

ARTÍCULOS



POSICIONES LEGALES Y COMPLEMENTARIEDADES INSTITUCIONALES

Ugo Pagano*

INTRODUCCIÓN

Los derechos y las libertades pertenecen al lenguaje político cotidiano. El uso político de los términos puede hacer pensar que la historia humana es un avance continuo de los derechos y las libertades que no plantea ningún *trade off* entre ellos. En este artículo argumentamos que existe dicho *trade off* y que está relacionado con las condiciones de equilibrio básicas que deben satisfacer los derechos y las libertades¹. Los derechos de algunos individuos se deben consumir conjuntamente con los deberes (es decir una falta de libertades) de otros individuos. Los derechos que algunos agentes disfrutan como un producto o un bien deben ser experimentados como deberes (como un insumo o como un mal) por otros agentes. En otras palabras, las relaciones legales que definen derechos, deberes y libertades implican posiciones legales opuestas para los agentes que consumen los mismos objetos con signos opuestos, y puede ser útil considerarlas como bienes posicionales. Un argumento similar se

* Profesor del Departamento de Economía Política, Universidad de Siena y CEU, Budapest, Pagano@unisi.it. Presenté versiones preliminares de este artículo en las reuniones anuales de la EAEPE realizadas en Siena en noviembre de 2001 y en la Universidad de la Sorbona en febrero de 2002, y en la conferencia conjunta Hamburgo-Siena realizada en Hamburgo en junio de 2002. Agradezco a los participantes en ambos seminarios por sus útiles comentarios; también las sugerencias de Masahiko Aoki, Samuel Bowles, Marcello De Cecco, Eric Brousseau, Jean-Michel Glachant, Mathew Kramer, Antonio Nicita, Hans-Bernd Schäfer, Gregory Valatin y Carlo Zappia. La responsabilidad de los errores es mía.

Traducción de Alberto Supelano. Fecha de recepción: 14 de abril de 2003, fecha de aceptación: 20 de junio de 2003.

¹ Sin embargo, en algunos casos podemos estar por debajo de las fronteras de eficiencia y podemos incrementar los derechos y los poderes de un individuo sin disminuir las libertades y las inmunidades de otros individuos.

aplica a las relaciones jurídicas de segundo orden que entrañan poderes, incapacidades, obligaciones e inmunidades.

En la sección siguiente revisamos las teorías de las posiciones legales de Hohfeld y de Commons, y exponemos el concepto de *equilibrio legal*. Luego presentamos los conceptos de bienes posicionales y de escasez social, y argumentamos que es más conveniente interpretar las relaciones legales a la luz de estos conceptos. Un resultado del análisis es que en el sistema hay una tendencia natural a acumular los desequilibrios legales y una falla para satisfacer las complementariedades institucionales fuertes requeridas por el carácter correlativo de las posiciones legales. A continuación examinamos algunos casos de complementariedades institucionales fuertes, que caracterizan a diferentes sistemas de posiciones legales. Mostramos que las posiciones que distinguen a los modelos alternativos de capitalismo satisfacen de manera diferente la restricción de escasez social en que se fundamentan los equilibrios legales. En la sección final examinamos las relaciones de complementariedad institucional que caracterizan a la relación entre derechos y tecnologías. También en este caso tenemos múltiples ordenamientos institucionales, debido a las relaciones de refuerzo mutuo entre los diferentes tipos de derechos y tecnologías. Pero argumentamos que la multiplicidad de equilibrios organizacionales que caracteriza a estas relaciones obedece a las complementariedades institucionales débiles². Los equilibrios organizacionales no necesariamente satisfacen la restricción de escasez social que caracteriza a las relaciones entre posiciones legales. Concluimos argumentando que la comprensión de los sistemas alternativos de relaciones legales se puede beneficiar del análisis de las complementariedades institucionales fuertes, que caracterizan a las relaciones internas de las posiciones legales y del análisis de las complementariedades institucionales débiles, como las que existen entre los derechos legales alternativos, el carácter de los recursos y otros rasgos de la sociedad que incorpora estos derechos.

² Sobre el concepto de complementariedad institucional, ver Milgrom y Roberts (1990) y Aoki (2001). Pagano (1993) y Pagano y Rowthorn (1994) presentan los conceptos de equilibrios organizacionales y estabilidad institucional. A pesar de la diferencia terminológica, Aoki (2001, 396) ha reconocido generosamente que "Pagano (1993) y Pagano y Rowthorn (1994) son dos de las primeras contribuciones analíticas sobre la complementariedad institucional". De acuerdo con la terminología empleada en este artículo, los equilibrios organizacionales y las complementariedades institucionales son casos "débiles" de complementariedad institucional.

EQUILIBRIOS LEGALES

Los buques que están en peligro tienen el derecho legal a recibir ayuda de otros buques. Este derecho está necesariamente correlacionado con el deber de otros barcos de no abandonar al que está en peligro. Este deber también implica de manera necesaria que otros barcos no tienen la libertad para abandonar al que está en peligro y que éste no está expuesto a la libertad de los otros para negarle la ayuda. Este ejemplo muestra que, para que se disfruten efectivamente, algunos derechos implican necesariamente limitaciones de algunas libertades. Del mismo modo, mi libertad para dirigir mi barco a donde deseo está limitada por el derecho de otros barcos a recibir ayuda en situación de peligro. Como veremos en la siguiente sección, el *trade off* económico entre libertades y derechos surge de una situación de escasez social que no se puede estudiar adecuadamente si nos concentramos únicamente en los bienes o males privados y públicos. La comprensión de la escasez social requiere la introducción de los bienes posicionales.

Por el momento, revisemos el análisis de las relaciones legales – introducido originalmente por Hohfeld (1919) y luego desarrollado por Commons (1924)–, una de las contribuciones más importantes del institucionalismo norteamericano³.

Para simplificar el argumento sólo consideraremos las transacciones entre dos agentes *i* y *j*. De acuerdo con Hohfeld, las relaciones jurídicas de primer orden establecen algunas relaciones necesarias entre los agentes *i* y *j*. Por ejemplo, *i* puede tener (o no tener) el derecho a que *j* lo rescate cuando su barco está en problemas (acción *A*) y *j* puede estar privado de la libertad correspondiente de abandonarlo sin darle ayuda. Así, tenemos que:

(1) Derecho de *i* $\leftrightarrow$ Deber de *j*

o, en otras palabras, el agente *i* tiene el derecho legal, sobre el agente *j*, a que *j* haga la acción *A* si y sólo si *j* tiene el deber de hacer *A* con respecto a *i*.

(2) Ningún derecho (exposición) de *i* $\longleftrightarrow$ Libertad (ningún deber) de *j*.

o, en otras palabras, el agente *j* tiene la libertad legal, sobre el agente *i*, de hacer *A* si y sólo si *i* no tiene ningún derecho, sobre *j*, a impedir que *j* haga *A* y, por consiguiente, está expuesto a la libertad de *j*.

³ Parte de esta sección se basa en Pagano (2000).

Por supuesto, se mantienen relaciones similares entre los derechos de *j* y las libertades de *i*:

(3) Derecho de *j* $\longleftrightarrow$ Deber de *i*

(4) Ningún derecho (exposición) de *j* $\longleftrightarrow$ Libertad (ningún deber) de *i*

En esta relación simple entre dos individuos, el conjunto de acciones a las que *i* tiene derecho no sólo define los deberes de *j*. También define las demás acciones que *j* tiene la libertad de realizar (es decir, el conjunto de acciones en las que *i* no tiene ningún derecho a interferir y está expuesto a las libertades de *j*). En otras palabras, en este marco simple, las relaciones jurídicas implican que la frontera entre los derechos y las exposiciones de *i* debe coincidir con la frontera entre los deberes y las libertades de *j*, y viceversa.

Por tanto, si concentramos nuestra atención en las relaciones (1) y (2) obtenemos el cuadro 1, que muestra las relaciones jurídicas de primer orden.

Cuadro 1

Relaciones jurídicas de primer orden

Derecho de <i>i</i>	Deber de <i>j</i>
Exposición de <i>i</i>	Libertad de <i>j</i>

En nuestro ejemplo del naufragio de un barco, la frontera entre el derecho de *i* a ser rescatado y la exposición de *i* a la libertad del otro barco para no rescatarlo, debe coincidir por definición con la frontera entre el deber del otro barco a prestarle ayuda y su libertad para abandonarlo.

En el esquema original de Hohfeld, “los derechos y deberes –así como los elementos de cada uno de los otros tres pares de posiciones legales– son siempre correlativos *por definición*” (Kramer, 1998, 24). Hohfeld “no dedujo su axioma de correlación como una conclusión contingente de los datos empíricos. Planteó la correlación entre derechos y deberes de tal manera que los unos implicaban a los otros; los unos son los otros desde una perspectiva diferente, así como una pendiente ascendente vista desde abajo es una pendiente descendente vista desde arriba. De aquí que aducir contraejemplos empíricos sea una tarea tan vana como aducir contraejemplos empíricos contra la proposición de que todos los solteros no están casados” (Kramer, 1998).

No obstante, puede ser útil la distinción *ex post/ex ante*⁴. Los derechos y deberes *ex post* se pueden considerar como identidades contables. En forma semejante a los ahorros y las inversiones, sus valores retrospectivos deben coincidir de manera necesaria. Si *i* se benefició *ex post* del derecho a ser rescatado, *j* tuvo necesariamente que asumir la carga de ejercer el deber de rescatarlo y no pudo ejercer la libertad de abandonar el barco que naufragaba. En este caso, igual que en el de una identidad contable, los derechos y deberes son realmente como una pendiente que se ve con signo contrario desde puntos de vista diferentes. Sin embargo, la frontera *ex ante* entre derechos y exposiciones de *i* puede diferir de la frontera entre deberes y libertades de *j*, en cuanto *i* y *j* pueden tener percepciones diferentes acerca de sus posiciones relativas. Por ejemplo, *i* puede creer que, en ciertas circunstancias, tiene derecho a recibir ayuda mientras que en las mismas circunstancias *j* cree que tiene libertad para abandonarlo. En este sentido, una importante tarea en la elaboración de las leyes concebida como una actividad deliberada cuyo objetivo es el de someter el comportamiento humano a la autoridad de las normas (Fuller, 1969), es la de reducir la brecha entre expectativas inconsistentes y, en consecuencia, la brecha entre visiones prospectivas y retrospectivas de los individuos acerca de sus derechos. En otras palabras, el propósito del derecho es eliminar el desequilibrio legal e inducir a los agentes a que tengan posiciones legales relativas que sean consistentes *ex ante* (es decir, producir una situación de equilibrio legal).

Cuando *i* y *j* tienen interpretaciones diferentes de sus posiciones relativas y, por tanto, expectativas *ex ante* diferentes, se sacrifican los derechos de *i* o la libertad de *j*. De acuerdo con la tradición del derecho positivo, iniciada por Kelsen, el análisis de este tipo de problemas es el tema central del derecho. En ausencia del derecho, ningún agente puede afirmar cuál de las percepciones de las dos embarcaciones es “válida” y pueden surgir fácilmente normas inconsistentes.

