otros casos. Existe potencialmente una gran diferencia entre las situaciones en el cuadrante del Noreste (NE) en donde " x " y " y " son positivos y las situaciones en el área del cuadrante del Noroeste (NO) encima de la línea $y = -x$ y el área del cuadrante del Sureste (SE) encima de la línea $y = -x$, donde una de estas es positiva y la otra es negativa. Esta diferencia es relativamente pequeña si uno solo compara el punto A con el punto C , o el punto D con el punto B . Pero esta diferencia se torna aún más dramática en la medida que A y C o B y D se alejan del Eje y o x , respectivamente. En el límite, la lucha se vuelve completa en donde los puntos A y B se ubican ambos en la línea $x = -y$ y los puntos C y D se ubican en la línea $x = y$.

Varias simples conclusiones fluyen de esta observación. Primero, el argumento se mantiene con independencia de si pensamos que una parte es largamente más rica que la otra en el punto $\langle 0,0 \rangle$ porque la investigación aquí solo tiene que ver con el impacto de los cambios en estados previos de las cosas. Segundo, el nivel ideal de inversión en una mejora en términos de Kaldor y Hicks debería normalmente ser reducido a medida

que los puntos A y B tienden a apartarse de los Ejes y o x , respectivamente. Tercero, a medida que las ganancias para A se incrementan y las ganancias para B se reducen (o a la inversa), cualquier mejora en términos de Kaldor y Hicks también será mucho más costosa de alcanzar de lo que uno podría esperar.

Hablando de modo más general, el razonamiento usual sobre la búsqueda de rentas en un contexto legislativo señala que la cantidad invertida en ocasionar u oponerse a algún cambio es una función del tamaño de las ganancias y pérdidas privadas, y de las probabilidades de obtener éxitos. A medida que lo que está en juego aumenta en la dirección opuesta entre los dos grupos, sigue lógicamente que los conflictos entre facciones de una mejora en términos de Kaldor y Hicks se incrementarán también. La combinación entre estos dos puntos significa que se gasta más dinero en cambios que tienen menor valor social. En consecuencia, de manera general, el estándar de Kaldor y Hicks está lejos del ideal excepto en aquellos casos en los que el punto A está ubicado donde " x " es ampliamente positivo y " y " es ligeramente negativo, como en el punto B , o a la inversa donde " y " es ampliamente positivo y " x " es ligeramente negativo, como en el punto A . Dicho de otro modo, las diferencias entre el punto A y el punto C (aquí representadas como $2x$) son lo suficientemente pequeñas para justificar el cambio, y de modo similar, lo mismo es cierto sobre los puntos D y B .

Considerándolo todo, este análisis global sugiere, en términos constitucionales, que solo existe un número limitado de casos en los que el requisito de una indemnización justa debe ser eliminado al lidiar con cambios legislativos, a saber aquellos casos en los que las disparidades entre las ganancias y las pérdidas son grandes, como en los puntos A y B , mientras que los pagos en efectivo requeridos para efectuar la justa



Richard Epstein

indemnización son tan grandes en comparación a 2^x o 2^y y que es mejor dejar las cosas como están porque la introducción de los costos de indemnización generalmente producirá pérdidas netas en el sistema global⁽⁶⁷⁾.

La inestabilidad política de la medida de Kaldor y Hicks también ofrece una clara explicación de por qué el estándar de Pareto debe ser preferido, al menos mientras sea obtenible en la práctica. El requisito de una indemnización justa reduce la variación de riqueza entre las partes, e incrementa las perspectivas de que la transacción en su integridad dará una suma positiva. Lo anterior reduce las ganancias de las luchas entre facciones y crea así una fuerte inducción a las personas para inscribirse. Sin duda, un sistema de indemnización justa puede requerir en muchos casos alguna valuación de la propiedad perdida por la acción del gobierno, sea por ocupación o por regulación. El otorgar indemnización en casos de expropiación ocasiona una estabilidad institucional que hace de la indemnización una característica central de la teoría liberal clásica⁽⁶⁸⁾, por un lado, y de la Quinta Enmienda a la Constitución, por el otro, en donde la fórmula es que el gobierno puede forzar la expropiación de la propiedad para uso público, pero únicamente con el pago de una indemnización justa⁽⁶⁹⁾.

No obstante, la necesidad de indemnización en efectivo no surge en todos los casos. Ello porque varias medidas integrales, tales como los plazos de prescripción y la ley de fraudes, por ejemplo, proveen una mayor certeza que, desde la perspectiva *ex ante*, es probable que beneficie a ambos lados. La primera medida reduce el periodo para demandar, reduciendo con ello

el costo de litigar y el costo del error. Desde la perspectiva *ex ante*, ninguna parte sabe si será en el futuro demandante o demandada, y así ambos se benefician de la nueva regla. De manera similar, una ley de fraudes también incrementa la seguridad de las transacciones, lo cual desde la perspectiva *ex ante* funciona para beneficio mutuo.

