

Derecho Constitucional y Economía

Constitutional Law and Economics

Robert D. Cooter

Universidad de Berkeley

Ciudad: California

País: Estados Unidos de América

Michael Gilbert

Universidad de Virginia

Ciudad: Virginia

País: Estados Unidos de América

Traducción original

RFJ, No. 10, 2021, pp. 294 - 338, ISSN 2588-0837

RESUMEN: El derecho constitucional y la economía plantean preguntas como: “¿Cuál es el alcance del poder del Congreso de los Estados Unidos para regular el comercio?”; “¿Cuánta autoridad legislativa se puede delegar a los administradores?”; y “¿Cuándo debería ocurrir un cambio constitucional a través de una actualización judicial en lugar de una enmienda formal?”. Para abordar estas cuestiones, el derecho constitucional y la economía combinan análisis positivo, normativo e interpretativo, por lo cual este texto aborda un importante y fértil programa de investigación.

PALABRAS CLAVE: Economía, derecho constitucional, interpretación, norma jurídica, análisis económico.

ABSTRACT: Constitutional law and economics pose questions such as: “What is the scope of the power of the U.S. Congress to regulate commerce”; “How much legislative authority can be delegated to administrators”; and “When should a constitutional change occur through a judicial update rather than a formal

amendment". To address these issues, constitutional law and economics combine positive, normative, and interpretive analysis, so this text addresses an important and fertile research agenda.

KEYWORDS: Economics, constitutional law, interpretation, legal norms, economic analysis.

CÓDIGO JEL: F12, D72.

INTRODUCCIÓN

Antes de la década de 1960, la ley limitaba el uso de la economía a las leyes antimonopolio, industrias reguladas, impuestos y temas especiales como daños monetarios. Esto cambió drásticamente en la década de 1960 cuando el análisis económico se expandió a áreas más tradicionales del derecho, especialmente el derecho privado (propiedad, contratos, agravios) y el derecho penal (Rowley, 2005). La economía transformó la erudición jurídica y la comprensión común de las normas e instituciones jurídicas. El campo recibió el mayor reconocimiento en 1991 y 1992 cuando se otorgaron premios Nobel de economía consecutivos a los académicos que ayudaron a fundarlo, Ronald Coase y Gary Becker. En los últimos años, la economía se ha expandido al derecho constitucional, donde es igualmente prometedora.

Este texto describe el análisis positivo, normativo e interpretativo, pero enfatiza la interpretación, que es nueva para muchos economistas y fundamental para los abogados. Después de introducir estos modos de análisis, pasamos al derecho constitucional. Seis procesos hacen y sustentan constituciones: negociación, votación, delegación, atrincheramiento, adjudicación y ejecución. La teoría económica ilumina estos procesos y el derecho constitucional los refleja. No

podemos describir aquí toda la teoría económica relevante, pero proporcionamos algunas instantáneas. Posteriormente, aplicamos la teoría a problemas concretos del derecho constitucional. Demostramos lo que ha logrado el derecho constitucional y la economía y mostramos su potencial.

El derecho constitucional es un subconjunto importante del derecho público. El derecho público abarca todo, desde la separación de poderes hasta los límites de velocidad. Estamos escribiendo un libro sobre derecho público y economía que esperamos unifique y promueva el campo. Este texto tiene dos objetivos: presentar el derecho constitucional y la economía, y dar una vista previa a nuestro proyecto más amplio.

1. TRES MODOS DE ANÁLISIS

El análisis económico del derecho procede de tres modos: positivo, normativo e interpretativo. La teoría positiva predice cuándo surgirá la ley y cómo responderá la gente a ella. La teoría normativa evalúa el derecho de acuerdo con diferentes concepciones de eficiencia y distribución. La teoría interpretativa aplica la teoría positiva y normativa al significado de las leyes. Abordamos cada uno de estos modos por turno.

1.1. Teoría positiva

La economía proporciona una teoría del comportamiento para predecir cómo responde la gente a las leyes. Esta teoría sobrepasa la intuición al igual que la ciencia sobrepasa el sentido común. La respuesta de las personas siempre es relevante para hacer, revisar, derogar e interpretar leyes. Un famoso artículo sobre derecho y economía describe el derecho como una catedral: un edificio grande, antiguo, complejo, hermoso, misterioso y sagrado (Calabresi y Melamed, 1972, p. 1089). La

teoría del comportamiento de la economía se parece al mortero entre las piedras que sostienen el edificio.

La economía modela las elecciones de las personas como la colisión de gustos subjetivos y oportunidades objetivas. Tres conceptos subyacen en el análisis: preferencias, maximización y equilibrio. Los explicaremos brevemente. Los economistas asumen que cada actor puede clasificar los posibles beneficios a los que se enfrenta de mejor a peor. “Función de utilidad” es el nombre técnico que los economistas dan a una clasificación de preferencias. Por lo tanto, un consumidor puede clasificar los bienes: café gourmet, zapatos de gamuza, guantes de boxeo, autos veloces y píos de malvavisco. Un político puede clasificar cargos: concejal, alcalde, senador estatal, congresista y presidente. Un estudiante universitario puede clasificar carreras: contabilidad que promete riqueza o música que da placer.

Una clasificación debe satisfacer las propiedades formales, pero no es necesario asumir nada sobre las razones detrás de ella¹. Los valores subyacentes a las preferencias pueden ser casi cualquier cosa: placer, amor, felicidad, autorrealización, riqueza, poder, prestigio, posición social, ecologismo, altruismo o justicia. Las preferencias reales de la gente son complicadas. Los economistas suelen hacer suposiciones para simplificar el análisis, como la suposición de que a las personas solo les importa su riqueza, poder y prestigio. Los modelos económicos de interés material son relativamente simples y convincentes. Sin embargo, el análisis no termina ahí. Los valores inmateriales influyen en las personas, incluidas las filosofías políticas, los compromisos morales y las creencias religiosas.

1 La lista habitual tiene tres propiedades formales: reflexividad, integridad y transitividad (Cooter y Ulen, 2012).

Habiendo discutido las preferencias, pasamos a su satisfacción. Cada persona tiene oportunidades limitadas para satisfacer sus preferencias. Cuando se clasifican las alternativas, una persona racional elige la alternativa de mayor rango que le permiten las oportunidades, satisfaciendo así sus preferencias en la mayor medida posible. Al restringir los valores individuales a alternativas clasificadas, los economistas pueden implementar las matemáticas de la maximización. La maximización de la utilidad constituye un modelo general de racionalidad instrumental. Es “general” porque se aplica a muchos fines posibles, “instrumental” porque se refiere al logro de fines y “racional” porque persigue fines en su máxima extensión.

Un modelo de maximización de la utilidad es un buen comienzo para predecir los efectos de una ley. Sin embargo, es un mal final, porque las personas reales son psicológicas, no lógicas. Después de predecir las consecuencias del comportamiento racional, un modelo económico debe ajustarse introduciendo la psicología. Muchas personas cometen errores sistemáticos en sus elecciones, especialmente debido a la presión del tiempo, la novedad y la incertidumbre. La “racionalidad disminuida” se refiere a un déficit en el comportamiento en comparación con la racionalidad totalmente instrumental. La racionalidad disminuida es el tema de gran parte de la psicología cognitiva y la economía del comportamiento. Los experimentos psicológicos muestran la importancia del encuadre, el anclaje, la prominencia, la heurística, la representatividad y la disonancia cognitiva².

Hasta ahora, hemos hablado del comportamiento individual. Ahora considere las interacciones entre individuos. Una interacción social tiende a persistir cuando nadie puede aumentar su satisfacción cambiando su comportamiento,

2 Para obtener una introducción accesible a estas ideas por parte de un académico que ayudó a desarrollarlas, consulte Kahneman (2011).

dado que los demás no cambian su comportamiento. Todos maximizan simultáneamente. Esta característica define un “equilibrio de Nash” (Nash, 1950, p. 48). Si otros conducen por el lado derecho de la carretera, no puedo aumentar mi satisfacción conduciendo por el lado izquierdo de la carretera. De hecho, el accidente resultante disminuirá mi satisfacción. Conducir por el lado derecho de la carretera es un equilibrio de Nash.

El derecho constitucional y la economía se refieren a los incentivos. La ley constitucional crea incentivos y la gente responde a ellos. Los incentivos positivos crean oportunidades para aumentar la satisfacción de preferencias, como cuando una constitución protege la expresión política. Los incentivos negativos crean oportunidades para evitar la frustración de preferencias, como cuando una ley sanciona la discriminación. Juntos, los incentivos positivos y negativos canalizan el comportamiento. La economía se especializa en predecir los efectos de los incentivos. Su modelo de incentivos combina la maximización de la utilidad para los individuos y los equilibrios de Nash para los grupos. Predice las causas y efectos de las leyes constitucionales.³

1.2. Teoría normativa

Algunas predicciones en economía se refieren al carbón quemado, a la producción de automóviles o al consumo de patatas. Estas predicciones describen sin evaluar. Se les llama apropiadamente ‘valor neutral’ o ‘positivo’. En contraste, otras predicciones evalúan describiendo. Las descripciones utilizan términos moralmente cargados como pobreza, desempleo,

3 En un trabajo clásico, Buchanan y Tullock (1962) aplican la teoría económica positiva al derecho constitucional. Persson y Tabellini (2003) aplican los métodos empíricos de la economía positiva al derecho constitucional. Para otros trabajos sobre economía positiva y derecho constitucional, ver, por ejemplo, Voigt (1997); Voigt (2011).

estancamiento, contaminación, prosperidad, crecimiento, aire limpio. Las predicciones que evalúan mientras describen se denominan apropiadamente ‘cargadas de valor’ o ‘normativas’⁴.