Para Kelsen⁵, el propósito fundamental del derecho era eliminar estas inconsistencias y establecer la validez de las normas. El análisis

⁴ Los conceptos *ex ante* y *ex post* fueron introducidos en economía en los años 30 por la famosa Escuela de Estocolmo, que incluía a Gunnar Myrdal y a Erik Lindahl. Para una explicación breve (y poco benévola), ver Steiger (1987).

⁵ Kelsen (1992) consideró que la validez de la ley o su consistencia (no su justicia ni su eficiencia) era el objeto adecuado de los estudios legales y argumentó que la validez de las normas legales se debe distinguir de su justicia y su eficiencia. Si una “norma fundamental” era transcendentalmente dada, se podían establecer la unidad, la consistencia y la completitud del ordenamiento legal comprobando la consistencia de las normas con las normas jerárquicas superiores. Únicamente las normas que cumplieran esta prueba de consistencia eran válidas del sistema legal. Ferrajoli (1993) diferenció el concepto de validez ba-

de la validez del derecho implicaba que las eventuales interpretaciones inconsistentes de las normas se debían resolver recurriendo a normas de orden superior. Este enfoque no sólo suponía la necesidad de un agente (el Estado) que tuviera el monopolio de la coerción, sino que además, existiera una norma constitucional fundamental. Esta norma fundamental es necesaria para poner fin a lo que de otro modo sería una regresión potencialmente infinita en el análisis de la validez de las normas.

Una limitación del enfoque de Kelsen es que la existencia de normas legales sólo se puede concebir en el marco de un sistema legal desarrollado. No obstante, aun en ausencia de la intervención del Estado pueden surgir expectativas comunes acerca de los derechos, los deberes y las libertades.

A este respecto, debemos un desarrollo significativo del enfoque positivista de la teoría legal a Hart (1958 y 1961)⁶, quien empleó un enfoque evolutivo para explicar la formación de los sistemas legales de la vida real. Pese a que Hart mantuvo la idea de Kelsen de que la validez de la ley es el concepto central del derecho positivo. Una sociedad primitiva también podría desarrollar un sistema de normas primarias sin intervención de una autoridad central y de una norma fundamental de la que se pudiera deducir lógicamente la validez de las demás normas. Pero dicho sistema se vería trastornado por la incertidumbre, pues en muchos casos los agentes mantendrían que existen o se deben aplicar normas diferentes en casos particulares. También sería estático porque, aparte de la costumbre y la tradición, nadie tendría el poder para modificar las normas aun cuando fuera urgente modificarlas.

Además, el sistema se caracterizaría por numerosos contrastes y por una incapacidad para imponer sanciones que vayan más allá de un sistema de venganzas privadas. Por esta razón, esos ordenamientos sociales tenderían a desarrollar un sistema de normas secundarias que resolviera los problemas con los que se enfrenta el sistema de normas primarias que comentamos. El primer atributo que debe desarrollar un sistema legal apropiado es una “regla de reconocimiento” que establezca la validez “kelseniana” de las normas primarias. Para superar las demás

sado en la consistencia con las normas jerárquicamente superiores del concepto de validez procedimental, que indica que las normas fueron promulgadas mediante un procedimiento legítimo. Esta distinción ayuda a entender que las normas existentes pueden ser válidas en cuanto fueron producidas mediante un procedimiento legítimo, pero inválidas en el sentido de que son inconsistentes con las normas superiores.

⁶ Hart también “diluyó” la separación kelseniana entre ética y derecho. Para otros autores, como Finnis (1980), es imposible incluso una separación parcial. Las “normas fundamentales” finales se deben basar al menos en algunos principios éticos.

insuficiencias del sistema de normas primarias, el sistema de las secundarias también debe incluir normas de modificación y de adjudicación y sanción. Por ello, un sistema legal apropiado se debe basar necesariamente en la existencia de relaciones jurídicas de segundo orden que den a algunos agentes el poder para identificar, modificar y hacer cumplir de manera clara, rápida y eficientemente las normas primarias que también pueden surgir en una sociedad primitiva.

La institución de las relaciones jurídicas de segundo orden requiere que algunos agentes inviertan en la capacidad de supervisar y hacer cumplir *ex post* los derechos y deberes correspondientes de los diferentes individuos. De ese modo, dichas relaciones pueden generar también las condiciones para que las expectativas *ex ante* sean consistentes.

En otras palabras, sin importar que esos agentes pertenezcan a la esfera privada o pública, ayudan a eliminar el desequilibrio entre derechos y deberes de los individuos. Dicho en otros términos, las relaciones jurídicas de segundo orden cumplen la función de generar las condiciones para la existencia de equilibrios legales entre las normas que definen los derechos, deberes, libertades y exposiciones de los diferentes individuos. Esa función debe entrañar el poder para definir las relaciones de primer orden y exige analizar la naturaleza de dicho poder.

No es sorprendente que, así como los derechos y las libertades, los poderes y las inmunidades también se limiten mutuamente. Si, debido a la existencia de una declaración de derechos, el Estado no tiene poder para modificar los derechos legales y restringir mi libertad de expresión (Simmonds, 1986, 132), esto significa que a este respecto no tengo ninguna obligación con el Estado o, en otras palabras, que tengo una inmunidad⁷ contra su poder correlacionada con la correspondiente incapacidad del Estado. Las relaciones legales de segundo orden también se deben caracterizar por el hecho de que se deben ajustar algunas fronteras para que se mantengan realmente los poderes del Estado o se respeten las inmunidades del individuo. En particular, en una economía de dos agentes, la frontera entre poderes e incapacidades de un agente se debe ajustar a la frontera entre obligaciones e inmunidades del otro.

Las relaciones jurídicas de segundo orden se caracterizan entonces por las siguientes relaciones análogas a las que consideramos antes:

⁷ Simmonds (1986, 132) señala que aunque “el límite exacto de dichas inmunidades es, por supuesto, objeto de controversia [...] las ‘libertades civiles’ norteamericanas difieren de sus equivalentes británicas justamente en su condición de inmunidades”. En Gran Bretaña, el Parlamento podía, en principio, abolir el goce de la libertad de expresión en cualquier momento. “En Gran Bretaña la libertad de expresión se disfruta como una libertad hohfeldiana, no como una inmunidad”.

(1') Poder de i $\longleftrightarrow$ Obligación de j

o, en otras palabras, i tiene poder legal sobre un agente j para lograr una consecuencia legal particular C para j si y sólo si se reconoce legalmente que algunas acciones voluntarias de i tienen esa consecuencia para j.

(2') Incapacidad de i $\longleftrightarrow$ Inmunidad de j

o, en otras palabras, un agente j tiene una inmunidad legal con respecto a un agente i en el caso de una consecuencia legal específica C si y sólo si i no tiene el poder legal para realizar una acción que, de acuerdo con la ley, tenga la consecuencia C para j.

De nuevo, se establecen relaciones similares para los poderes de i y las inmunidades de j:

(3') Poder de j $\longleftrightarrow$ Obligación de i

(4') Incapacidad de j $\longleftrightarrow$ Inmunidad de i

Las relaciones jurídicas de segundo orden también implican una correlación simétrica entre las posiciones de los dos agentes. En este caso, la frontera entre poderes e incapacidades de i también debe coincidir con la frontera entre obligaciones e inmunidades de j, y viceversa. De nuevo, si concentramos nuestra atención en las relaciones (1') y (2'), obtenemos el cuadro 2, que muestra las relaciones legales de segundo orden.

Cuadro 2

Relaciones legales de segundo orden

Poder de i	Obligación de j
Incapacidad de i	Inmunidad de j

Las relaciones jurídicas de primer y de segundo orden desempeñan una función esencial en el análisis de las transacciones de Commons y, en particular, en su distinción entre transacciones autorizadas y perentorias.

Según Commons, la descripción mínima de una transacción incluye a los dos agentes que la efectúan, a los dos agentes que son la siguiente mejor alternativa de cada agente y las reglas de funcionamiento mediante las que se efectúa la transacción⁸. Las reglas de

⁸ En otras palabras, la noción de costos de transacción de Commons no sólo incluye los *costos de supervisión* tradicionales que caracterizan a las relaciones con otro agente. También incluye el costo de las instituciones públicas y los *costos de competencia* que deben ser sufragados por los agentes cuando intentan excluir del

funcionamiento de la transacción incluyen la definición de los derechos, deberes, libertades y exposiciones de los agentes, es decir, de sus derechos legales. Pero no hay ninguna garantía de que las reglas de funcionamiento de las transacciones satisfagan las relaciones examinadas anteriormente⁹. Si concentramos la atención en los dos agentes i y j, involucrados en las transacciones, ambos pueden tener visiones muy diferentes de sus derechos legales. Por ejemplo, puede suceder que los derechos del agente i no se ajusten a los deberes de j y que las libertades de j no se ajusten a las exposiciones a esas libertades de i. Es decir, la frontera entre los derechos y las exposiciones de i no coincide con la frontera entre los deberes y las libertades de j. Una transacción autorizada ocurre cuando la frontera entre los derechos y las exposiciones de cada agente coincide con los deberes y las libertades del otro agente debido a la actividad de un quinto agente (las autoridades públicas).

Sin embargo, las transacciones autorizadas no se pueden dar por sentadas; requieren transacciones perentorias y relaciones jurídicas de segundo orden. En otras palabras, un sistema legal puede ayudar a garantizar un ajuste perfecto entre los derechos de los diferentes agentes.

De igual manera que en el caso de las relaciones jurídicas de primer orden, las transacciones perentorias pueden ocurrir también en una situación de desequilibrio donde la frontera entre los poderes y las incapacidades de un agente no coincide con las obligaciones y las inmunidades del otro agente. Commons observa que, desde la Carta Magna¹⁰, los sistemas legales han avanzado hacia el establecimiento

mercado a sus competidores. Sobre este punto ver Nicita (1999 y 2001), quien introduce la noción de *competencia cruzada*, la cual aparece cuando se remueven los supuestos de costos de supervisión y de competencia nulos.

⁹ Commons (1924) observa que las transacciones de Hohfeld también se pueden interpretar como relaciones éticas entre los agentes que también se pueden apoyar en creencias tradicionales. Pero señala que “hay, sin embargo, una dificultad en estos mandatos éticos. Son procesos mentales y, por tanto, son tan divergentes como los deseos y los temores de los individuos. Por ello, cuando surgen en la acción son individualistas y anarquistas. Son liberados por una autoridad terrenal real a la que cada parte rinde obediencia” (Commons, 1924, 85). La falta de correlación subjetiva se puede manifestar en el hecho de que un agente considera que la frontera de sus derechos difiere de la frontera conexa del deber de otro agente. Por esta razón, de acuerdo con Commons (ibíd., 86), “parece ser que el único procedimiento que *correlaciona* los deseos y temores de cada quien y evita la anarquía es el de recurrir a una tercera persona de cualidades terrenales a la que cada uno acepta obedecer, o a la que cada uno está obligado a obedecer”. Wellman (1978) indicó que las relaciones de Hohfeld se pueden interpretar como relaciones éticas y jurídicas, y que se pueden representar como dos conjuntos de proposiciones independientes.