No obstante, incluso aquí existen elementos residuales de inestabilidad. Todas las mejoras en términos de Pareto desde el origen se desplazan hacia al Noreste (NE). Pero del mismo modo en el que un movimiento a lo largo del Eje y de (0,0) a (0,10) es una mejora en términos de Pareto, también lo es un movimiento de (0,0) a (10,0) a lo largo del Eje x. En un esfuerzo por deshacerse de los casos extremos, se ha sugerido que la prueba normativa apropiada es una de *eficiencia débil en términos de Pareto*, lo que significa que alcanzaremos la posición óptima únicamente en caso que “no haya asignaciones alternativas posibles cuyas realizaciones causarían que todos los individuos ganen”⁽⁷⁰⁾. Aquella alternativa consistente en el *Pareto débil* descarta cualquier movimiento a lo largo de los Ejes x o y en el juego de dos partes. Lo que queda pendiente en aquella formulación es una explicación de por qué deberíamos querer impedir las mejoras de aquél tipo,

(67) Para una discusión de esta y otras permutaciones, véase en general Frank Michelman, “Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of ‘Just Compensation’ Law”, *Harvard Law Review* 80, (1967), 1165

(68) La más célebre articulación de este principio se encuentra en la obra de William Blackstone *Commentary on the Laws of England*, en la que apunta la importancia del principio de la indemnización justa cuando el gobierno expropia terrenos para construir una nueva pista:

En este caso y en otros similares la ley por sí misma puede, como usualmente lo hace, interponer, y compeler al individuo a ceder. ¿Pero cómo interpone y compele? No lo hace simplemente arrebatándole al sujeto su propiedad de una manera arbitraria, sino que le otorga una completa indemnización y equivalente por el daño generado. El público es ahora considerado como un individuo relacionándose con un individuo para realizar un intercambio. La ley simplemente obliga al dueño a enajenar sus posesiones por un precio razonable; e incluso esto es un ejercicio de poder, el cual la ley ejercita con precaución, y el cual nadie sino la ley puede ejercer.

(69) Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América.

(70) Eficiencia de Pareto, disponible en web (en inglés): wikipedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Pareto_efficiency (visto por última vez el 4 de marzo de 2015).

Del derecho natural al bienestar social: principios teóricos y aplicaciones prácticas
From Natural Law to Social Welfare: Theoretical Principles and Practical Applications

especialmente si la prueba débil puede ser satisfecha otorgando indemnización nominal a todos los otros actores del juego.

No obstante, la invocación a la prueba de Pareto débil resalta un punto vulnerable en la fórmula de Pareto, que es que no proporciona instrucciones claras respecto de cuál de los varios movimientos posibles dentro del cuadrante del Noreste (NE) deben ser preferidos y por qué. Creo que la respuesta a esa pregunta consta de dos partes. Primero, en las transacciones privadas ordinarias, usualmente es mejor dejar que las partes arriben libremente a cualquier precio que escojan para obtener ganancias mutuas. Es muy poco recomendable que el Estado intervenga para alterar los términos de cualquier negociación concluida sobre la base de que es apropiado equiparar las ganancias provenientes de los intercambios voluntarios. Segundo, la situación es muy diferente cuando el gobierno utiliza la coerción para cambiar el balance entre los individuos privados. En estas circunstancias, la competencia entre dos partes significa que el actor en el Eje y tiene todos los incentivos para trasladarse a un punto en la línea cuya gradiente sea superior a 1. Del mismo modo, el actor a lo largo del Eje x tiene incentivos para trasladarse a un punto en la línea cuya gradiente sea inferior a 1. La competencia sobre la división del excedente es así reducida, en relación a lo que sería bajo el estándar de Pareto, pero es, sin embargo, positiva.

Surge la pregunta de si es posible encontrar alguna manera de evitar aquella competencia, permitiendo al mismo tiempo el movimiento en dirección al Noreste (NE). En este sentido, es razonable invocar el familiar estándar *pro rata*, en el cual los costos son proporcionales a las ganancias. Aquel estándar tiene una inmensa versatilidad. Significa que los accionistas con iguales inversiones son tratados de manera igualitaria con respecto a los dividendos. Significa típicamente que en las negociaciones ordinarias por *joint ventures* las personas simplemente dividen los costos del emprendimiento para hacer las cosas fáciles. Esta sencilla regla de oro tiene la ventaja de restringir todos los movimientos a lo largo de la línea en donde $x = y$, de manera que la única forma en la cual un actor en el Eje x puede mejorar su posición es asegurándose de que también mejore la posición del actor en el Eje y , y viceversa. El punto aquí no es imaginar que en el caso de los accionistas cada uno de los accionistas tiene la misma utilidad para cada dólar de dividendo, el cual casi nunca es el caso. Solo se

trata de asegurar que los dividendos sean igualitariamente pagados -de modo que haya una regla de decisión que descarte el hacer consultas pormenorizadas sobre la utilidad subjetiva que hacen incurrir en los costos de transacción que las reglas *pro rata* buscan eliminar- deteniéndose en lo observable y sin preocuparse sobre los estados mentales internos.