Como los médicos que mejoran la salud, la economía sirve a valores que son ampliamente compartidos. El valor principal es la eficiencia. La mayoría de la gente está de acuerdo en que la eficiencia es mejor que la ineficiencia. El hecho de que una ley logre un objetivo de manera más eficiente que otra suele ser un argumento a su favor, independientemente del contenido de la ley. Los economistas evalúan las leyes con respecto a tres estándares de eficiencia: eficiencia de Pareto, eficiencia de costo-beneficio y eficiencia de bienestar social.⁵ Un cambio en la ley se define como Pareto eficiente si alguien prefiere la nueva ley y nadie se opone a ella. La disposición a pagar por el cambio es positiva para alguien y negativa para nadie. Determinar la eficiencia de Pareto solo requiere información sobre el signo del cambio en las preferencias individuales.

La evaluación de muchas leyes requiere información sobre magnitudes, no solo signos. Asignar una magnitud a un cambio en las preferencias requiere medir costos y beneficios. Los beneficios y costos individuales generalmente se miden por la disposición a pagar, no por la capacidad de pago. Este método otorga el mismo valor a un dólar de beneficio para una persona rica y una persona pobre. La ponderación equitativa de dólares por ley a menudo tiene sentido. Sin embargo, muchas situaciones surgen en la ley donde la redistribución hacia la igualdad es un objetivo. En estas circunstancias, la ponderación equitativa de dólares no tiene sentido. Un legislador debería dar más peso a un dólar de beneficios para un pobre que para un

4 En una obra clásica, Hayek (1960) aplica la economía normativa al derecho constitucional.

5 Para una discusión más completa, ver Cooter (2000, pp. 32-37).

rico, para que la redistribución favorezca a los pobres, como ocurre con los pagos de la seguridad social.

Una larga tradición en el utilitarismo justifica dar más peso a los beneficios y costos de las personas relativamente pobres. Una persona pobre usa más dinero para satisfacer necesidades urgentes, como comida, refugio, ropa y transporte. Una persona rica usa más dinero para satisfacer deseos, como entretenimiento, ocio y belleza. Cuando gana aún más dinero, compra lujos: buena comida en restaurantes, ropa de diseñador y vacaciones de esquí. En consecuencia, la utilidad marginal que una persona obtiene de un dólar adicional disminuye a medida que obtiene más dinero. Un cheque de \$ 1,000 aumenta la utilidad de una persona sin hogar en más de lo que aumenta la utilidad de una persona rica. Los programas públicos que transfieren riqueza de ricos a pobres, como los impuestos progresivos y la atención de la salud, pueden justificarse como un aumento del bienestar (Adler, 2016, p. 264).

1.3. Teoría interpretativa

El derecho y la economía positivos predicen los efectos de las leyes, y el derecho y la economía normativos los evalúan. En conjunto, estas dos actividades constituyen el “análisis económico del derecho”. El análisis económico del derecho es muy parecido al análisis económico de otras actividades como el comercio internacional y la organización industrial. Sin embargo, predecir y evaluar los efectos de las leyes no es la primera habilidad de un abogado. Las leyes imponen requisitos a las personas y los clientes de un abogado quieren saber cuáles son. La primera habilidad de un abogado es decir lo que la ley exige que las personas hagan. Lo que la ley requiere que la gente haga es el contenido de la ley, o lo que la ley significa, o una explicación de la ley misma.

A veces, un abogado puede decirle a un cliente lo que exige la ley seleccionando y recitando un documento oficial, como un estatuto, reglamento o decisión judicial. La mayoría de los documentos legales, sin embargo, necesitan interpretación, no solo recitación. En la práctica del derecho, la interpretación se basa en diversas fuentes, como documentos oficiales (casos, reglamentos, estatutos, la constitución), la intención de los legisladores y la historia de la ley. Por razonamiento jurídico, el significado de la ley se encuentra en diversas fuentes. La práctica de la abogacía requiere dominar el razonamiento legal, no solo recordar reglas. El razonamiento jurídico es una disciplina humanística que se expresa en la práctica y la teoría jurídicas, y se aprende mediante la educación y la experiencia jurídicas.

El derecho interpretativo y la economía combinan la disciplina humanista del derecho y las ciencias sociales de la economía. Combinar dos metodologías diferentes es confuso. El razonamiento jurídico no se parece al razonamiento económico. La prueba en la corte no se parece a la prueba en una revista de economía. Sin embargo, combinar los dos es gratificante, porque las ciencias sociales aumentan el rigor en el razonamiento jurídico y el razonamiento jurídico aumenta la relevancia de las ciencias sociales para la vida pública.

La economía puede ayudar a la interpretación de diferentes formas. Aquí nos enfocamos en una forma. Una fuente importante de interpretación es el propósito de una ley. Las leyes tienen varios propósitos, como preservar la libertad, aumentar la igualdad, reducir la discriminación, preservar las especies en peligro de extinción, promover la prosperidad o reducir el desempleo. La interpretación correcta de una ley imprecisa suele ser la que mejor cumple su propósito. Los incentivos creados por una ley a menudo predicen sus efectos

mejor que cualquier otra cosa. Por lo tanto, el principio de interpretación de los incentivos sostiene que la interpretación correcta de una ley proporciona los mejores incentivos para cumplir su propósito.⁶ La economía es la ciencia social que se especializa en incentivos. El principio de incentivo de la interpretación, en consecuencia, es un enfoque económico para interpretar el derecho.

Los economistas a veces piensan que la interpretación correcta de una ley, al menos para el common law, es la más eficiente⁷. Algunas leyes tienen como finalidad la eficiencia. Para estas leyes, la interpretación eficiente suele ser la interpretación correcta. Para ilustrar, diferentes personas a menudo tienen el mismo reclamo contra un acusado. La consolidación de los casos y la resolución de muchos de ellos a la vez reduce el número de demandas y promueve acuerdos. La reducción de los costos de los litigios es un propósito explícito de las leyes para la consolidación de casos. Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, el “propósito principal” de las demandas colectivas es promover la “eficiencia y economía del litigio” (*American Pipe & Const. Co. contra Utah*, 1974). Interpretar las reglas de acción de clase para promover la eficiencia logra su propósito.

Sin embargo, la mayoría de las leyes tienen propósitos distintos a la eficiencia. El hecho de que una interpretación de una ley sea más eficiente rara vez implica que sea la interpretación correcta. La interpretación jurídica no se reduce a la evaluación económica. Para ilustrarlo, suponga que una ley prohíbe los “vehículos” en el parque.⁸ ¿Puede la ciudad conmemorar a

6 El principio de incentivo se asemeja a un enfoque interpretativo desarrollado por van Aaken (2008), quien se basa en Alexy (2003).

7 Posner (1979), por ejemplo, ha abogado por la maximización de la riqueza como un principio para guiar las decisiones sociales, incluidas las decisiones de los tribunales.

8 Este ejemplo proviene de un famoso debate jurídico entre Hart (1958) y

los héroes de guerra colocando un tanque en el parque? Un tanque en el parque tendrá costos y beneficios. Suponga que los beneficios superan los costos, por lo que la eficiencia requiere colocar el tanque en el parque. La interpretación eficiente del estatuto permite el tanque en el parque, pero no es así como suele funcionar la interpretación. Para interpretar el estatuto, los abogados estudiarán el texto, la historia y el propósito de la ley. Si estas fuentes indican que los redactores se opusieron a tener un tanque en el parque, entonces la interpretación correcta prohíbe el tanque, aunque permitirlo sería eficiente.

El principio de incentivo de la interpretación permite otros propósitos además de la eficiencia.⁹ Combina la disciplina humanística del derecho y las ciencias sociales de la economía. El razonamiento legal es necesario para identificar el propósito de una ley, cualquiera que sea. El razonamiento económico es necesario para predecir hasta qué punto las interpretaciones alternativas cumplen los propósitos de la ley¹⁰.

El principio de incentivo se centra en el significado de las leyes, no en los conflictos entre ellas. La Constitución de los Estados Unidos protege la libertad de expresión y la libertad de religión. Estos propósitos chocan cuando el estado regula el discurso para facilitar ceremonias religiosas como los

Fuller (1958).