Bobbio (1990) señala que los derechos éticos sólo pueden implicar lógicamente deberes éticos y no obligaciones legales. Según él, podemos causar mucha confusión cuando mezclamos relaciones éticas y jurídicas.

¹⁰ Sin embargo, Commons señala que el papel de la Carta Magna fue relati-

de una correlación claramente creciente entre poderes y obligaciones, por una parte, e incapacidades e inmunidades, por la otra.

El tipo de transacciones que estudia la teoría económica estándar exige un equilibrio complejo que involucra transacciones autorizadas y perentorias. Por ejemplo, la frontera entre las exigencias y las exposiciones de i debe coincidir con la frontera entre los poderes y las incapacidades que tienen los funcionarios públicos para hacer cumplir sus derechos legales con respecto a j. En forma similar, la frontera entre los deberes de j y sus libertades debe coincidir con la frontera entre las obligaciones e inmunidades relativas de j con respecto a los funcionarios públicos. Se deben mantener relaciones de equilibrio semejantes en el caso de los derechos legales de j con respecto a i.

Si nos concentramos en los derechos legales de i con respecto a j, el cuadro 3 describe una situación de equilibrio legal o conjunto de posiciones legales de primer y segundo orden consistentes ex ante.

Cuadro 3
Equilibrio legal

Poder de i a través de f. p.	↔	Derecho de i	↔	Deber de j	↔	Obligación de j a través de f. p.
-----		-----		-----		-----
Incapacidad de i a través de f. p.	↔	Exposición de i	↔	Libertad de j	↔	Inmunidad de j a través de f. p.

En un equilibrio legal, la línea punteada que separa los derechos y las exposiciones de i coincide con el poder y las incapacidades otorgadas a los funcionarios públicos (f. p.) para hacer cumplir sus derechos. También coincide con la línea punteada que separa los deberes y las libertades de j, la que a su vez coincide con la línea punteada que define la frontera entre las obligaciones y las inmunidades de j con respecto a los funcionarios públicos.

Sin embargo, las líneas punteadas del cuadro 3 no necesariamente deben estar ajustadas. En realidad, puede surgir una situación de desequilibrio legal, como la que se considera en el cuadro 4.

vamente limitado. “Cuando, en la Carta Magna, los barones exigían ‘libertades’, exigían privilegios personales o el derecho a ejercer poderes de soberanía... En suma, ‘libertad’ no significaba libertad ni propiedad sino privilegio político” (Commons, 1924, 51).

Cuadro 4
Desequilibrio legal

Poder de i a través de p. o.	Derecho de i	Deber de j — — —	Obligación de j a través de p. o.
— — — — —		Libertad de j	— — — — —
Incapacidad de i a través de p. o.	— — — — — Exposición de i		Inmunidad de j a través de p. o.

En el cuadro 4 la línea punteada que define la frontera entre los derechos y las exposiciones de i no coincide con la que define la frontera entre los deberes y las libertades de j. En este caso, los poderes de los funcionarios públicos y las obligaciones con respecto a ellos no se ajustan a los derechos legales de los dos agentes. En contraste, un sistema legal que funciona bien, en cuanto equilibra el poder y las obligaciones que los agentes adquieren a través de los funcionarios públicos, también tiende a equilibrar sus derechos y deberes, es decir, tiende a conseguir el equilibrio legal descrito en el cuadro 3.

Según Commons, la correlación entre los derechos legales de i y j requiere una correlación correspondiente de las relaciones jurídicas de segundo orden entre los dos agentes y los funcionarios públicos. Mientras que Kelsen concibe la unidad y la consistencia del sistema legal como un simple asunto de lógica y se concentra en el análisis de la validez de las normas, Commons señala que no se pueden dar por sentadas las relaciones jurídicas analizadas por Hohfeld. Éstas requieren la costosa intervención de funcionarios públicos que atribuyen los poderes y obligaciones correspondientes a los agentes y, de este modo, también equilibran sus derechos y deberes. Las limitaciones de los poderes y las obligaciones de los funcionarios públicos (o de sus incapacidades para actuar en interés de i y las inmunidades de j frente a su intervención) también equilibran las exposiciones y las libertades de los agentes. En otras palabras, aunque las relaciones jurídicas de primer y segundo orden pueden estar en desequilibrio, un buen sistema legal tiende, con ayuda de los funcionarios públicos, a conseguir un equilibrio legal complejo que satisface las condiciones antes mencionadas.

Aunque Commons no emplea el término equilibrio legal (ni el desequilibrio legal), puede ser útil para captar la originalidad de su contribución y su alejamiento de la tradición kelseniana del análisis de la validez de las normas legales¹¹.

¹¹ En algunos casos, el concepto kelseniano de validez de las normas que

En la tradición kelseniana, la consistencia de las normas es simplemente un asunto de lógica y las discrepancias eventuales se deben resolver estableciendo cuál es la norma jerárquicamente superior. Por ejemplo, si en ciertas circunstancias las normas estipulan simultáneamente el derecho de *i* a recibir ayuda y la libertad de *j* para hacer otra cosa, el asunto se debe resolver lógicamente comprobando cuál de las dos normas tiene prioridad. En cierto modo, nunca hay inconsistencia pues los estudiosos conocen las reglas lógicas que rigen el sistema y pueden juzgar fácilmente la validez de cada regla particular.

En cambio, para Commons la consistencia del sistema legal es sólo una meta ideal, y cierto grado de desequilibrio es un rasgo permanente de su funcionamiento¹². Además, en la concepción de Commons, la supresión del desequilibrio no es un simple asunto de lógica que requiere una solución de esquina que establece la prioridad de los derechos de *i* sobre las libertades de *j* o viceversa. La supresión del desequilibrio tiene costos y es un proceso real que puede involucrar soluciones de esquina o soluciones intermedias en las que se atenúan los derechos de *i* y las libertades de *j*.

Para Commons, la eliminación del desequilibrio legal no puede ser efectuada únicamente por los funcionarios públicos sino que, como subrayó Fuller (1969), también debe ser realizada por los diversos agentes que tienen una función similar en la esfera privada. En particular, las empresas se pueden concebir como “intereses en marcha” donde los agentes privados que soportan los costos de establecer un equilibrio legal privado, diseñado específicamente para ciertos tipos de transacciones, establecen algunas normas de funcionamiento. En forma similar, los árbitros y los ordenamientos privados de muchas otras instituciones contribuyen a la costosa eliminación del desequilibrio legal¹³. Cada una de estas instituciones tiene ventajas relativas que dependen del tipo de acción que se debe regular. El más

establece la total consistencia de los comportamientos legales es análogo al concepto walrasiano de equilibrio económico. Sobre este punto, ver Pagano (1995). Sin embargo, el nivel al que se establece la consistencia es diferente. Como señaló Gianformaggio (1993), el comportamiento legal está formado por enunciados normativos que no pretenden representar el comportamiento real de los individuos.

¹² Igual que la mayoría de las relaciones económicas, las relaciones legales se convierten ex post en simples identidades contables. Ex post, si *X* ejerciera algunos derechos, *Y* necesariamente observaría algunos deberes. Pero la existencia de estas identidades contables ex post no implica que hubiera un equilibrio ex ante entre las percepciones de *X* acerca de sus derechos y las percepciones de *Y* acerca de sus deberes. En otras palabras, el desequilibrio ex ante es consistente con la identidad ex post entre derechos y deberes (o entre libertades y exposiciones, etc.).

¹³ La importancia de los ordenamientos privados y de muchas otras institucio-

específico es el carácter de las relaciones entre los individuos, y las más específicas son las capacidades y el conocimiento necesarios para eliminar el desequilibrio legal. En este sentido, la especificidad de las posiciones de primer orden de los individuos implica una ventaja comparativa de segundo orden de las inversiones específicas encaminadas a su regulación eficaz. Los costos de las inversiones en que incurren los tribunales públicos para vigilar y hacer cumplir los contratos privados sólo se pueden recuperar cuando se aplican a una amplia gama de relaciones legales. Por ello, es muy probable que los tribunales públicos tengan una ventaja comparativa en las inversiones en capital humano de propósito general necesarias para la regulación ex post de los contratos más comunes. Se puede pensar que los árbitros, intermediarios y gerentes de empresa son ordenamientos privados que, gracias a las inversiones específicas de segundo orden en capital humano y a su familiaridad y participación en las relaciones entre los agentes, pueden regular mejor que los tribunales públicos las relaciones caracterizadas por las inversiones específicas de primer orden. En dichos casos, es posible que la organización privada interna sustituya a algunas instituciones de los mercados públicos¹⁴.

BIENES POSICIONALES Y ESCASEZ SOCIAL

El carácter correlativo de las posiciones legales implica que éstas se caractericen por alguna forma de escasez social ligada al hecho de que cada posición sólo está a disposición de un individuo si la posición correspondiente (pero, para usar la analogía de Kramer antes mencionada, con una “pendiente opuesta”) está ocupada por otro individuo.

La misma acción pertenece a los derechos de un individuo sólo si, al mismo tiempo, es un deber para otro individuo. El conjunto de acciones que define los derechos del individuo i impone deberes a algún(os) individuo(s) j, por cuanto limita el conjunto de acciones que define las

nes que pueden contribuir a someter el comportamiento humano a la observancia de la ley ha sido planteada convincentemente por diversos autores como Fuller (1963 y 1969), Hayek (1973), Leoni (1990) y Williamson (1985).

¹⁴ Llamamos mercados públicos a los mercados donde la tarea de eliminar el equilibrio legal es desempeñada ante todo por los tribunales públicos. En contraste, como observa Williamson (1996, 98): “el contrato legal implícito en la organización interna es el de la paciencia. Por tanto, mientras que los tribunales otorgan derechos rutinariamente donde hay disputas acerca de los precios, de los daños que se deben atribuir a las demoras, de los defectos de calidad y cuestiones similares, los tribunales se rehusarán a resolver disputas entre una división interna y otra acerca de problemas idénticos. Con la negación del acceso a los tribunales, las partes deben resolver internamente sus diferencias. En consecuencia, la jerarquía es su propia instancia final de apelaciones”. En este sentido, en el caso de las empresas, una de las funciones de la gerencia es la de actuar como sustituto de los tribunales públicos.

libertades de j. La misma acción (el naufragio del barco i que es rescatado por j) es consumida, con signo contrario, como un producto deseado por i y como un insumo costoso por j, y todo incremento de los derechos de i limita necesariamente las libertades de j.

En forma similar, la misma acción pertenece a los poderes de un individuo si constituye una obligación para otro individuo. Los poderes de i limitan las inmunidades de j y no se puede lograr ningún incremento del conjunto de poderes de i sin disminuir el conjunto de inmunidades de j. De nuevo, la misma acción es consumida, con signo contrario, como un poder por parte de i y como una obligación por parte de j (o como una incapacidad por i y como una inmunidad por j).

Los derechos, libertades, poderes e inmunidades tienen algunas características que los distinguen de otros bienes. Podemos imaginar fácilmente una sociedad en la que todos consumen grandes cantidades de bienes tales como arroz, automóviles y espacio para vivienda. Es más difícil imaginar una sociedad en la que todos consuman grandes cantidades de derechos, libertades, poderes e inmunidades; pues el ejercicio de los derechos de algunos individuos debe estar limitado por las libertades de otros (eso implica que no están obligados a cumplir los deberes correspondientes a estos derechos). Así mismo, el ejercicio de los poderes de algunos individuos debe estar limitado por las inmunidades de otros individuos (eso significa que no están sujetos al ejercicio de estos poderes).