La misma restricción se mantiene en muchas transacciones. Es justo este instinto el que explica por qué en mucho del derecho constitucional tiene tanto poder una regla de no discriminación. La regla señala, en efecto, que la Corte no tiene la seguridad de cuál es la mejor regla, pero sí sabe lo suficiente para confinar a los actores a la línea $x = y$, punto en el cual estos pueden encontrar el punto en dicha línea que mejor funcione para su mutuo beneficio. Una regla que, por ejemplo, establezca que aquella parte que desee imponer un tributo sobre otra parte debe soportar el mismo tributo para sí tenderá a inducir a la búsqueda de un óptimo nivel de tributación. Con seguridad, siempre habrá esfuerzos por encontrar formas de imponer reglas uniformes a dos partes que no están en circunstancias idénticas, de manera que deba tenerse cuidado para evitar aquellas asimetrías escondidas en la posición inicial. Una regla que, por ejemplo, prohíba edificaciones adicionales en dos parcelas vecinas tendrá como consecuencia un masivo desequilibrio si un propietario ya ha construido y el otro no.

Sin embargo, incluso con estas inevitables complejidades, el esfuerzo por imponer una regla *pro rata* tenderá a limitar la despilfarradora competencia política sobre la depredación de la acción gubernamental. El principio en cuestión, sin embargo, tiene propiedades especialmente duraderas a medida que el número de partes sujetas a la regulación se incrementa partiendo de dos. Así, es más probable que un sistema



Richard Epstein

que imponga un tributo de tasa única en una sociedad determinada reduzca la competencia por las rentas económicas que un sistema que permita al gobierno imponer tributación progresiva basada en los ingresos, por un lado, o que le permita imponer tributos especiales en determinadas ramas de actividad, tales como el notorio impuesto selectivo a los dispositivos médicos que ha creado fuertes distorsiones económicas bajo la *Ley de Cuidado de la Salud Asequible*^(NT6). Nuevamente, los beneficios subjetivos de una tarifa única nunca se dan por igual. Pero lo mismo puede decirse de cualquier otra forma de tributación cuyos niveles de complejidad vuelvan altamente improbable que pueda producir cualquier igualdad de beneficios subjetivos para todos los actores del sistema.

5. Conclusiones

El punto de esta charla es desarrollar el complejo conjunto de interconexiones desde las primeras formulaciones de la doctrina del derecho natural hasta su configuración moderna, tanto en el ámbito del derecho público como en el del derecho privado. La gran ventaja de la aproximación moderna es que establece cimientos más firmes bajo el marco normativo tradicional, el cual con mucha frecuencia apelaba a nociones intuitivas de justicia que son tan fáciles de negar como de afirmar. El mismo punto aplica hoy en día, donde las nuevas teorías de la justicia con frecuencia vienen muy rápido y en gran número. Pero una vez que queda claro que

todas las reglas del sistema legal pueden ser diseñadas para lograr el único objetivo de generar mejoras en términos de Pareto, con ganancias proporcionales (medidas en dólares) cuandoquiera sea posible, entonces todo el sistema cae en su lugar.

He resaltado aquí el marco normativo de derechos, pero un análisis similar podría también explicar por qué las protecciones formales tradicionales del federalismo y la separación del poder consistentemente han interesado a los defensores de la postura liberal clásica. La protección contra los peligros de las facciones y el interés propio es un trabajo a tiempo completo para el cual no es suficiente un único conjunto de salvaguardas. La correcta estrategia constitucional razona en términos de sistemas redundantes, algunos estructurales y otros sustantivos, para evitar que el barco estatal encalle. Entonces, no es por casualidad o accidente que en la progresiva víspera al Nuevo Trato, los tres principales ataques a la estructura constitucional original se concentraron en utilizar agencias administrativas para minar las restricciones derivadas de las doctrinas estándar de la separación de poderes con mecanismos de control, erosionando la doctrina de los poderes enumerados mediante lecturas expansivas de la tributación y del poder comercial y truncando la protección constitucional de la propiedad y los derechos contractuales. Esas maniobras tienen como propósito el incrementar el ámbito de la acción gubernamental insistiendo en que no es para que el gobierno limite la dirección de los desplazamientos desde el origen, sea en el juego de dos actores o en toda una sociedad. Las pérdidas sociales provenientes de esta adicionada medida de libertad gubernamental están en total contraste con los esfuerzos tradicionales por establecer conexiones estrechas entre la teoría de los derechos naturales, la filosofía liberal clásica de Locke y Hume, y el diseño básico de la constitución estadounidense, muchas de cuyas principales protecciones han sido torpemente malgastadas en los últimos años. 

(NT6) En la versión original en inglés: *Affordable Care Act*, cuyo nombre completo es *Patient Protection and Affordable Care Act* – PPACA (coloquialmente llamada *Obamacare*, al haber sido firmada por el Presidente Barack Obama).