- 9 Estamos de acuerdo con van Aaken (2008) en que “el análisis económico en el derecho constitucional gana relevancia ... si los objetivos y principios de una sociedad determinada” (s. p.) en lugar de la eficiencia económica “se aceptan como los criterios relevantes para juzgar las leyes” (s. p.).
- 10 El principio de incentivo no ignora los materiales legales (texto, estructura, historia). Los usa para identificar el propósito de la ley. También los utiliza para identificar los medios legalmente permitidos para lograr el propósito de la ley. Si los materiales revelan un medio singular para lograr el propósito de la ley, entonces esos medios gobiernan y el principio de incentivo no brinda orientación. Si los materiales revelan múltiples medios, como cuando la ley es ambigua o vaga, entonces el principio de incentivo guía la elección entre ellos.

funerales.¹¹ ¿Cómo deberían los tribunales abordar conflictos legales como este? Los tribunales pueden utilizar la economía para optimizar los valores legales en competencia del mismo modo que los banqueros pueden utilizar la economía para optimizar las inversiones. Apoyamos la optimización.¹² Sin embargo, la optimización es vaga en abstracto. Dirigir a los jueces a ‘equilibrar los valores legales utilizando la economía’ no es más preciso que dirigir a los jueces a ‘equilibrar los valores legales’. El principio de incentivo opera en un nivel más bajo de abstracción, uno más útil para jueces y abogados. Su objetivo es sustituir las directivas vagas por directivas precisas. Más adelante daremos algunos ejemplos.

En suma, el razonamiento jurídico identifica los propósitos, la economía predice su cumplimiento mediante interpretaciones alternativas y su combinación da como resultado la interpretación correcta. El modelo de incentivos en economía es poderoso para la interpretación legal, independientemente de si el propósito de una ley es la eficiencia o algún otro valor. La interpretación económica es tan amplia o estrecha como los propósitos de una ley. El principio de incentivo de la interpretación no tiene una conexión necesaria con las mercancías, el libre intercambio o el capitalismo. Dado que los incentivos no se limitan al material, el mercado o el interés propio, tampoco lo es la interpretación económica de la ley.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

El derecho público es producto de procesos fundamentales: negociación, votación, delegar, atrincherar, adjudicar y hacer cumplir. Describimos estos procesos y utilizamos la economía para analizarlos. La comprensión de estos procesos ilumina las

11 Por ejemplo, el estado estadounidense de Nebraska prohibió los piquetes a menos de 500 pies de los funerales (Kenning, 2017).

12 Para un argumento convincente sobre la aplicabilidad de la optimización económica al derecho constitucional, véase Aaken (2008).

leyes que producen. En aras de la brevedad, nos concentramos en dos procesos, negociación y votación.

2.1. Teoría de la negociación

La negociación impregna al gobierno: las naciones en guerra negocian la paz, las partes rivales enmendar la constitución, dos cámaras del Congreso concilian diferentes proyectos de ley, un panel judicial regatea una decisión, etc. Los legisladores negocian entre sí porque las negociaciones exitosas pueden beneficiarlos, al igual que los sellos comerciales pueden beneficiar a los coleccionistas. Cuando los legisladores representan bien a sus electores, las negociaciones exitosas benefician a la sociedad.

Según el Teorema de Coase, las negociaciones asignarán los derechos legales de manera eficiente, siempre que los costos de transacción no obstaculicen el proceso de negociación (Coase, 1960).¹³ Desarrollamos el teorema con un ejemplo. Supongamos que un tribunal permite que un club nocturno toque música después de la medianoche. Al operar después de la medianoche, la discoteca gana \$ 500 y la vecina sufre una pérdida por ruido que ella valora en \$ 100. Por lo tanto, operar produce un valor neto de \$ 400, mientras que no operar produce un valor neto de \$ 0. La discoteca funciona. Esto es más eficiente que no operar, lo que produciría \$ 0 cada uno y, por lo tanto, \$ 0 en total. Bajo el ‘derecho del club’, el club nocturno operará y ganará \$ 500 y el vecino sufrirá una pérdida de \$ 100.

Reconsidere el escenario con una regla legal diferente, ‘derecho del vecino’. El tribunal prohíbe que la discoteca opere después de la medianoche a menos que la vecina renuncie a su derecho a permanecer en silencio. Si el vecino y el dueño de la discoteca no pueden negociar —quizá hablan idiomas

13 El teorema de Coase se aclara y desarrolla Cooter (1982).

diferentes, o tal vez están comprometidos en un amargo divorcio—, la discoteca cerrará a la medianoche. Esto es ineficaz. Si pueden negociar, el club nocturno podría pagarle al vecino, digamos, \$ 300 por permiso para operar después de la medianoche. El vecino ganaría \$ 200 (\$ 300 en efectivo menos \$ 100 en daños por ruido) y el club nocturno obtendría \$ 200 (\$ 500 en ganancias menos \$ 300 pagados al vecino). Ambas partes prefieren este trato a ningún trato. Operar es más eficiente que no operar.

El teorema de Coase generaliza este ejemplo. Si los costos de transacción de la negociación son bajos, la discoteca funcionará, prevalecerá el resultado eficiente, ya sea que la ley sea ‘el derecho del club’ o el ‘derecho del vecino’.

Como se afirma convencionalmente, el Teorema de Coase se refiere a las negociaciones sobre los derechos de bienes privados: vallas, seguros, computadoras, automóviles, etc. ¿Qué pasa con las negociaciones sobre las leyes públicas? La negociación sobre las leyes ocurre entre ejecutivos, legisladores, reguladores, administradores, miembros de comités, comisionados, cabilderos, grupos de interés e incluso algunos jueces. Podemos reformular el teorema de Coase para aplicarlo a las leyes públicas. El Teorema de Coase Público afirma que a medida que los costos de transacción de la negociación entre legisladores se acerquen a cero, cooperarán entre sí y asignarán derechos públicos a los legisladores que más los valoren.¹⁴ Si los legisladores representan bien a sus electores, su cooperación beneficiará a la sociedad.

En conjunto, las formas pública y privada del Teorema de Coase tienen una implicación para la elaboración de leyes: las negociaciones privadas y las leyes públicas a menudo se

14 Una propuesta similar tiene Cooter (2000, p. 53).

sustituyen como soluciones a los problemas de cooperación. Considere el ejemplo de la discoteca y el vecino. Si pueden negociar en privado, cooperarán haciendo un acuerdo privado: el club nocturno paga al vecino y el vecino no se queja del ruido. Si no pueden negociar en privado, el vecino puede exigir restricciones de ruido al ayuntamiento. Si el costo de la negociación entre los concejales de la ciudad es bajo, y si son representativos, brindarán la solución eficiente a la disputa.

He aquí otro ejemplo. Emily es dueña de una fábrica de cemento y Frank es dueño de una granja adyacente. El polvo de la fábrica de Emily contamina las cosechas de Frank, y los tractores de Frank congestionan la carretera, impidiendo los camiones de Emily. Si los costos de transacción de la negociación privada son bajos, Emily y Frank pueden llegar a un acuerdo en el que Emily reduce el polvo y Frank reduce la congestión. Si los costos de transacción de la negociación privada son altos y las partes no logran llegar a un acuerdo, Frank puede exigir regulaciones de contaminación y Emily puede exigir regulaciones de congestión. Los legisladores representativos proporcionarán la solución eficiente si sus costos de negociación son bajos.

Estos ejemplos dan lugar a una generalización: una negociación privada exitosa reduce la presión por nuevas leyes y una negociación privada fallida aumenta la presión por nuevas leyes. Si la negociación privada fracasa, la ley puede responder reduciendo los costos de transacción o imponiendo una solución. Así, un tribunal reduce los costos de transacción cuando empuja a una pareja que se divorcia a una mediación e impone una solución cuando otorga la custodia de los hijos de la pareja a uno de los padres. En el caso de Emily y Frank, la ley reduce los costos de transacción cuando hace cumplir los contratos que les obligan a cumplir sus promesas mutuas, e impone una solución cuando regula la congestión y el polvo.

Se aplican las mismas soluciones cuando fracasa la negociación pública. Considere el problema de las externalidades legales. Surgen cuando la ley tiene efectos más allá de las fronteras del gobierno. Para ilustrarlo, imagine la ley de Nebraska sobre los corrales de engorda. Los corrales de engorde aportan beneficios y costos a Nebraska, e imponen costos a los estados a favor del viento. Es de suponer que Nebraska no tiene en cuenta los costos que sus corrales de engorda imponen a otros. Al igual que las externalidades del mercado, las externalidades legales causan ineficiencia: Nebraska permite demasiados cebaderos. La escala de ineficiencia depende del alcance de la ley. Si los corrales de engorda en Nebraska afectan a Iowa, la ley de Nebraska causará algún daño (permite demasiados corrales de engorde). Si los corrales de engorda en Nebraska afectan a docenas de estados, la ley de Nebraska causará un gran daño (permite demasiados corrales de engorde).

¿Qué puede curar las externalidades legales? La negociación ofrece una solución. Suponga que la ley de Nebraska solo afecta a Iowa. Si los costos de transacción son bajos, Nebraska e Iowa pueden llegar a un acuerdo en virtud del cual Iowa paga a Nebraska y Nebraska reduce sus corrales de engorde. Suponga que los corrales de engorda de Nebraska afectan a los otros 49 estados. Ahora los costos de transacción son altos; 50 estados lucharán por llegar a un acuerdo. Si la negociación no puede resolver las externalidades legales, la internalización puede hacerlo. La expansión de las fronteras de un gobierno hace que los efectos externos sean internos. Si Nebraska y los otros 49 estados no pueden negociar, pueden fusionarse. Si un solo estado abarca todos los lugares, sus leyes no tienen externalidades. El nuevo estado internaliza los efectos de su ley. En este ejemplo, el nuevo estado es el gobierno federal.