Cualquier cantidad positiva de derechos y poderes se debe consumir conjuntamente con cantidades negativas de otros bienes. Es imposible ejercer un derecho o un poder si alguien no está sujeto al ejercicio de estos derechos y poderes: se deben consumir conjuntamente cantidades positivas de derechos y de poderes con cantidades negativas de libertades e inmunidades (es decir, con deberes y obligaciones)¹⁵.

A diferencia de los bienes económicos tradicionales, los derechos y poderes implican inevitablemente *posiciones* diferentes¹⁶ de los

¹⁵ Parsons (1986) discrepa pero, como sostiene Aron (1986), él parece confundir el poder sobre alguien con el poder para hacer algo. El primero (y obviamente no el segundo) es un bien de suma cero. Esto implica que el ejercicio del poder puede disminuir el bienestar total porque “se puede considerar que estar sometido al poder de otro es una pérdida de bienestar” (Bowles, Franzini y Pagano, 1999, 6). Al mismo tiempo, el ejercicio de poder puede mejorar la eficiencia de Pareto si su intercambio se acuerda en un mercado competitivo y ayuda a resolver el problema de la incompletitud contractual. Sobre este punto, ver Bowles y Gintis (1999). Sobre el concepto de poder, ver también los demás ensayos recopilados en Lukes (1986).

¹⁶ Por lo general, dichas posiciones son el ingrediente más fundamental de un sistema social. Un “sistema social se puede concebir como un conjunto de procesos estructurados de interacción caracterizados por posiciones conectadas e internamente relacionadas con las normas y prácticas asociadas, mientras que una institución se puede definir como aquellos procesos estructurados de

individuos con respecto a otros individuos; por esta razón, siguiendo la terminología de Fred Hirsch, podemos llamar *bienes posicionales* a bienes tales como el poder y el prestigio.

En la teoría económica tradicional se suele tener en cuenta dos tipos de bienes (y sus combinaciones intermedias): privados y públicos. Los privados puros son aquellos en los que otros individuos consumen una cantidad nula del que cada individuo elige consumir. Los demás individuos están excluidos del consumo del bien privado que no les pertenece y su posición con respecto al consumo de estos bienes no se altera por las elecciones de consumo de los demás agentes. En todos los casos, estos están excluidos del consumo de los bienes que consumen otros individuos.

Esta exclusión es imposible en el caso de un bien público puro. En cuyo caso, cada agente debe consumir la misma cantidad positiva que otros agentes deciden consumir. Aquí no es relevante la posición de ninguno de los agentes por cuanto que en el consumo de un bien público todos los individuos están en la misma posición. De manera similar, en el caso de un mal público las posiciones de los individuos son irrelevantes porque todos deben consumir la misma cantidad negativa del mal público.

En una economía formada por dos individuos, un bien posicional puro es un bien tal que, dada la elección de consumo de un agente, el segundo debe consumir una cantidad negativa correspondiente de lo que el primero decide consumir. A este respecto, los bienes posicionales constituyen el caso opuesto al de los bienes públicos¹⁷. A diferencia

interacción que son relativamente duraderos y que se identifican como tales” (Lawson, 1997, 318). Aunque este artículo se concentra en las relaciones entre sistemas “formales” de ordenamientos privados y públicos, el estudio de estos sistemas no se puede separar de las normas informales, las costumbres y los códigos éticos que se han desarrollado en diferentes países y han cumplido un papel fundamental en la determinación de las posiciones de los individuos. Como plantea Hodgson (1988, 160) “la visión de un mercado o sistema capitalista ‘puro’ que ha desterrado todos los vestigios del hábito y la tradición es teóricamente inadmisibles e irrealizables en la práctica”. Por esta razón la corriente de la economía institucional relacionada con la obra de Commons se debe integrar con la que se deriva de Veblen. Sobre las diferentes corrientes de la economía institucional, ver Hodgson (1998).

¹⁷ Esta definición se expone en Pagano (1999). Frank (1985) propone una definición diferente, basada en el rango. Al estar relacionada con la definición de estatus, la definición de Frank no se puede extender fácilmente a los casos de ejercicio del poder y de las relaciones legales. Pagano (1999) distingue diferentes casos particulares de bienes semiposicionales. Los bienes biposicionales se definen por el hecho de que únicamente otro individuo consume la cantidad correspondiente mientras que los bienes multiposicionales y panposicionales se definen por el hecho de que son consumidos por muchos individuos. Estas definiciones no son relevantes para lo que se expone a continuación porque nos concentraremos en una economía de dos individuos, aunque quizá sea útil distinguir entre relaciones legales que ocurren *inter partes* y *erga omnes*.

de los bienes privados, aquí las elecciones del consumo de los agentes son interdependientes y, a diferencia de los bienes públicos, el consumo de los bienes difiere entre individuos que tienen posiciones diferentes (consumo negativo y positivo) con respecto al bien.

Aunque poco original, una visita a la isla de Robinson Crusoe puede aclarar la diferencia entre estos tipos de bienes. En esta isla, Crusoe no percibe la diferencia entre los bienes públicos y privados que consume. Al mismo tiempo, no consume ningún bien posicional. En particular, no posee ningún derecho, libertad, poder o inmunidad y no tiene ningún deber, exposición a la libertad, obligación ni incapacidad. La distinción entre bienes privados y públicos llega a ser clara y el consumo negativo y positivo de bienes posicionales se hace posible únicamente con la llegada de Viernes. Antes de su llegada sólo se puede percibir la escasez económica. Se pueden consumir bienes privados y públicos en cantidades limitadas porque cualquiera de estos bienes, o los insumos necesarios para producirlos, puede estar disponible con una oferta fija, pero, después de la aparición de Viernes, Robinson experimenta un nuevo tipo de escasez –la escasez social– ¡y más aún Viernes!

La escasez social no obedece a que el consumo de ambos agentes no puede superar una cantidad dada fijada por la tecnología y/o limitada por la disponibilidad natural de recursos. Obedece, en cambio, al hecho de que cualquier cosa que un individuo consuma como una cantidad positiva debe ser consumida conjuntamente por el otro individuo como una cantidad negativa. La restricción ya no se fija (o, por lo menos, no solamente) en términos de una cantidad máxima positiva. Está determinada por el hecho de que el consumo agregado debe ser igual a cero.

Igual que una pendiente vista desde arriba y desde abajo, la misma acción se debe consumir conjuntamente como una cantidad positiva (es decir, como un derecho o como un poder) y como una cantidad negativa (es decir, como un deber o como una obligación). Los derechos de que goza Robinson pueden implicar numerosos deberes para Viernes y restringir su libertad. El poder que consume Robinson puede ser tan amplio que le da la posibilidad de interferir todas las posibles acciones que Viernes puede llevar a cabo y eliminar todo tipo de inmunidad. Aunque Robinson puede conceder algunas libertades a Viernes, éste puede carecer de toda inmunidad contra el poder ilimitado de Robinson para restringirlas.

En el caso de las posiciones legales (y, en general, en el caso de los bienes posicionales) las limitaciones principales no surgen de una situación de escasez económica, es decir, de una cantidad positiva

limitada de recursos disponibles. Surgen, en cambio, de una forma de escasez social, es decir, del hecho de que el consumo agregado de bienes posicionales de los dos individuos debe ser igual a cero. Esto implica que mientras las elecciones de consumo de bienes privados de cada individuo son independientes, y las de bienes y males públicos deben ir en la misma dirección, en el caso del consumo de bienes posicionales deben ir en direcciones opuestas. Por tanto, las diferentes categorías de bienes se pueden representar mediante la siguiente tabla:

	Robinson	Viernes
Bien público	+	+
Bien privado	+	0
Bien privado	0	+
Bien posicional	+	−
Bien posicional	−	+
Mal público	−	−

La competencia posicional es más dura, y a veces más violenta, que la competencia por bienes privados.

Examinemos el caso en que todos los individuos pueden consumir más bienes privados y públicos si trabajan más duro. Eso no sucede con los bienes posicionales como el poder y el prestigio. Si todos trabajamos más duro ninguno de nosotros puede consumir más de ellos. La escasez social restringe el bienestar de la humanidad mucho más que la escasez natural.

Es fácil que surjan conflictos aun en los casos en que se llega a un acuerdo voluntario acerca de su oferta. En el caso de los bienes privados, dicho acuerdo separaría a una esfera pública, donde se lleva a cabo el acuerdo, de una esfera privada, donde el consumo se lleva a cabo sin afectar el bienestar de los demás individuos.

En el caso de los bienes públicos, el acuerdo debe ser tal que resuelve el problema del gorrón y se ofrece el bien; pero el consumo de bienes y males públicos puros no causa conflicto porque todos consumen la misma cantidad de bienes.

En cambio, en el caso de los bienes posicionales, el hecho de llegar a un acuerdo acerca de su oferta no traslada el consumo a una esfera no conflictiva. El consumo positivo y negativo no es separable y es fácil que surjan conflictos. Veamos el caso del barco que naufraga. Éste implica que todos los marinos obtienen una ganancia de seguridad acordando ex ante que tienen el derecho a ser rescatados. Pero el consumo ex post de este derecho puede ser conflictivo porque se debe consumir conjuntamente con el deber correspondiente.

No es sorprendente que los problemas de los bienes posicionales sean opuestos a los de los bienes públicos. Es muy probable que tengamos exceso de inversión en bienes posicionales cuando todos los agentes intentan consumir cantidades positivas de estos bienes. Un ejemplo muy conocido de este problema es el estatus, un bien posicional típico. Este implica un sentimiento compartido de superioridad de algunos individuos y de inferioridad de otros. La teoría vebleniana plantea que algunas decisiones importantes de consumo no están motivadas por el deseo de disfrutar los beneficios privados de estos bienes sino por el deseo de consumir más estatus. Pero el consumo positivo de estatus de algunos individuos implica el consumo negativo de estatus de otros individuos y una reacción a intentar mantener el estatus. “Mantenerse por encima de los Jones” implica un exceso de consumo que es un despilfarro porque ambos consumidores gastan buena parte de sus recursos para consumir un estatus constante y podrían estar mejor llegando a un acuerdo cooperativo mediante el cual ambos limitan su consumo.

Los derechos, las libertades, el poder y las inmunidades a menudo tienen un exceso de oferta. Por lo general, los políticos prefieren hablar el lenguaje de los derechos, las libertades, las inmunidades y los poderes pues saben que el lenguaje de los deberes, las exposiciones a las libertades, las incapacidades y las obligaciones es mucho menos atractivo. No obstante, en toda sociedad hay una complementariedad institucional muy fuerte entre la estructura de derechos, libertades, poderes e inmunidades y la estructura de deberes, exposición a las libertades, obligaciones e incapacidades. Esto obedece al hecho de que un equilibrio legal consistente necesariamente está determinado por la restricción de escasez social típica de los bienes posicionales.