En resumen, si fracasa la negociación entre estados, el gobierno central puede responder reduciendo los costos de transacción o imponiendo una solución. La Constitución autoriza a los estados a hacer pactos interestatales, a menudo sin el consentimiento del Congreso. Esto reduce los costos de transacción entre Nebraska y sus vecinos. El gobierno federal puede imponer una solución adelantándose a la ley de Nebraska con regulaciones federales sobre corrales de engorda.

Los gobiernos más grandes implican menos externalidades legales, entonces, ¿por qué no depositar todo el poder en un gobierno más grande? Los gobiernos más grandes tienen una desventaja: carecen de información sobre asuntos locales. Para explicar esta idea, considere la distinción entre bienes públicos nacionales y locales. La defensa nacional beneficia a todos dentro de las fronteras de la nación, convirtiéndola en un bien público nacional. Por el contrario, Central Park en Manhattan beneficia principalmente a las personas que viven o trabajan cerca, lo que lo convierte en un bien público local. La congestión en el puente Golden Gate daña principalmente a los viajeros en San Francisco, lo que lo convierte en un mal público local.

En comparación con las personas no afectadas, las personas afectadas por una ley tienen más razones para informarse sobre ella e influir en ella. Por lo tanto, es más probable que las personas afectadas emitan votos informados, monitoreen a los políticos, se impongan impuestos, diseñen regulaciones óptimas y realicen los actos de ciudadanía que hacen que la democracia funcione. Las consideraciones de información y motivación implican una prescripción para la asignación del poder gubernamental llamado principio de internalización: asignar poder a la unidad más pequeña de gobierno que internalice los efectos de su ejercicio.¹⁵

15 Olson (1969) propuso una idea similar, el “principio de equivalencia fis-

El principio de internalización proporciona una guía para el diseño del gobierno. Si un bien público es nacional, o casi, el gobierno central debe proporcionarlo. El gobierno central debería recaudar ingresos y utilizarlos para suministrar bienes públicos nacionales. De manera equivalente, si una externalidad negativa es nacional, o casi, el gobierno central debería controlarla. Si los corrales de engorda de Nebraska afectan a todo el país, el gobierno federal debería regularlos. Por el contrario, si un bien público es local, como un pequeño parque urbano, el gobierno local debe suministrarlo. El financiamiento para el parque debe provenir de una fuente local, como un impuesto comunitario, que afecta principalmente a los beneficiarios del parque y no a los no beneficiarios. Asimismo, los gobiernos locales deben regular los males públicos locales. Si los corrales de engorda en Nebraska solo afectan al estado, Nebraska debería regularlos.

2.2. Solicitudes de negociación

Hemos esbozado algunas relaciones entre la teoría de la negociación y el derecho. A continuación, aplicamos la teoría de la negociación a un problema concreto de interpretación constitucional: la asignación vertical de autoridad. Muchos países dividen el poder entre unidades de gobierno nacionales, regionales y locales. En los Estados Unidos, la división de poder entre los gobiernos federal y estatal se llama federalismo. El Artículo I, Sección 8, de la Constitución de los Estados Unidos enumera los poderes del gobierno federal. Si un poder no está listado en el Artículo I, Sección 8, el gobierno federal no puede ejercerlo. Los poderes no delegados al gobierno federal están reservados a los estados. Por lo tanto, el Artículo I, Sección 8, asigna poder entre los gobiernos federal y estatal. Aquí está su texto:

cal", según el cual el alcance del gobierno para las finanzas debería ser equivalente a los efectos del bien público. La idea también se asemeja al principio de subsidiariedad practicado en la Unión Europea.

El Congreso tendrá poder para:

1. Establecer y recaudar impuestos, derechos, impuestos y arbitrios, para pagar las deudas y proporcionar la defensa común y el bienestar general de los Estados Unidos; pero todos los derechos, impuestos e impuestos especiales serán uniformes en todo Estados Unidos;
2. Pedir dinero prestado a crédito de los Estados Unidos;
3. Regular el comercio con las naciones extranjeras y entre los varios estados y con las tribus indígenas;
4. Establecer una regla uniforme de naturalización y leyes uniformes sobre el tema de las quiebras en todo Estados Unidos;
5. Acuñar moneda, regular su valor y de moneda extranjera, y fijar la norma de pesos y medidas;
6. Disponer el castigo por falsificación de valores y moneda corriente de los Estados Unidos;
7. Establecer oficinas de correos y carreteras de correos;
8. Promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando por tiempo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos;
9. Constituir tribunales inferiores a la Corte Suprema;
10. Definir y sancionar la piratería y los delitos graves cometidos en alta mar y los delitos contra el derecho de gentes;

11. Declarar la guerra, otorgar cartas de marca y represalia, y establecer reglas sobre capturas en tierra y agua;
12. Para levantar y apoyar ejércitos, pero ninguna asignación de dinero para ese uso será por un período superior a dos años;
13. Proporcionar y mantener una marina;
14. Elaborar normas para el gobierno y regulación de las fuerzas terrestres y navales;
15. Disponer el llamado a la milicia para ejecutar las leyes del sindicato, reprimir insurrecciones y repeler invasiones;
16. Para organizar, armar y disciplinar a la milicia, y para gobernar la parte de ella que pueda ser empleada al servicio de los Estados Unidos, reservando a los estados, respectivamente, el nombramiento de los oficiales y la autoridad de entrenar a la milicia según la disciplina prescrita por el Congreso;
17. Ejercer legislación exclusiva en todos los casos, sobre el Distrito (que no exceda las diez millas cuadradas) que, por cesión de estados particulares y aceptación del Congreso, se convierta en la sede del gobierno de los Estados Unidos y ejerza como autoridad sobre todos los lugares adquiridos con el consentimiento de la legislatura del estado en el que se encuentren, para la construcción de fuertes, revistas, arsenales, astilleros y otros edificios necesarios; - y

18. Hacer todas las leyes que sean necesarias y apropiadas para llevar a la práctica los poderes anteriores y todos los demás poderes conferidos por esta Constitución al gobierno de los Estados Unidos, o a cualquier departamento o funcionario del mismo. (Constitución de Estados Unidos, 1787, Art. I, s. 8)

Para muchas personas, estos poderes parecen una mezcolanza. ¿Por qué el Congreso tiene autoridad sobre cosas como quiebras (cláusula 4), oficinas de correos (cláusula 7) y las ‘artes útiles’ (cláusula 8)? ¿Y qué significan las cláusulas? Responder a estas preguntas requiere interpretación. Los abogados y jueces han interpretado (y en ocasiones reinterpretado) muchas de las cláusulas. Nos centramos en la interpretación de una cláusula fundamental para el federalismo: la Cláusula de Bienestar General.

La cláusula 1 faculta al Congreso a “velar por la defensa común y el bienestar general de los Estados Unidos”. La defensa común se explica principalmente por sí misma, pero ¿qué pasa con el bienestar general? En el siglo XIX, los legisladores pensaban que la cláusula era bastante limitada. Como presidente, Madison vetó un proyecto de ley para financiar carreteras y canales porque, en su opinión, el Congreso carecía de autoridad constitucional para hacer tales “mejoras internas” (Brest et al., 2006, p. 83). Muchas décadas después, la Corte Suprema en *Estados Unidos v. Butler* (1936, pp. 64-66) en desacuerdo. El Tribunal sostuvo que la Cláusula de Bienestar General otorga al Congreso amplia autoridad para gastar el dinero que recauda mediante impuestos. Por lo tanto, el Congreso puede cobrar impuestos a los ciudadanos para pagar cosas como carreteras, canales y programas de Seguridad Social.

La Cláusula de Bienestar General otorga al Congreso un amplio poder adquisitivo, pero no otorga poder regulatorio. La interpretación de la cláusula para otorgar poderes regulatorios haría superfluo el resto del Artículo I, Sección 8. ¿Por qué molestarse en otorgar poder sobre quiebras en la cláusula 4 y oficinas de correos en la cláusula 7 si el Congreso ya tiene ese poder (y mucho más) en la cláusula 1? Considere el equilibrio entre el poder federal y estatal. Se supone que el gobierno federal ejerce algún poder, no todos. La interpretación de la cláusula 1 para otorgar autoridad reguladora general parecería otorgar al gobierno federal todo el poder. Como escribió la Corte en *Butler*, interpretar la cláusula de esta manera convertiría a los Estados Unidos en “un gobierno de poderes generales e ilimitados, a pesar de la posterior enumeración de poderes específicos” (*Estados Unidos v Butler*, 1936) (citado por *Story*, 1905, p. 907)

La interpretación de la Corte puede parecer acertada, pero crea problemas prácticos. Gastar y regular a menudo son intercambiables. Para proteger los humedales, el gobierno puede subsidiar su uso sostenible (gasto) o sancionar a las personas que los destruyan (reglamentando). Además, la interpretación de la Corte no otorga autoridad al Congreso para abordar problemas nacionales como una pandemia. ¿Se puede interpretar que la Cláusula de Bienestar General otorga al Congreso algún poder regulatorio, pero no todo el poder regulatorio?