En cierta forma, este tipo de complementariedad institucional fuerte es un caso particular del concepto de complementariedad institucional. Las condiciones estándar de complementariedad institucional son definidas por las dos circunstancias siguientes:

- i) el beneficio adicional de tener la institución X_1 en vez de la institución X_2 en un dominio X es mayor cuando en el dominio Y se elige la institución Y_1 (en vez de la institución Y_2);
- ii) el beneficio adicional de tener la institución Y_2 en vez de la institución Y_1 en un dominio Y es mayor cuando en el dominio X se elige la institución X_2 (en vez de la institución X_1).

Estas proposiciones, examinadas por Aoki (2001), replantean en términos de elecciones institucionales las condiciones de supermodularidad entre estrategias analizadas por Milgrom y Roberts (1990) y se refieren a la propiedad de pagos incrementales cuando hay un

cambio en el valor del parámetro. Estas no excluyen la posibilidad de que el nivel del pago de una norma sea estrictamente mayor que el de la otra para los agentes de un dominio o de ambos dominios, sin que importe la elección de la norma en el otro dominio. Existe la posibilidad de un equilibrio único. Pero con la condición de supermodularidad puede haber dos equilibrios de Nash puros (ordenamientos institucionales) para el sistema comprendido en X y Y , es decir, (X_1, Y_1) y (X_2, Y_2) . Cuando dichos equilibrios múltiples son posibles, decimos que los dominios X y Y son complementos institucionales y que:

- (i) X_1 y Y_1 son complementos institucionales
- (ii) X_2 y Y_2 son complementos institucionales

Las relaciones que determinan los equilibrios legales implican alguna especie de complementariedad institucional en el sentido antes señalado.

Imaginemos que X y Y son dos dominios diferentes donde se eligen respectivamente los derechos (X_1, X_2) y los deberes (Y_1, Y_2) . Supongamos que (X_1, Y_1) y (X_2, Y_2) satisfacen las condiciones necesarias para un equilibrio legal en tanto que el individuo i tiene el derecho legal X_1 sobre el agente j , a que j haga la acción A si y sólo si j tiene el deber $Y_1 = -X_1$ con respecto a i para hacer A (y viceversa para los derechos del individuo j y los deberes del individuo i). Así, todo aumento de los derechos de i (j) se ajusta perfectamente a una disminución de la libertad de j (i) y viceversa. En suma, (X_1, Y_1) satisface (como una igualdad) la restricción de escasez social. Supongamos que, en forma similar, (X_2, Y_2) son los derechos y deberes que satisfacen (también como una igualdad) la restricción de escasez social para cada pareja de individuos i y j .

El desequilibrio legal tiene costos en un doble sentido. El hecho de estar fuera del conjunto de ordenamientos factibles definidos por la restricción implica un conflicto social costoso. El hecho de estar en un punto interior de este conjunto factible implica que los derechos o los poderes de j pueden aumentar sin sacrificar las libertades o las inmunidades de j . Por esta razón, es claro que los beneficios adicionales del sistema de derechos X_1 con respecto al sistema X_2 son mayores cuando en el dominio Y se elige el sistema correspondiente de deberes Y_1 (en vez de Y_2). De manera similar, los beneficios adicionales del sistema de deberes Y_2 con respecto a Y_1 son mayores cuando en el dominio X se elige el sistema de derechos X_2 (en vez de X_1).

Por tanto, en cierto modo los equilibrios legales se pueden considerar como casos de complementariedad institucional. No obstante, hay un caso de complementariedad institucional fuerte en

el sentido de que los híbridos (como X_1 , Y_2 y X_2 , Y_1) son particularmente inestables. En efecto, cuando los derechos y deberes no están ajustados ex ante, en términos de las expectativas acerca del comportamiento del otro, aún deben satisfacer ex post la restricción de escasez social, como una identidad contable, y esta restricción social hace que los híbridos sean particularmente frágiles. Veamos de nuevo el ejemplo del barco que naufraga. Los agentes pueden tener expectativas diferentes acerca de sus derechos a ser rescatados y de sus libertades para alejarse. Sin embargo, ex post, si se disfrutó realmente un derecho, se debe haber consumido el deber correspondiente, mientras que si se ejerció la libertad de alejarse, el barco en dificultades se tuvo que haber expuesto a las consecuencias de esta libertad.

Aunque el sistema legal proporciona diversos mecanismos para vincular los diferentes dominios y eliminar el desequilibrio ex ante, la falla del sistema legal formal para eliminar el desequilibrio no es el fin de la historia. Ex post, la naturaleza de los bienes posicionales implica que las posiciones legales se deben ajustar como identidades contables. Este ajuste ex post puede tener varias soluciones. Por ejemplo, los derechos se pueden ajustar a los deberes o los deberes se pueden ajustar a los derechos. Sin embargo, también pueden surgir ex post¹⁸ toda clase de soluciones intermedias que no son de esquina y que involucran cierta dilución de los derechos y algunas limitaciones parciales de las libertades. De hecho, Norberto Bobbio (1990) ha argumentado que este último tipo de ajuste ex post hacia soluciones intermedias se ha convertido en un mecanismo fundamental para crear nuevas generaciones de derechos. Se reclaman y se reconocen derechos—especialmente derechos sociales—sin establecer los deberes correspondientes y/o los poderes de supervisión relacionados esperando que después se llegue a un compromiso intermedio gracias a un perfeccionamiento parcial de estos deberes¹⁹.

En el caso de las relaciones legales, los vínculos diacrónicos entre los dominios de derechos, libertades, poderes e inmunidades y los

¹⁸ La solución kelseniana, donde el conflicto sólo se resuelve apelando a normas de orden superior, usualmente implica soluciones de esquina. Normalmente, sólo los derechos o los deberes serán consistentes con la norma superior. En realidad, como señala Bobbio (1990), pueden surgir fácilmente soluciones que no son de esquina.

¹⁹ En opinión de Kramer (2001), estos derechos no son derechos auténticos sino derechos simplemente nominales. De acuerdo con su “enfoque de la Teoría de Interés”, hay semejanzas y diferencias entre un derecho nominal y un derecho legal auténtico. Un derecho nominal “es un derecho legal debido a su conexión con la defensa de los intereses de las personas mediante la imposición de estándares y requisitos legales, y sólo es nominal porque su aplicación por los funcionarios judiciales y ejecutivos no puede ir más allá de la reiteración de la norma o decisión relevante” (Kramer, 2001, 73).

dominios de deberes, exposiciones a las libertades, obligaciones e incapacidades son más fuertes que los vínculos usualmente involucrados por las complementariedades institucionales. Aunque a veces los individuos pueden usar estratégicamente la restricción de escasez social y otras veces la pueden pasar por alto, esta restricción tiene su propia manera *ex post* de dar forma a las relaciones legales y sociales.

La afirmación de Bobbio manifiesta dos importantes características de la producción de leyes. La primera es que en la producción de leyes se presenta a menudo un desequilibrio debido a la sobreoferta del “lado positivo” de los bienes posicionales. La segunda también obedece al carácter posicional de las relaciones legales. La infracción de la restricción de escasez social y el desequilibrio legal no carecen de consecuencias. Las complementariedades institucionales fuertes que distinguen a las posiciones legales sólo se pueden violar *ex ante* a expensas de alguna forma de ajuste *ex post*.

Aunque estas dos características refuerzan el planteamiento de Bobbio —que el desequilibrio legal se ha convertido en parte integral de la producción del derecho—, la convergencia hacia un equilibrio no se debe dar por sentada, sobre todo en el caso de la extendida y dramática inconsistencia entre las posiciones legales *ex ante* de los agentes. Un desequilibrio fuerte y persistente puede desacreditar a todo el sistema legal y, en algunos casos, llevar a su derrumbamiento²⁰.

COMPLEMENTARIEDADES INSTITUCIONALES FUERTES Y SISTEMAS ALTERNATIVOS DE POSICIONES LEGALES

Como señala Simmonds (1986, 132): “el derecho de propiedad es realmente un paquete complejo de derechos, libertades, poderes e inmunidades. Un propietario de tierras, por ejemplo, normalmente tiene, entre otras cosas, el derecho a que otros no entren a sus tierras, la libertad para caminar en su terreno, el poder para transferir su título a otros y la inmunidad contra la alteración de su título o su transferencia por la acción de otro”.

La asignación de derechos de propiedad privados involucra el establecimiento de un equilibrio legal. El derecho de algunos individuos al uso exclusivo de los activos debe estar correlacionado con el deber de los demás de no consumir estos recursos, y la libertad de los propietarios para elegir entre los diferentes usos de los recursos debe estar correlacionada con la exposición de otros a estas libertades. En forma similar, el poder del propietario privado para transferir su título tiene que estar ajustado a la obligación de otros agentes de

²⁰ Esta observación fue sugerida por el profesor Schäfer, quien también me señaló que dichas circunstancias caracterizaron a la infortunada experiencia de la República de Weimar.

respetar esta transferencia de propiedad, mientras que la inmunidad del propietario contra la alteración o la transferencia de su título por la acción de otro, tiene que estar ajustada a la incapacidad de los demás para realizar estas acciones. En otros términos, las restricciones debidas a la existencia de escasez social caracterizan necesariamente a la institución de los derechos de propiedad privada.

Un sistema de derechos de propiedad privada, bien definido, involucra la condición de que no existe ningún desequilibrio entre todas estas posiciones legales. Cuando la teoría económica estándar supone que existe dicho sistema y examina las condiciones de equilibrio que debe cumplir el intercambio competitivo de derechos de propiedad privada, también supone implícitamente que no se gastó ningún recurso económico para establecer este equilibrio legal. No obstante, el establecimiento del equilibrio legal necesario para definir los derechos de propiedad privada es muy costoso y se deben gastar recursos económicos muy valiosos en los ordenamientos privados y públicos dedicados a esta tarea²¹. Además, los derechos de transacción también son costosos y constituyen un requisito esencial para obtener algunas de las ventajas fundamentales de la propiedad privada que no tienen sentido en el marco analítico estándar.

En el caso de los bienes privados puros, la propiedad privada permite una descentralización óptima de las decisiones porque ningún individuo está expuesto a la libertad de elegir de otros individuos. Cada nuevo conjunto de usos que mejora la utilidad del propietario del bien privado necesariamente lleva a mejoras de Pareto. Esta característica de la propiedad privada se mantiene independientemente del intercambio. Esta cualidad de la propiedad privada no aparece en un mundo de costos de transacción nulos donde los individuos toman decisiones de consumo e intercambio conjuntamente. En el escenario tradicional desaparece la principal cualidad de la propiedad privada, a saber, la posibilidad de tomar decisiones sin incurrir en los costos de hacer transacciones con otras personas²².

El costo de transacción puede ser tal que la asignación de los derechos privados valga la pena aun cuando la libertad a que tiene

²¹ Ver Holmes y Sunstein (1999) y Pagano (2000).