Creemos que la respuesta es sí.¹⁶ Reconsidere las cláusulas del Artículo I, Sección 8, a través de la lente de la teoría de la negociación. Muchas de las cláusulas abordan externalidades legales como la defensa. El gasto en defensa de un estado protege a otros estados. Como ocurre con los corrales de engorde,

16 Este análisis es de *Cooter y Siegel* (2010, p. 115).

esta externalidad generará ineficiencia (en este caso muy poca defensa). Las cláusulas de defensa facultan al gobierno federal para imponer una solución: la defensa nacional, en contraposición a la defensa estado por estado. Las cláusulas sobre oficinas de correos, quiebras, propiedad intelectual, mercados nacionales, todas ellas facultan al gobierno federal para imponer soluciones a los estados cuando no pueden resolver los problemas de acción colectiva por sí mismos.

¿Qué pasa con la Cláusula de Bienestar General? Al interpretar las leyes, los tribunales a menudo usan un principio llamado ‘*ejusdem generis*’, que en latín significa ‘del mismo tipo’.¹⁷ *Ejusdem generis* aclara el significado de los términos generales en una lista. Por ejemplo, considere una ley que prohíbe ‘automóviles, camiones, motocicletas y otros vehículos’ en la vía pública. *Ejusdem generis* ordena a los tribunales que lean “otros vehículos” de manera coherente con los términos “automóviles”, “camiones” y “motocicletas”. Así, los tractores cuentan como ‘otros vehículos’ prohibidos en el camino porque son pesados, ruidosos y motorizados como los demás. Las patinetas y las bicicletas no tienen estas características, por lo que no cuentan como “otros vehículos”.

Aplicado a la Constitución, *ejusdem generis* ordena a los tribunales que lean la Cláusula de Bienestar General, que es una cláusula general, consistente con las cláusulas específicas del Artículo I, Sección 8. Esas cláusulas facultan al gobierno federal para actuar en situaciones que involucren externalidades interestatales. Por lo tanto, se puede interpretar que la Cláusula de Bienestar General autoriza al Congreso a actuar sobre las externalidades interestatales cuando los costos de transacción de la negociación entre los estados son altos y el

17 Véase, por ejemplo, Nelson (2011, p. 87).

poder del Congreso no está autorizado por otra cláusula.¹⁸ Para demostrarlo, supongamos que una enfermedad se extiende por todo el país. Los programas de vacunación en un estado tienen externalidades positivas y los estados no cooperan. El Artículo I, Sección 8, no autoriza explícitamente al Congreso a regular las enfermedades. Según nuestra interpretación, la Cláusula de Bienestar General autorizaría al Congreso a actuar.

Esta es una aplicación del principio de interpretación del incentivo. Ese principio nos dirige a comenzar por encontrar el propósito del federalismo en los Estados Unidos. Alexis de Tocqueville expresó la opinión de consenso cuando dijo que el sistema federal fue diseñado para combinar “las diferentes ventajas que resultan de la magnitud y la pequeñez de las naciones” (Tocqueville, 1862, p. 206). Habiendo identificado el propósito del federalismo, utilizamos la economía para satisfacer el propósito de la manera más eficiente. La ventaja de la ‘pequeñez’ es el conocimiento de los asuntos locales, por lo que los estados deberían tener autoridad cuando sus acciones no se derramen o los costos de transacción sean bajos. La ventaja de la ‘magnitud’ es la internalización, por lo que el gobierno federal debería tener autoridad cuando las acciones estatales se desborden y los costos de transacción son altos. La interpretación correcta del Artículo I Sección 8, de acuerdo con el principio de interpretación del incentivo, equilibra las ventajas del conocimiento local y la internalización para encontrar la mejor combinación de descentralización y centralización.

18 Aquí hay otra declaración de la proposición: “El federalismo de acción colectiva considera que la Sección 8 autoriza al Congreso a abordar problemas de acción colectiva que los estados no pueden resolver” (Cooter y Siegel, 2010, p. 172).

2.3. Teoría del voto

En una democracia, los ciudadanos votan por los legisladores, los legisladores votan sobre los estatutos, los jueces votan en paneles cuando interpretan las leyes y los jurados votan cuando deciden los casos. A veces, los ciudadanos votan en un referéndum sobre una ley, como cuando los habitantes de Colorado votaron para legalizar la marihuana. Algunas personas esperan que votar en las Naciones Unidas reemplace a la guerra, como cuando el Consejo de Seguridad vota para sancionar a los países por violar el derecho internacional. Votar es fundamental para la democracia.

Comenzamos a desarrollar una teoría del voto con un ejemplo simple. Imagina tres votantes: Harry, Larry y Mary. Tienen diferentes preferencias sobre la tasa impositiva. Específicamente, Harry prefiere una tasa alta a una tasa moderada y prefiere una tasa moderada a una tasa baja. Larry prefiere una tasa baja a una tasa moderada y prefiere una tasa moderada a una tasa alta. A continuación, se muestra un resumen de sus preferencias:

Harry: alto > moderado > bajo

Larry: bajo > moderado > alto

María: moderada > alta > baja

Los votantes votan sobre las tasas impositivas alternativas utilizando la regla de la mayoría. La mayoría, Harry y Mary, prefieren moderada a baja, y la mayoría, Larry y Mary, prefieren moderada a alta. Así, prevalece la tasa moderada.

En este ejemplo, los votantes establecen la tasa impositiva. En realidad, los votantes suelen elegir representantes

que establecen la tasa impositiva. Suponga que dos candidatos compiten por los votos de Harry, Larry y Mary. Cada candidato elige una plataforma sobre impuestos. En esta circunstancia, la plataforma 'impuestos moderados' superará a cualquier otra plataforma. Para ver por qué, suponga que el primer candidato apoya impuestos moderados y el segundo apoya impuestos altos. Una mayoría, Larry y Mary, votarán por el primer candidato, por lo que ella gana. Considere el caso contrario. El primer candidato apoya impuestos moderados y el segundo apoya impuestos bajos. Una mayoría, Mary y Harry, votarán por el primer candidato, así que nuevamente ella gana. El candidato que descubre y anuncia la plataforma 'impuestos moderados' es inmejorable.

Tenga en cuenta algunas características de este ejemplo. Primero, la plataforma ganadora es la preferida por Mary. Mary está en el medio de la distribución de preferencias en el sentido de que el impuesto preferido por un votante es más alto y el impuesto preferido por un votante es más bajo. María es el votante medio. En segundo lugar, todos los votantes tienen preferencias únicas. Esto significa que cada votante tiene una única tasa impositiva ideal y, a medida que la plataforma se mueve desde ese punto, ya sea más bajo o alto, la utilidad del votante disminuye. En tercer lugar, los votantes emiten votos sobre un solo tema de política: las tasas impositivas. Cuarto, los votantes hacen una elección por parejas. Eligen entre dos y solo dos opciones, la primera y la segunda candidata.

Ahora podemos establecer el equilibrio de la votación. Cuando los votantes tienen preferencias de un solo punto y cuando emiten votos sobre un solo tema de política, el punto ideal del votante medio derrota a todas las demás plataformas potenciales en la votación por pares bajo la regla de la mayoría. Este es el teorema del votante mediano (Hotelling, 1929, p. 41;

Downs, 1957). Implica que, desde cualquier posición inicial, las plataformas gravitarán hacia el centro. Los votantes pueden hacer elecciones por pares hasta que alcancen el punto ideal del votante mediano, y luego cesará el cambio. La mediana es el equilibrio.

Este teorema es poderoso debido a su generalidad. No importa si hay unos pocos votantes o millones, si los votantes están motivados por el interés propio o el bien público, o si los votantes tienen preferencias fuertes o débiles. Si se satisfacen los requisitos del teorema del votante mediano, gana la plataforma ideal del votante mediano.

Cuando se cumplen las condiciones del teorema del votante mediano, la regla de la mayoría conduce a un equilibrio estable único. Sin embargo, puede surgir una situación en la que no exista equilibrio. Suponga que las preferencias de los votantes se ven así:

Harry: alto > moderado > bajo

Larry: bajo > alto > moderado

María: moderada > baja > alta

Dos candidatos que compiten por el mismo escaño deben elegir una plataforma fiscal que atraiga a estos votantes. Se enfrentan a una tarea imposible. Para ver por qué, aplique la regla de la mayoría para votar entre estas tres alternativas. Harry y Larry prefieren alto a moderado, Harry y Mary prefieren moderado a bajo, y Larry y Mary prefieren bajo a alto. Como grupo, las preferencias de los votantes se pueden resumir así: alto > moderado > bajo > alto. La votación por mayoría se ejecuta en círculo. El nombre de la votación circular es intransitividad. Cuando las preferencias de los votantes son intransitivas, la

votación no tiene equilibrio. En lugar de converger en la política ideal del votante medio, la votación se realiza en círculos¹⁹.

Para generar intransitividad, relajamos el supuesto de preferencias de un solo pico. En este ejemplo, Larry tiene preferencias de doble punta. Si graficara su utilidad en función de la tasa impositiva, alcanzaría un pico en el nivel bajo, disminuiría a medida que la tasa se moviera a moderada y luego aumentaría nuevamente cuando la tasa se moviera a alta.