²² La propiedad privada de los recursos físicos es la manera más elemental de romper un equilibrio legal general en los subsistemas más simples. Esta cualidad de la propiedad privada sólo se puede apreciar en un mundo de costos de transacción positivos donde las interacciones entre estos subsistemas tienen costos. En un mundo de costos de transacción positivos, esa misma cualidad es compartida por los ordenamientos privados más complejos o las estructuras de ejercicio de la autoridad de nivel más bajo, como las empresas, que complementan las normas formales de los sistemas legales. El tipo de equilibrio legal planteado por la clasificación de Hohfeld sería imposible si muchos de los agentes que operan en estos subsistemas no compartieran la carga de eliminar el desequilibrio legal.

derecho un individuo, con respecto a su propiedad privada, involucre exposiciones a las que otros individuos no son indiferentes.

En el caso de los bienes posicionales, públicos y complementarios, la asignación de derechos de propiedad privada no puede separar las decisiones de consumo de las transacciones con otros individuos. Una externalidad se puede concebir como la imposibilidad de que los derechos de propiedad privada eliminen la interferencia entre las libertades de los diferentes individuos. Sin embargo, si dicha interferencia involucra pérdidas de bienestar suficientemente limitadas, la libre propiedad privada aun puede ser conveniente porque los costos de organizar las transacciones relativas pueden compensar las ganancias obtenidas cuando cada individuo toma en cuenta las exposiciones correlacionadas con el ejercicio de sus libertades.

En este respecto, la asignación de derechos de propiedad privada sobre los activos físicos es una manera conveniente de descentralizar las decisiones económicas en otros individuos. En el caso de los bienes privados puros, la rivalidad en el uso implica que es deseable asignar un derecho exclusivo a alguien (tal que los deberes correspondientes no interfieran con otros). De otro modo surgirían necesariamente conflictos costosos. Al mismo tiempo, la exclusión total de los beneficios y de los perjuicios (otra importante característica de los bienes privados puros) implica que los demás agentes no se ven afectados por la manera en que el propietario ejerce su libertad de consumir y asignar el bien entre usos diferentes. Por esta razón, en el caso de los bienes privados puros, la exposición a las libertades de los propietarios no tiene ningún efecto sobre otros individuos y es mejor otorgárselas a los propietarios. En forma similar, las terceras partes no son afectadas por la identidad del propietario y, por esta razón, es mejor otorgar al propietario el poder para transferir su título así como la inmunidad contra la alteración de su título por parte de otros.

Aunque en un mundo de costos de transacción positivos las virtudes de la descentralización de la propiedad privada pueden hacer deseable su institución en circunstancias alejadas de los límites estrictos de los bienes privados puros, en muchos casos es válido lo contrario.

Algunos bienes parecen pertenecer a una esfera privada y estar sujetos a una definición perfecta de derechos de propiedad privada. Pero al hacer un análisis más cuidadoso, muestra que es imposible pretender que esos derechos de propiedad privada se puedan definir fácilmente en el sentido que consideramos antes. Aquí examinaremos la dificultad para definir los derechos de propiedad privada sobre el trabajo humano y las implicaciones de esta dificultad para otros derechos y libertades relacionadas con éste mediante las complementariedades institucionales fuertes ligadas a la existencia de escasez social.

En la teoría neoclásica, la actividad humana se divide en dos partes. Una parte es un argumento de la función de utilidad y se llama ocio. La otra es un argumento de la función de producción y se llama trabajo²³. En el marco estándar no hay ninguna diferencia entre la actividad humana y otras mercancías y, en ambos casos, las normas similares rigen la definición y el intercambio de los derechos de propiedad privada. Aunque, por lo general, se admite que el capital humano no se puede comprar ni vender, en la teoría económica estándar la renta del capital humano no difiere en esencia de la renta de otros recursos.

De hecho, en un pasaje famoso, Samuelson afirmó que: “en una economía totalmente competitiva no importa quién contrata a quién” (1957, 894), una afirmación que se funda en la perfecta simetría que en la teoría neoclásica existe entre activos humanos y no humanos así como en su irrelevancia para las relaciones entre la naturaleza de la firma, su propiedad y el tipo de tecnología, la división del trabajo y el proceso de trabajo que se realiza dentro de ella.

La frase de Samuelson se puede entender cuando se advierte que en la economía ortodoxa, la competencia perfecta lleva a la misma asignación eficiente de los recursos independientemente de la distribución inicial de los derechos de propiedad, incluidos los derechos de los individuos sobre las empresas²⁴.

La economía neoclásica considera una economía totalmente competitiva, donde existen precios para todos los bienes, los derechos de propiedad sobre estos bienes están bien definidos y los agentes pueden intercambiar estos derechos sin ningún costo de transacción. En esta economía, los individuos venden sus derechos a aquellos agentes que puedan emplear los bienes, sobre los cuales están definidos los derechos,

²³ Esta formulación se debe a Walras y surgió como un compromiso entre las corrientes británica y austríaca de la revolución marginalista. Mientras que Jevons y Edgeworth subrayaron la preferencia por el trabajo y su desutilidad, Menger, Böhm-Bawerk y von Wieser tendieron a considerar que la actividad humana era similar a los demás recursos no humanos. Una división similar caracteriza a los economistas clásicos, aunque Marx ocupó una posición intermedia exigiendo que la satisfacción de la preferencia por el trabajo era el aspecto fundamental del comunismo mientras que esas preferencias no importaban en las condiciones de trabajo alienado propias del capitalismo. Para la historia completa, ver Pagano (1985).

²⁴ Podríamos argumentar con Coase (1937) que, en el marco de Samuelson, la empresa como mecanismo de asignación interna, no existe, y que la propiedad de la empresa por un agente significa simplemente que tiene derecho a contratar y a despedir. Cuando se tienen en cuenta los costos de transacción, la empresa también se debe ver como un ordenamiento privado (Fuller, 1969). Sobre la equivalencia esencial entre las visiones de Coase y de Fuller, ver Pagano (2000). Una crítica muy anterior del hecho de que la teoría neoclásica no permitía un análisis comparativo de las organizaciones de producción alternativas fue planteada por Rowthorn (1974).

en los usos donde una unidad marginal de ellos es más valiosa. En consecuencia, en competencia perfecta, la asignación final de los derechos de propiedad es Pareto eficiente: el valor de la producción se maximiza y es imposible mejorar el bienestar de un individuo sin empeorar el bienestar de otros. Las técnicas y la organización son óptimas independientemente de la distribución inicial de los derechos de propiedad. La distribución inicial de los derechos de propiedad es importante para la determinación de la distribución de la riqueza, pero no es relevante para el carácter de la organización de la producción, puesto que una economía de mercado totalmente competitiva determina endógenamente una asignación final eficiente de cualquier distribución inicial de los derechos de propiedad.

En este marco, preguntas tales como quién posee las empresas y quién contrata a quién son también irrelevantes: las técnicas y la organización de producción no se modifican debido a que, en todos los casos, son determinadas eficientemente por el sistema competitivo.

Veamos el caso en que el capital posee la empresa y contrata trabajo. Los obreros alquilan su trabajo a los capitalistas, quienes pueden emplear su fuerza de trabajo en los usos donde es más productiva en el margen y, por tanto, se puede pagar el salario más alto. Los capitalistas tienen interés en emplear no sólo el trabajo que contratan sino también su propio capital en los usos donde su productividad marginal es mayor.

Veamos ahora el caso en que el trabajo posee la empresa y contrata capital. Aquí los capitalistas alquilan su capital a las cooperativas de trabajadores que pueden emplearlo en los usos donde es más productivo en el margen y que, por ello, pueden retribuirles la renta más alta. Los trabajadores tienen interés en emplear no sólo el capital que alquilan, sino también su propio trabajo, en aquellos usos donde su productividad marginal es más elevada.

En ambos casos, en situación de equilibrio la organización de la producción es tal que la productividad marginal de cada factor es igual en cada uso y, en consecuencia, tal que se maximiza la productividad de cada factor²⁵. En una economía competitiva, todo agente racional tiene un incentivo para emplear o hacer que otros

²⁵ Cuando se tienen en cuenta adecuadamente las preferencias acerca de los usos alternativos de la fuerza de trabajo, la condición de que la productividad marginal de un factor sea la misma se debe sustituir por la de exigir que la suma de la utilidad marginal y de la productividad marginal de trabajo sea la misma en cada uso. Además, en estas condiciones, la maximización de la productividad y de la eficiencia tecnológica no son condiciones necesarias para la maximización del bienestar total de los individuos, y la segunda implica una asignación del trabajo que no coincide con la de maximización de los beneficios. Sobre este punto, ver Pagano (1983 y 1985).

agentes empleen sus recursos en aquellos usos donde arrojan los beneficios más elevados. Esto es válido para las cooperativas de trabajadores o firmas capitalistas que operan en una economía competitiva e implica la equivalencia y la eficiencia de estas instituciones alternativas. Una economía competitiva siempre lleva a una organización eficiente de la producción. En este sentido, no importa quién posee qué, ni quién contrata a quién.

Sin embargo, la simetría entre el capital y el trabajo es un resultado conjunto de tres supuestos: a) la definición y la supervisión de los derechos de propiedad privada sin ningún costo; b) la ausencia de costos en la transferencia de estos derechos y c) la división de la actividad humana entre ocio y trabajo.

El tercer supuesto implica que los seres humanos se pueden tratar de la misma manera que otros recursos no humanos. Se supone que el bienestar de los individuos sólo se ve afectado cuando se mantienen a sí mismos, pero no cuando son usados por otros en el proceso de producción. Por tanto, se supone que los individuos sólo son susceptibles de trabajar más o menos pero que no se ven afectados por la asignación de su tiempo a la producción entre usos diferentes (siempre que la cantidad de ocio se mantenga constante).

En este marco hay una simetría perfecta entre el trabajo y otros recursos no humanos. La única diferencia consiste en que los recursos humanos se pueden emplear en un proceso de producción adicional por el cual una unidad de trabajo se puede transformar en una unidad de ocio. Una vez se añade este proceso de producción ficticio a la economía, el trabajo se debe asignar entre diferentes procesos de producción de la misma manera que el acero, el hierro o los edificios; es decir, de tal manera que la productividad marginal sea igual en todos los usos posibles.

En otras palabras, el tercer supuesto implica que la parte del tiempo humano contratada por otros se puede asignar mediante una regla simple de maximización del beneficio. Los empleadores pueden adquirir temporalmente la propiedad privada del trabajo humano de los demás individuos; en particular, pueden obtener el derecho exclusivo a usar el trabajo de otros individuos y la libertad para asignarlo de acuerdo con sus intereses, en parangón con los derechos de propiedad privada sobre los activos no humanos. Sin embargo, existe una diferencia fundamental entre los activos no humanos y el trabajo: uno no puede alquilar su fuerza de trabajo a otros y marcharse. Los trabajadores no pueden ser indiferentes a la asignación del tiempo del trabajo porque es su propia asignación (¡son los mismos individuos a los que se atribuyen preferencias en el marco tradicional!). Por tanto,

en el caso del trabajo humano, la propiedad privada temporal que surge del hecho de que el capital contrata el trabajo no puede implicar las mismas libertades que los agentes contratantes tendrían en el caso de los recursos no humanos. Los trabajadores padecen necesariamente la exposición a esta clase de libertad. Este punto se torna evidente cuando añadimos que los seres humanos también pueden estar expuestos a un proceso virtuoso de aprendizaje por la experiencia o a un sistema vicioso de deterioro por la experiencia. Una exposición a la libertad sin trabas de los empleadores no sólo puede tener consecuencias de corto plazo sino también efectos duraderos sobre el bienestar de los trabajadores.