Las preferencias de doble punta pueden ser poco comunes en la realidad. Otra fuente de intransitividad es común en la realidad: múltiples problemas. Suponga que los votantes son legisladores y no votan solo sobre los impuestos. Votan un proyecto de ley sobre impuestos, financiación escolar, vacunas, aviones de combate, puentes y control de la natalidad. Está prácticamente garantizado que votar sobre múltiples cuestiones producirá intransitividad (McKelvey, 1976, p. 472). Los legisladores votan habitualmente sobre múltiples temas. En 2014, el Congreso de los EE. UU. aprobó un proyecto de ley de 1.600 páginas que aborda la inmigración, las enfermedades tropicales, el gasto militar, el aborto, la venta de armas y otros asuntos.

Aunque votar sobre múltiples temas es común, no observamos habitualmente a los legisladores votando en círculos. La intangibilidad es inevitable en principio, pero rara de hecho. ¿Por qué tanta estabilidad? Dos mecanismos evitan que ocurra intransitividad en la práctica: el establecimiento de la agenda y la negociación. Empezamos por el primero. La votación suele estar estructurada por reglas de procedimiento, como las Reglas de orden de Robert. Dichos procedimientos

¹⁹ Esta discusión ilustra la 'paradoja de Condorcet', que fue desarrollada por Condorcet (1785).

generalmente incluyen una prohibición de reintroducir una propuesta rechazada. Si las propuestas derrotadas no se pueden reintroducir, no puede ocurrir un ciclo interminable de votaciones. En lugar de un ciclo de votación interminable, la votación termina cuando termina la agenda.

Dada una agenda fija, prevalece la propuesta que gane la última votación. La propuesta que gana en la última votación suele ser predecible a partir de la propuesta que gana en la penúltima votación, y así sucesivamente. Por lo tanto, el ganador final en el conjunto intransitivo puede ser determinado por quien establezca la agenda. Para demostrarlo, suponga que Larry establece la agenda. Empareja las alternativas alto y moderado en la primera votación. Altas derrotas moderadas. Luego empareja las alternativas bajo y alto en la segunda votación. Baja derrota alta. Debido a la regla contra la reintroducción, la propuesta baja entra en vigor. Votar no produce intransitividad y Larry obtiene exactamente lo que quiere.²⁰

Considere la segunda solución a la intransitividad: la negociación.²¹ En general, la votación no tiene en cuenta la intensidad de la preferencia. Por el contrario, la negociación brinda la oportunidad de expresar la intensidad de las preferencias. Una negociación exitosa entrega la política favorita de cada legislador sobre el tema que más le importa. Todos los votantes están mejor porque se satisface su deseo más intenso, y pueden preferir este resultado a cualquier otro resultado factible. El resultado es eficiente y estable.

Para demostrarlo, considere a Harry, Larry y Mary. Dado el segundo conjunto de preferencias anterior, votar produce

20 Sobre el poder del control de la agenda en el espacio multidimensional, ver McKelvey (1976, p. 472).

21 Para una descripción general de la conexión entre logrolling e intransitividad, con citas de la literatura, ver Mueller (2003, pp. 108-109, 118-119, 126-127).

intransitividad. Harry puede ofrecerle a Larry un trato: ‘vote por impuestos altos como yo quiero, y votaré por un gasto alto en programas de reciclaje como usted quiere’. Si Larry favorece los programas de reciclaje, puede aceptar la oferta. Debido al trato, Larry vota por tasas impositivas altas en lugar de tasas impositivas bajas, rompiendo el ciclo intransitivo. La votación implementa un trato estable entre Harry y Larry. Después de negociar, los legisladores votan sobre varios temas, pero no hay resultados de intransibilidad.

La teoría del voto expone una línea divisoria en el gobierno: democracia mediana versus democracia de negociación.²² La democracia mediana se refiere a un sistema que empodera al centro político para tomar decisiones colectivas. Para institucionalizar la democracia mediana, separe los diferentes temas políticos entre sí y vote sobre ellos de forma independiente. La mediana decide el voto. Por lo tanto, un referéndum de ciudadanos separa un tema para la decisión independiente de los votantes. La democracia mediana se promueve mediante iniciativas de votación, elección directa de un ejecutivo como el presidente de los Estados Unidos, distritos especiales para bienes públicos individuales como la educación e interpretación legal que responda al votante mediano (Gilbert, 2013, p. 1621).

La democracia de negociación se refiere a un sistema para tomar decisiones colectivas mediante un acuerdo negociado. Para institucionalizar la democracia de negociación, agrupe diferentes temas y decídalos simultáneamente. Los proyectos de ley ómnibus agrupan diferentes temas en la misma legislación. En comparación con la separación de temas, decidir varios temas al mismo tiempo facilita la negociación. Cuando

22 Esta distinción se desarrolla por Cooter (2000, pp. 361-363).

se realiza una votación, se implementa en la ley un trato que ya se cerró. La democracia de negociación es promovida por el bicameralismo, la presentación, los comités legislativos y la interpretación legal que responde a los legisladores fundamentales (McNollgast, 1992, p. 705).

La democracia de negociación permite que cada facción política se salga con la suya en el tema que más le importa. La negociación se da cuenta de las ganancias de los intercambios políticos. Sin negociación, las facciones políticas no pueden obtener lo que quieren y las ganancias de los intercambios políticos no se realizan. La desventaja de la democracia de negociación surge cuando las facciones políticas no pueden ponerse de acuerdo. Cuando la negociación falla, la votación no implementa un acuerdo político. Se convierte en una lucha de poder. En múltiples dimensiones de elección, la votación suele ser intransitiva. Los votantes giran en círculos o los que establecen la agenda imponen soluciones.

Cuando la negociación fracasa, la democracia mediana ofrece una cura. En lugar de que el que establece la agenda seleccione cualquier resultado que le plazca, el votante medio elige el resultado. La democracia mediana empuja a la ley hacia el centro político y produce resultados estables. La democracia mediana es como invertir en una acción segura que tiene un rendimiento moderado y predecible, mientras que la democracia de negociación es como invertir en una acción riesgosa que tiene un rendimiento potencialmente alto pero impredecible. Podemos enunciar las ideas como prescripción. Si los costos de transacción impiden la negociación, entonces vote. Si la intransibilidad impide votar, entonces regatee.

2.4. Solicitudes de votación

Ahora presentamos algunas aplicaciones de la democracia mediana y de negociación. Muchas constituciones otorgan a los ciudadanos el poder de hacer leyes ellos mismos utilizando iniciativas de votación y un referéndum. Normalmente, cualquier ciudadano puede proponer una iniciativa, por lo que no hay un programador. Una vez que se propone una iniciativa, los costos de transacción de la negociación entre miles de votantes son altos. Sin establecer una agenda o negociar, la votación de las iniciativas debería resultar en intransitividad. De hecho, votar sobre iniciativas a menudo produce resultados estables. Atribuimos esto a la regla de un solo sujeto.

La regla de un solo sujeto limita las iniciativas a un 'sujeto'. Al separar diferentes temas entre sí y forzar votos independientes en cada uno, la regla de un solo sujeto impone una democracia mediana en las iniciativas de votación (Cooter y Gilbert, 2010, p. 687). La ley se mueve hacia el centro político y se pega. La regla de un solo sujeto se aplica a iniciativas en los Estados Unidos y en países como Suiza y Ecuador.

A veces, la regla de una sola asignatura es fácil de aplicar. Supongamos que una iniciativa aborda la pena de muerte y los búhos manchados, o el sushi y los drones aéreos. Evidentemente, ambas iniciativas parecen tener dos temas, no un solo tema. Ahora considere un caso más difícil. Una iniciativa prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo y las uniones civiles entre personas del mismo sexo. (Las uniones civiles son acuerdos contractuales que otorgan a las parejas algunos, pero no todos, los derechos y responsabilidades del matrimonio). Desde un punto de vista, la iniciativa contiene dos temas: el matrimonio y las uniones civiles. Desde otro punto de vista, la iniciativa contiene un solo tema: las relaciones. Si la iniciativa viola la regla, si se mantiene o cae, depende de cuán abstracta se categorice su contenido²³.

23 Sobre el problema de la abstracción, véase Lowenstein (2006, p. 803).

El problema de la interpretación de un solo tema es muy importante. Las iniciativas funcionan mejor cuando instancian la democracia media. La regla de un solo sujeto es el mecanismo principal para lograrlo. La regla no logra alcanzar la democracia mediana cuando los jueces no la aplican adecuadamente.

La economía ofrece un método para interpretar la regla de una sola asignatura (Cooter y Gilbert, 2010, p. 687). Anteriormente presentamos la teoría de la interpretación de incentivos. Según esta teoría, la interpretación correcta de una ley proporciona los mejores incentivos para cumplir su propósito. Para aplicar esta teoría, identificamos el propósito de la regla de un solo sujeto. Los tribunales están de acuerdo en que la regla tiene un propósito central: evitar el registro, lo que significa intercambio de votos.

¿Qué interpretación ofrece incentivos para cumplir ese propósito? Considere algunos conceptos. Un votante tiene preferencias separables por dos propuestas de políticas se convertirá en ley²⁴. Imagine dos propuestas de pólizas, una sobre seguros de automóviles y otra sobre conflictos de intereses entre políticos. Para la mayoría de los votantes, su voto sobre la primera propuesta no se ve afectado por si la segunda se convierte en ley y viceversa. Por lo tanto, la mayoría de los votantes tienen preferencias separables por estas propuestas.²⁵

24 Traducir preferencias en votos requiere una suposición sobre el comportamiento. Suponemos que los votantes votan simultáneamente sobre las iniciativas y descartan las elecciones futuras porque no pueden pronosticar la agenda. En consecuencia, los votantes votan con sinceridad, lo que significa que votan por cada propuesta que rinda al menos tanta utilidad como el status quo.

25 Este ejemplo involucra propuestas independientes. Un votante también tiene preferencias separables por dos propuestas de políticas cuando esas propuestas están débilmente unidas. Las propuestas se unen débilmente cuando se complementan o se sustituyen débilmente entre sí. Dos propuestas se complementan / sustituyen débilmente entre sí cuando la aprobación de la primera aumenta / disminuye el apoyo de un votante a la segunda, pero no tanto como para que su voto sobre la segunda dependa de

Un votante tiene preferencias inseparables por dos propuestas de políticas cuando no puede decidir cómo votar por una sin saber si la otra se convertirá en ley. Esto ocurre cuando las propuestas son fuertes complementos o sustitutos. Las propuestas son un fuerte complemento cuando un votante solo vota por una si está seguro de que obtendrá la otra. Las propuestas son fuertes sustitutos cuando un votante solo vota por una si está seguro de que no obtendrá la otra. Imagine una propuesta para reducir las tasas de impuestos a la propiedad y una propuesta para reducir el valor imponible de la propiedad.²⁶ Si un votante quiere reducir los impuestos a la propiedad, pero cree que aprobar ambas medidas tendría consecuencias desastrosas para el presupuesto, ese votante tiene preferencias inseparables. No puede decidir cómo votar la primera propuesta sin saber si la otra será aprobada.

Ahora pasemos a enrollar. El *logrolling* ocurre cuando los votantes intercambian votos. Imagínesse un par de legisladores, A y B. A apoya más dinero para las escuelas, B apoya más dinero para la policía y ambos se oponen a la propuesta del otro. Suponga que A y B son decisivas, lo que significa que ninguna propuesta se aprobará sin el apoyo de ambos legisladores. Si A está de acuerdo en votar por la propuesta de B, y si B está de acuerdo en votar por la propuesta de A, entonces ambas propuestas pasan. A y B se han enrollado. La disputa ocurre cuando (1) dos o más propuestas que (2) tienen el apoyo de la minoría individualmente (3) obtienen el apoyo de la mayoría cuando se combinan, y (4) los miembros de la mayoría aceptan una propuesta que no les gusta para aprobar una propuesta que les gusta más.

si se aprueba la primera. Una etiqueta más precisa para nuestro concepto es “preferencias suficientemente separables”.

26 Los votantes a veces se enfrentan a situaciones como las que describimos. Este ejemplo se basa en las Medidas 9 y 11, que fueron votadas simultáneamente por los habitantes de Oregón en noviembre de 1986 (Gilbert y Levine, 2009, p. 415 tbl. A1).

Los votantes pueden registrarse cuando tienen preferencias separables, pero no pueden registrarse cuando tienen preferencias inseparables. Para ver por qué, vuelva a A y B. Suponga que tienen preferencias inseparables sobre las propuestas sobre la policía y las escuelas. Específicamente, ven las propuestas como fuertes sustitutos. Esto significa que apoyarán una de las propuestas solo si la otra propuesta no se aprueba. ¿Un proyecto de ley que combine las propuestas sobre policía y escuelas cumpliría con la definición de *logroll*? No, porque fallaría el tercer criterio anterior. Esta combinación no tendría el apoyo de la mayoría. Por supuesto, A y B son votantes decisivos y votarían en contra de esta combinación.

¿Qué pasa si A y B ven las propuestas sobre policía y escuelas como fuertes complementos? Esto significa que apoyarán una de las propuestas solo si la otra propuesta también se aprueba. ¿Un proyecto de ley que combine las propuestas sobre policía y escuelas cumpliría con la definición de *logroll*? No, porque fallaría el cuarto criterio anterior. A no aceptó algo que no le gustaba, algo que eliminaría del proyecto de ley si pudiera, para obtener algo que apoyara. Lo mismo ocurre con B. Ambos votantes querían ambas propuestas o nada.

Hemos demostrado que cuando los votantes tienen preferencias inseparables por dos propuestas, combinar esas propuestas no constituye un *logrolling*. ¿Qué pasa cuando los votantes tienen preferencias separables por dos propuestas? Regrese a nuestras suposiciones originales sobre A y B. A quiere más fondos para las escuelas. Apoyaría una propuesta para aumentar la financiación escolar, ya sea que aumente o no la financiación policial. B quiere más fondos para la policía. Ella apoyaría una propuesta para aumentar los fondos de la policía, ya sea que aumenten o no los fondos escolares. Tienen

preferencias separables sobre estos temas. La separabilidad les permite iniciar sesión. Pueden intercambiar votos para aprobar una combinación de propuestas que fracasarían por sí solas. A y B renuncian cada uno a algo para obtener algo a cambio.

Ahora podemos generalizar. La teoría del incentivo produce la siguiente interpretación de la regla de un solo sujeto: “propuestas de políticas separadas sobre las que la mayoría de los votantes tienen preferencias separables y propuestas de políticas unidas sobre las que la mayoría de los votantes tienen preferencias inseparables” (Cooter y Gilbert, 2010, pp. 714). Cuando los votantes tienen preferencias separables por dos propuestas, pueden votar esas propuestas de forma aislada. La combinación de las propuestas facilita el registro y viola la regla de un solo sujeto. Por el contrario, cuando los votantes tienen preferencias inseparables por dos propuestas, no pueden votar esas propuestas de forma aislada. Combinar las propuestas ayuda a los votantes y no facilita el registro, por lo que no viola la regla de un solo sujeto. Nuestra interpretación asegura que las iniciativas ejemplifiquen la democracia media.²⁷

2.5. Otros procesos constitucionales

El derecho constitucional es producto de seis procesos fundamentales. Hemos analizado dos de ellos, la negociación y la votación, con cierto detalle. Decimos más sobre esos procesos y analizamos los otros —delegar, atrincherar, adjudicar y hacer cumplir— en nuestro libro. Aquí proporcionamos una instantánea de cada uno.

Delegar. En la mayoría de las democracias, los ciudadanos no hacen las leyes por sí mismos. En cambio, confían en los legisladores. En la mayoría de los sistemas judiciales, los tribunales

²⁷ La evidencia empírica sugiere que nuestra interpretación es consistente con la práctica de los tribunales (Gilbert, 2011, p. 333).

inferiores no tienen precedentes. En cambio, dependen de tribunales superiores. Del mismo modo, el presidente de los Estados Unidos no hace cumplir los estatutos de derechos civiles y el alcalde de la ciudad no multa a los conductores imprudentes. Encomiendan al Departamento de Justicia y a la Policía realizar esta labor. En todo el gobierno, algunos funcionarios tienen el poder de tomar decisiones por otros. La delegación de poderes por ley es fundamental para el gobierno.

Los economistas modelan la delegación utilizando un marco principal-agente. La relación principal-agente se ha analizado intensamente en la teoría de juegos. Ese marco ilumina asuntos importantes en el derecho constitucional, como la representación, la corrupción y la delegación de autoridad de los políticos a los burócratas.²⁸

Atrincherar. La ley es jerárquica, como el ejército. Las constituciones triunfan sobre los estatutos, los estatutos sobre los reglamentos y los reglamentos sobre el derecho consuetudinario. Para estabilizar la jerarquía, las leyes superiores suelen ser más difíciles de cambiar. Cuando una ley es difícil de cambiar, está arraigada. Muchas constituciones afianzan profundamente los poderes del ejecutivo y los derechos de las minorías, la legislación consolida levemente los estatutos que protegen a los funcionarios públicos de represalias por denunciar casos de corrupción ('denunciantes'), y la regulación no afianza los límites de velocidad en las carreteras. La teoría económica del voto se extiende al atrincheramiento. Usamos ese análisis para abordar temas como los derechos de las minorías y la elección entre enmiendas y convenciones constitucionales.²⁹

28 Para una introducción, véase Cooter (2000, pp. 79-99).

29 Sobre enmiendas y convenciones, ver Gilbert (2017, p. 667-668).

Adjudicando. La ley requiere la interpretación de los tribunales y los tribunales suelen estar organizados en jerarquías. En los Estados Unidos, la Corte Suprema se encuentra en la cima de la pirámide, con tribunales de apelación y tribunales de primera instancia debajo. Los tribunales superiores delegan autoridad en los tribunales inferiores. A medida que un caso sube por la pirámide, los jueces individuales son reemplazados por grupos de jueces que votan para decidir los casos. Usamos las mismas teorías que se utilizan para analizar la delegación y el voto de los legisladores para analizar la delegación y el voto de los jueces. Aplicamos estas teorías a cuestiones de derecho constitucional como la independencia judicial, la discreción judicial, los métodos de interpretación constitucional y el desarrollo de la doctrina constitucional.