Las características peculiares del trabajo humano se tornan aún más importantes cuando se vinculan a otros dos importantes puntos que, por lo general, no son considerados de manera adecuada en el análisis neoclásico estándar, a saber, que la definición y la supervisión de los derechos así como su transferencia tienen costos. Si estos costos (que se pueden agrupar en la categoría de costos de transacción) fuesen nulos, sería posible tener una transacción separada para cada posible uso de la fuerza de trabajo. Pero cuando esta solución no es posible, se debe dar alguna “voz” a las preferencias de los trabajadores en la asignación de su trabajo y satisfacer la necesidad de invertir en un ambiente de trabajo que favorezca el proceso de aprendizaje por la experiencia. La asignación del trabajo no se puede concebir entonces como el ejercicio privado de algunos derechos que dan al empleador la libertad para dictaminar las condiciones de trabajo. Cuando se otorga esta libertad sin trabas, tenemos un modelo marxista de capitalismo clásico donde la alienación del trabajo y la falta de inversión en capital humano pueden ser dos consecuencias indeseables de unas instituciones que equiparan la relación de empleo a las demás transacciones de la esfera privada.

Un posible ordenamiento institucional alternativo al capitalismo clásico podría transferir los derechos de control de los propietarios de las máquinas a los trabajadores que podrían alquilar las máquinas o tomar dinero en préstamo y comprarlas. Esta solución equivale a transferir a los trabajadores el paquete de derechos que los empleadores tienen sobre las máquinas y el trabajo que contratan. En este caso, los trabajadores habiendo adquirido la libertad para decidir sobre el uso de su propia fuerza de trabajo, podrían tomar debidamente en cuenta sus preferencias por un buen empleo y por la capacidad para mejorar los procesos de producción. En muchos casos²⁶, ésta podría ser una buena

²⁶ Bowles y Gintis (1998) analizan las ventajas de esta solución. Algunos comentarios sobre sus argumentos se exponen en Pagano (1998).

solución. Pero podría resultar muy problemática en industrias que hacen uso intensivo de capital específico o difícil de supervisar. En este caso, los propietarios del capital se expondrían a la libertad de la administración y de los trabajadores para usar (y abusar de) su capital²⁷.

Por esta razón, la protección de los trabajadores no se suele basar en la transferencia de paquetes de derechos de los propietarios capitalistas a los trabajadores. Más bien, toma la forma de un “desempaquetamiento” de algunos derechos de propiedad y su redistribución entre diferentes agentes. Ese “desempaquetamiento” y esa redistribución se pueden ver como un tipo diferente de equilibrio legal caracterizado por posiciones legales diferentes de los propietarios capitalistas y los trabajadores. Estas posiciones legales también deben estar vinculadas por las complementariedades institucionales fuertes ligadas a la escasez social.

En las economías capitalistas del mundo real, los trabajadores han adquirido a veces dos tipos de derechos con respecto al trabajo que desempeñan. En algunos casos (muy frecuentes en el tipo de capitalismo de compañías de trabajadores característico de la economía japonesa) tienen derecho a un trabajo no especificado en una organización particular durante largo tiempo y, en otros, hasta la jubilación. En otros casos (propios del tipo de capitalismo sindicalizado que se desarrolló en la economía alemana) un sindicato de trabajadores puede tener el derecho exclusivo a desempeñar ciertos trabajos bien especificados en todas las organizaciones, pero el trabajador individual no tiene el derecho a un trabajo en una organización particular; la especificación del contenido de estos trabajos y el entrenamiento correspondiente son acordados por los sindicatos y las asociaciones de empleadores.

Los ejemplos que hemos mencionado corresponden a tipos de “desempaquetamiento” y redistribución de los derechos sobre los activos físicos diferentes de los que existen en el *capitalismo taylorista clásico*²⁸, donde los trabajadores no tienen ninguno de estos derechos. Sin embargo, más relevante aún es que las condiciones de escasez legal propias de un equilibrio legal implican que este “desempaquetamiento” de los derechos replantea las relaciones que definen la propiedad privada de los activos físicos en el capitalismo clásico.

Examinemos primero el caso del capitalismo de compañías de trabajadores. Si un trabajador tiene derecho a seguridad en el trabajo,

²⁷ En forma similar, en estas industrias, los financistas que prestaron su capital contra una garantía difícil de supervisar y específica se expondrían a riesgos de expropiación.

²⁸ Para una definición más precisa de capitalismo clásico, capitalismo de compañías de trabajadores y capitalismo sindicalizado, ver Pagano (1991a). Para una explicación (muy corta) de las razones para que las tres principales economías occidentales hayan desarrollado equilibrios organizacionales alternativos, ver la sección de conclusiones de Pagano (1993).

los propietarios de los activos físicos no tienen libertad para emplear los recursos de la empresa sin ese trabajador. Por consiguiente, los empleadores no tienen la libertad para usar los activos físicos que sí tienen en el capitalismo clásico. Por tanto, el capitalismo de compañías de trabajadores involucra el “desempaquetamiento” y la redistribución de una libertad sobre los recursos físicos que pertenece a los empleadores en el capitalismo clásico.

Así mismo, si en el caso del capitalismo sindicalizado únicamente los trabajadores que tienen ciertas calificaciones y pertenecen a cierto sindicato tienen el derecho a trabajar en una actividad, los propietarios de los activos no tienen la libertad para emplear el activo con otros trabajadores. Además, si las asociaciones de empleadores y los sindicatos tienen derecho a especificar y estandarizar el carácter de los trabajos que se realizan en las empresas, la propiedad de los activos físicos no implica la libertad para emplear los recursos con cualquier tipo de organización de la producción. Por tanto, de manera similar al capitalismo de trabajadores, en el capitalismo sindicalizado se “desempaquetan” y redistribuyen algunos derechos que los propietarios de los recursos poseían en el capitalismo clásico.

Veamos de qué manera los tipos híbridos de organización llevarían a una violación de las condiciones de escasez social que caracterizan a los equilibrios legales. Dicha situación surgiría, si los trabajadores esperan un derecho a la seguridad en el trabajo y/o el acceso exclusivo a la codefinición de una ocupación mientras que, al mismo tiempo, los propietarios de activos físicos esperan tener la libertad absoluta para emplear sus recursos con cualquier trabajador. Aunque los empleadores pueden conservar otras libertades (como la posibilidad de modificar la asignación de las máquinas para alterar la combinación de productos), se debe “desempaquetar” una libertad particular y reemplazarla por un deber. De otro modo, los derechos de los trabajadores no estarían en equilibrio con los deberes de los empleadores y aquéllos estarían expuestos a la libertad absoluta de estos últimos.

Un sistema financiero basado en el mecanismo de adquisición de empresas como mecanismo de control ex post de las decisiones ineficientes de la gerencia puede requerir que los nuevos propietarios ejerzan una libertad absoluta después de la adquisición. Esta libertad estaría en desequilibrio legal con respecto a los derechos que tienen los trabajadores en el capitalismo sindicalizado o de compañías de trabajadores.

En contraste, el sistema financiero basado en la banca que se funda en un sistema contingente de derechos de propiedad de los financistas (Aoki, 2000), puede estar en equilibrio con estos derechos. En un sistema financiero basado en la banca, la libertad de los financistas para interferir

se limita al caso en que la gerencia y los trabajadores de la compañía que ha recibido préstamos no puedan cancelar sus deudas.

Por tanto, los mercados financieros y de trabajo deben satisfacer las condiciones de complementariedad institucional fuertes ligadas a la restricción de escasez social que caracteriza a los equilibrios legales. Ambos dominios están vinculados además por condiciones de complementariedad institucional débiles en un doble sentido:

a) en el dominio del mercado financiero, el sistema basado en los bancos es marginalmente mejor que el sistema dominado por accionistas cuando se dan algunas formas de derechos a los participantes en el dominio del mercado de trabajo (en vez de la falta de derechos típica del sistema clásico);

b) en el dominio del mercado de trabajo, la falta de derechos es marginalmente mejor que los derechos de sus participantes cuando en el dominio del mercado financiero prevalece un sistema de accionistas (en vez de un sistema basado en los bancos).

Las condiciones de complementariedad institucional débiles también se derivan del hecho de que cada uno de estos ordenamientos debe satisfacer las condiciones de complementariedad institucional fuertes que caracterizan a los equilibrios legales. Cuando se juntan las libertades de los accionistas y los derechos de los participantes, no se satisface la restricción de escasez social y surgen conflictos costosos. En forma similar, cuando prevalece un sistema basado en los bancos y los participantes no tienen ningún derecho, las libertades de interferencia de los financistas se pueden incrementar sin reducir los derechos de los trabajadores. Aquí, la ineficiencia de un ajuste institucional insatisfactorio surge del hecho de que estaríamos en un punto interior del conjunto factible definido por los ordenamientos sociales que satisfacen la restricción de escasez social. Las condiciones de supermodularidad se derivarían del hecho de que estamos peor cuando estamos fuera o dentro del conjunto de ordenamientos factibles que satisfacen la restricción de escasez social que caracteriza a los equilibrios legales.

COMPLEMENTARIEDADES INSTITUCIONALES DÉBILES Y EQUILIBRIOS ORGANIZACIONALES

Aunque las relaciones de complementariedad institucional fuertes ligadas a los equilibrios legales también implican la existencia de complementariedades institucionales débiles entre las posiciones legales, también pueden existir complementariedades institucionales débiles independientemente de las fuertes. En particular, cada sistema de posiciones legales puede estar vinculado por relaciones de

complementariedad débiles con el tipo de recursos (es decir, con la tecnología) a los que se aplican las relaciones legales. Estas relaciones sólo son débiles en el sentido de que no tienen que satisfacer la restricción de escasez social que caracteriza a los equilibrios legales. Sin embargo, desempeñan un papel muy importante en la determinación de la factibilidad económica de un equilibrio legal particular.

Las relaciones entre derechos y tecnología han sido tradicionalmente muy controvertidas. Eran parte del núcleo de la teoría marxista de la historia y últimamente atraen la atención de los economistas neoinstitucionalistas y radicales, que subrayan una de las dos posibles direcciones de causalidad entre derechos y tecnología. Sin embargo, estos dos enfoques se deben ver, más bien, como dos maneras complementarias de poner en duda el “supuesto de doble neutralidad” implícito en la afirmación de Samuelson. Ambos pueden compartir la conclusión de que los diferentes sistemas de derechos y de tecnologías pueden ser complementos institucionales y llevar a la existencia de equilibrios organizacionales múltiples.