Hacer cumplir. Las industrias contaminan, los abogados malversan, los conductores aceleran y los empleadores discriminan por motivos de raza. El gobierno viola su propia constitución al maltratar a los presos. Las leyes tienen como objetivo disuadir malos comportamientos como estos, pero la mera promulgación de leyes suele ser insuficiente. Las leyes deben hacerse cumplir para que surtan efecto. Los economistas han desarrollado amplias teorías sobre la aplicación. Gran parte de este trabajo se centra en los palos: la amenaza de sanciones disuade el mal comportamiento. Pero las zanahorias, la promesa de subsidios por buen comportamiento, también funcionan. La aplicación también funciona informando a las personas y coordinando su comportamiento. Aplicamos las teorías económicas de la aplicación a cuestiones constitucionales como estas: “¿cómo se hacen cumplir los derechos contra los estados?” “¿Cuándo la transparencia promueve la legalidad?” “¿Cuándo la presión del gobierno de los Estados Unidos sobre los estados equivale a coerción inconstitucional?”

CONCLUSIONES

A partir de la década de 1960, el derecho y la economía revolucionaron el estudio del derecho privado. Sin embargo, ha tenido poco impacto en el derecho constitucional. Atribuimos este fracaso a tres fuentes. En primer lugar, los economistas se han centrado en el análisis positivo y normativo y han prestado escasa atención a la interpretación, que es primordial en el derecho constitucional. En segundo lugar, la interpretación de una ley depende de su propósito. Los propósitos del derecho privado a menudo se reducen a la economía normativa (eficiencia y distribución). En contraste, los propósitos del derecho constitucional rara vez se reducen a la economía normativa, o al menos no de la misma manera inmediata y manejable. Al interpretar las constituciones, los economistas deberían centrarse más en los propósitos articulados por los abogados y menos en la eficiencia del mercado. En tercer lugar, nadie ha escrito un libro accesible sobre derecho constitucional y economía para fundamentar el campo.

REFERENCES

- Aaken, A. (2008). How to Do Constitutional Law and Economics: A Methodological Proposal 651. En T. Eger, J. Bigus, C. Ott and G. Wangenheim (eds.), *Internationalization of the Law and its Economic Analysis*.
- Adler, M. D. (2016). Benefit-Cost Analysis and Distributional Weights: An Overview. *Review of Environmental Economics and Policy*, (10).
- Alexy, R. (2003). On y Subsumption: A Structural Comparison. *Ratio Juris*, (16).

- Brest, P. et al. (2006). *Processes of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials*, 5ta edición. Aspen.
- Buchanan, J. M. y Tullock, G. (1962). *The Calculus of Consent. Michigan*.
- Calabresi, G. y Melamed, A. D. (1972). Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad e inalienabilidad: una vista de la catedral. *Harvard Law Review*, (85).
- Coase, R. H. (1960). El problema del costo social. *Journal of Law & Economics*, (3).
- Condorcet, M. (1785). Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision-Making. Reimpreso en K. M. Baker (ed.), *Condorcet: Selected Writings*. Bobbs-Merrill.
- Constitución de Estados Unidos. (1787). [Const]. Art. I, s. 8 (Estados Unidos).
- Cooter, R. (1982). The Cost of Coase. *Journal of Legal Studies*, (11).
- Cooter, R. (2000). *The Strategic Constitution*. Princeton.
- Cooter, R. D. y Gilbert, M. D. (2010). A Theory of Direct Democracy and the Single Subject Rule. *Columbus Law Review*, (110).
- Cooter, R. D. y Siegel, N. S. (2010). Collective Action Federalism: A General Theory of Article I, Section 8. *Stanford Law Review*, (63).

- Cooter, R. y Ulen, T. (2012). *Law & Economics*, 6ta edición. Pearson.
- Corte Suprema de Estados Unidos. (1974). *American Pipe & Const. Co. contra Utah*, 414 US 538, 553.
- Downs, A. (1957). *Una teoría económica de la democracia*. Harper & Row.
- Fuller, L. L. (1958). Positivismo y fidelidad a la ley - Una respuesta al profesor Hart. *Harvard Law Review*, (71).
- Gilbert M. D. y Levine, J. M. (2009). Less Can Be More: Conflicting Ballot Proposals and the Highest Vote Rule. *Journal Legal Studies*, (38).
- Gilbert, M. D. (2006). Reglas de un solo sujeto y el proceso legislativo. *University of Pittsburgh Law Review*, (67).
- Gilbert, M. D. (2011). Does Law Matter? Teoría y evidencia de la adjudicación de un solo sujeto. *Journal Legal Studies*, (40).
- Gilbert, M. D. (2013). Iniciativas de interpretación. *Minnesota Law Review*, (97).
- Gilbert, M. D. (2017). Entrenchment, Incrementalism, and Constitutional Collapse. *Virginia Law Review*, (103).
- Hart, H. L. A. (1958). Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, (71).
- Hayek, F. A. (1960). *La Constitución de la Libertad*. Chicago.

- Hotelling, H. (1929). Stability in Competition. *Economic Journal*, (39).
- Kahneman, D. (2011). *Thinking, Fast and Slow*. Farrar, Straus & Giroux.
- Kenning, C. (2017). La Corte Suprema de los Estados Unidos rechaza el desafío de la iglesia a la ley de piquetes funerarios de Nebraska. *Reuters*. Recuperado de: <https://www.reuters.com/article/us-nebraska-funeral-lawsuit/us-supreme-court-declines-churchs-challenge-to-nebraska-funeral-picketing-law-idUSKBN1DR29B>.
- Lowenstein, D. H. (1983). California Initiatives and the Single-Subject Rule. *UCLA Law Review*, (30).
- McKelvey, R. D. (1976). Intransitividad en modelos de votación multidimensionales y algunas implicaciones para el control de la agenda. *Journal of Economic Theory*, (12).
- McNollgast, B. (1992). Cánones positivos: el papel de las negociaciones legislativas en la interpretación legal. *Geo. Law Journal*, (80).
- Mueller, D. C. (2003). *Public Choice III*. Cambridge.
- Nash, J. F. (1950). Equilibrium Points in N-Person Games. *Actas de la Academia Nacional de Ciencias*, 36.
- Nelson, C. (2011). *Statutory Interpretation*. Foundation.
- Olson, M. (1969). El principio de “equivalencia fiscal”: la

división de responsabilidades entre diferentes niveles de gobierno. *American Economics Review*, (59).

Persson, T. y Tabellini, G. (2003). *Los efectos económicos de las constituciones*. MIT.

Posner, R. A. (1979). Utilitarismo, economía y teoría jurídica. *The Journal of Legal Studies*, (8).

Rowley, C. K. (2005). Una historia intelectual del derecho y la economía: 1739-2003. En F. Parisi y C. K. Rowley (eds), *The Origins of Law and Economics*. Edward Elgar.

Story, J. (1905). *Comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, 5ta edición. Little, Brown & Co.

Tocqueville, A. (1862). *Democracy in America*. (edición de Francis Bowen, traducción de Henry Reeve). Cambridge: Sever & Francis.

Voigt, S. (1997). Positive Constitutional Law and Economics: A Survey. *Public Choice*, (90).

Voigt, S. (2011). Positive Constitutional Economics II — A Survey of Recent Developments. *Public Choice*, (146).

Recibido: 13/10/2020

Aceptado: 01/11/2021

Robert D. Cooter: Pionero en el campo del derecho y la economía, se formó en el Swarthmore College, la Universidad de Oxford y la Universidad de Harvard. Tras obtener su doctorado en economía en 1975, se incorporó a la facultad de Economía de Berkeley. En 1980 se incorporó a la facultad de Derecho de Berkeley, donde actualmente es el profesor Herman F. Selvin.

Ciudad: California

País: Estados Unidos de América

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2004-1312>

Michael Gilbert: Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia

Email: mgilbert@law.virginia.edu

Ciudad: Virginia

País: Estados Unidos de América

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0134-5663>

TRADUCTORA:

Jennifer Lara Alvear: Investigadora jurídica del GIDE PUCE

Correo: jlara1003@hotmail.com

Ciudad: Quito

País: Ecuador

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5124-6911>

* Esta traducción original al español fue publicada en coordinación con la autorización de los autores y/o editorial. Para cumplir nuestros estándares de calidad, cumplió con 1) un nuevo proceso de revisión por pares externos; y 2) adaptación a los parámetros editoriales de la revista RFJ. La RFJ seleccionó este artículo por su calidad e impacto internacional en el ámbito del derecho constitucional y económico. Inicialmente, fue escrito como una sección del *Forthcoming in Research Methods in Constitutional Law: A Handbook* (Malcolm Langford & David S. Law eds., Edward Elgar) Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2018-08 Virginia Law and Economics Research Paper No. 2018-02 UC Berkeley Public Law Research Paper (publicado en inglés). Esta nueva versión revisada adaptada a nuestros estándares tiene una extensión de 43 páginas.

* This original Spanish translation was published in coordination with the permission of the authors and/or publisher. To meet our quality standards, it complied with 1) a new external peer review process; and 2) adaptation to the editorial parameters of the RFJ journal. RFJ selected this article for its quality and international impact in the field of constitutional and economic law. It was originally written as a section of *Forthcoming in Research Methods in Constitutional Law: A Handbook* (Malcolm Langford & David S. Law eds., Edward Elgar) Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2018-08 Virginia Law and Economics Research Paper No. 2018-02 UC Berkeley Public Law Research Paper (published in English). This new revised version adapted to our standards is 43 pages length