La tecnología deja de ser neutral en un mundo de costos de transacción positivos. El empleo de factores distintos puede estar asociado con costos de agencia diferentes debido a que es relativamente más costoso supervisar y proteger algunos factores contra los riesgos de inversiones específicas. Examinemos el caso en que sólo tenemos dos factores: el factor 1 y el factor 2. El costo de agencia que debe tener el factor 1 para contratar el factor 2 será en general diferente del costo que debe tener el factor 2 cuando se contrata el factor 1. Definamos ahora a T_1 y T_2 como dos tecnologías tales que T_1 tiene mayor intensidad de costos de agencia del factor 1 con respecto a T_2 . Llamemos P_1 al sistema de derechos de propiedad donde 1 contrata a 2 y P_2 al sistema de derechos de propiedad donde 2 contrata a 1. La elección entre P_1 y P_2 ocurre en el dominio P , donde los financistas, los corredores de acciones y diversos tipos de inversionistas buscan el sistema óptimo de derechos de propiedad dada la tecnología prevaleciente. En cambio, la elección entre T_1 y T_2 ocurre en el dominio T , donde los gerentes de producción, los ingenieros y todo tipo de tecnólogos buscan la tecnología óptima dado el sistema de derechos de propiedad prevaleciente.

Ahora podemos mostrar que las relaciones entre tecnologías y derechos de propiedad satisfacen las siguientes condiciones:

i') el beneficio adicional de tener el sistema de derechos de propiedad P_1 en vez del sistema de derechos de propiedad P_2 en el dominio P es mayor cuando en el dominio T se elige la tecnología T_1 (en vez de la tecnología T_2);

II') el beneficio adicional de tener la tecnología T_2 en vez de la tecnología T_1 en el dominio T es mayor cuando en el dominio P se elige el sistema de derechos de propiedad P_2 (en vez del sistema de derechos de propiedad P_1).

En otras palabras, ahora vamos a argumentar que I') y II') satisfacen las condiciones de supermodularidad I) y II).

De hecho, I') coincide con lo que se puede llamar el "supuesto neoinstitucionalista"²⁹. Un sistema de derechos de propiedad P_1 es marginalmente mejor que P_2 si el factor 1 puede ahorrar una porción mayor de costos de agencia. Esto ocurre cuando la tecnología prevaleciente en el dominio T es T_1 (en vez de T_2). Puesto que con la tecnología T_1 el costo de agencia que enfrenta 2 cuando emplea 1 es mayor que con la tecnología T_2 , con la primera tecnología el agente 1 puede ahorrar marginalmente más en costos de agencia que con la última tecnología. Por tanto, la ventaja relativa de P_1 sobre P_2 aumenta cuando en el dominio T se emplea T_1 (en vez de T_2).

El significado económico de II') es también bastante claro y coincide con lo que en otros artículos³⁰ hemos llamado el "supuesto radical". De manera análoga, una tecnología T_2 es marginalmente mejor que una tecnología T_1 si nos permite ahorrar una porción mayor (o gastar una porción menor) en costos de agencia. Cuando en el dominio P prevalece el sistema de derechos de propiedad P_2 (en vez de P_1), se ahorra parte de los costos de agencia de emplear el factor 2, mientras que los costos de agencia de emplear el factor 1 se pagan totalmente. Por tanto, la ventaja relativa de la tecnología T_2 sobre T_1 aumenta cuando en el dominio P se adopta P_2 (en vez de P_1).

Por consiguiente, $(P_1 T_1)$ y $(P_2 T_2)$ satisfacen las condiciones de supermodularidad y pueden dar lugar a equilibrios organizacionales múltiples³¹, es decir, pueden ser complementos institucionales.

Observemos el carácter autorreforzador de estos equilibrios. P_1 se refuerza por la existencia de T_1 en el dominio T y T_1 se refuerza por la existencia de P_1 en el dominio P. En forma similar, P_2 se refuerza por la

²⁹ Esto se relaciona claramente con los trabajos seminales de Alchian y Demsetz (1972) y Williamson (1985).

³⁰ Ver, por ejemplo, Pagano (1991b, 1993), Pagano y Rowthorn (1994 y 1996) y Pagano (2001).

³¹ Los equilibrios organizacionales definen situaciones donde la tecnología es óptima dados los derechos de propiedad vigentes, y los derechos de propiedad son óptimos dada la tecnología. El análisis formal del equilibrio organizacional muestra las condiciones exactas en que podemos tener equilibrios organizacionales múltiples y que el conjunto de costos de agencia para el que existen equilibrios múltiples se incrementa con la elasticidad de sustitución entre factores. Las propiedades de estabilidad institucional ante choques de costos de agencia dependen también del valor de la elasticidad de sustitución. Ver Pagano (1991b y 1993) y Pagano y Rowthorn (1994 y 1996).

existencia de T_2 en el dominio T y T_2 se refuerza por la existencia de P_2 en el dominio P . Pese a que nuestro análisis se ha enmarcado en un mundo de 2 factores, esta característica de autorreforzamiento no se pierde cuando la complejidad del sistema aumenta porque hay más factores, más tecnologías y sistemas de derechos de propiedad más sofisticados.

En general, es posible que el “desempaquetamiento” y la redistribución de los derechos (típicos de las formas de capitalismo no clásico que examinamos en la sección anterior) diluyan los incentivos de los propietarios del capital para invertir en activos físicos con altos costos de agencia, cuya depreciación inducida por el usuario no se puede supervisar sin mayor esfuerzo, y que no se pueden reasignar fácilmente a usos alternativos.

Sin embargo, el “desempaquetamiento” y la redistribución de los derechos pueden tener efectos de incentivos positivos sobre los costos de agencia del capital humano. En el caso del capitalismo de compañías de trabajadores, la seguridad del trabajo puede favorecer las inversiones en capital humano específicas de la empresa, que así se protege contra la amenaza de terminación “sin justa causa”. Y, en el caso del capitalismo sindicalizado, la estandarización de los trabajos en las empresas, en cuanto protege la generalidad del aprendizaje adquirido por la experiencia, favorece las inversiones en capital humano que se puede utilizar en otras empresas en caso de terminación de un trabajo (o, en otras palabras, este sistema de derechos crea un mercado de trabajadores calificados)³². En ambos casos, el sentido de pertenencia a una empresa o a un sindicato de oficio y la satisfacción del aprendizaje por la experiencia hacen que sea menos costoso el trabajo difícil de supervisar.

Por tanto, las tecnologías que emplean trabajo no calificado genérico y fácil de supervisar y alta intensidad de capital específico y difícil de supervisar son marginalmente mejores que las tecnologías alternativas cuando en el dominio de los derechos de propiedad prevalece el sistema de derechos del capitalismo clásico frente a las formas alternativas de derechos de propiedad, aunque esto no es cierto en estas últimas. En este sentido, podemos pensar que la dirección de causalidad entre derechos y tecnologías también se mantiene en los casos más complejos. Sin embargo, también es posible que se presente la dirección de causalidad contraria y que surja fácilmente un mecanismo autorreforzador que genera equilibrios organizacionales múltiples.

³² Por tanto, los sindicatos y las asociaciones de empleadores, que normalmente se ven como impedimentos para el libre funcionamiento de los mercados eficientes pueden, al mismo tiempo, ser premisas institucionales para un sistema de derechos de propiedad que permiten la existencia de mercados de trabajo calificado. Sobre este punto, ver la sección 4 de Pagano (1991a).

Cabe observar que es probable que el “desempaquetamiento” y la redistribución de los derechos den forma al carácter de los recursos de una manera autosostenida.

En condiciones de capitalismo de compañías de trabajadores y de capitalismo sindicalizado, el truncamiento de los derechos de los propietarios de los activos puede ocasionar el subempleo del capital físico con altos costos de agencia. A su vez, este subempleo puede llevar a que los propietarios de los activos valoren menos los derechos sobre los recursos físicos que se redistribuyeron a los trabajadores. Si se permite que los nuevos derechos sobrevivan un período suficientemente largo, después de algún tiempo tendríamos una menor intensidad de capital con altos costos de agencia consistente con los nuevos derechos.

En condiciones de capitalismo de compañías de trabajadores o de capitalismo sindicalizado, ocurrirá un proceso autorreforzador similar entre la naturaleza del capital humano y los derechos. En el primer caso, el incremento del empleo del capital humano específico a la firma incrementa el valor de los derechos de los trabajadores a trabajos específicos de la firma. En el segundo, el incremento del empleo de capital humano de propósito general (pero específico al negocio) induce a los trabajadores a dar mayor valor a los derechos que su sindicato tiene en ese negocio particular.

En ambos sistemas los trabajadores tienen un mayor incentivo para adquirir el conocimiento que pueda ser útil para realizar sus tareas; en contraste, se reducen los incentivos de los gerentes y los propietarios de activos para adquirir el conocimiento necesario para dirigir el proceso de trabajo. En ambos casos, el “desempaquetamiento” y la redistribución de los derechos sobre los activos físicos tienden a generar una complementariedad tecnológica diferente caracterizada por una distribución distinta de las características de especificidad, así como información asimétrica. Al mismo tiempo, estos tipos alternativos de tecnologías pueden hacer más o menos conveniente el “desempaquetamiento” y la redistribución de los derechos y favorecer los sistemas complementarios de derechos.

CONCLUSIÓN

Aunque los derechos prevalecientes en el dominio de los mercados financieros y en el dominio del mercado de trabajo deben satisfacer las condiciones de complementariedad institucional fuertes que caracterizan a los equilibrios legales, es posible que la relación entre los derechos de los financistas y de los trabajadores y la tecnología de

cada sistema sólo satisfagan las condiciones de complementariedad institucional débiles.

En el primer caso, las condiciones de supermodularidad se derivan del hecho de que la restricción de escasez social que caracteriza a las relaciones entre posiciones legales implica que el desequilibrio legal tiene costos. Las diferentes posiciones mejoran marginalmente en cada dominio cuando se ajustan *ex ante* en un equilibrio legal con las posiciones legales existentes en otros dominios. De otro modo, surgirá un desequilibrio costoso *ex post* y disminuirá los beneficios derivados de esas posiciones legales.

En el segundo caso, las diferentes posiciones legales (tomadas en conjunto y posiblemente definiendo un equilibrio legal) son marginalmente mejores en su propio dominio cuando se ajustan en un equilibrio organizacional consistente con la naturaleza de la tecnología y las características de los recursos (que son moldeadas por decisiones que se toman en otro dominio). Aquí, las condiciones de supermodularidad no se derivan de los costos (*ex post*) de los conflictos, sino del hecho de que los beneficios que se derivan de cierto conjunto de posiciones legales son marginalmente mayores cuando se ajustan a cierta tecnología (y no a otra tecnología) y viceversa. En este caso, el desajuste entre los derechos y las tecnologías, o desequilibrio organizacional, sólo es costoso indirectamente. Los individuos no experimentan directamente los conflictos de un desequilibrio costoso sino que pueden entender que podrían estar mejor pasando a situaciones donde las decisiones tomadas en los diferentes dominios se ajustan entre sí. En este sentido, nos referimos a estos como casos de complementariedad institucional débil y, en nuestra opinión, es útil distinguirlos de los casos de complementariedad institucional fuerte que surgen de la escasez social.

No obstante, se deben considerar algunos niveles más elevados de complementariedad institucional donde todas las relaciones de complementariedad, fuertes y débiles, se influyen mutuamente. Vimos que el carácter posicional de las relaciones legales implica una creación constante de derechos inconsistentes y un desequilibrio legal costoso. Dicho desequilibrio legal puede llevar a menudo a un desequilibrio organizacional y generar procesos que no se limitan a las relaciones existentes entre las diferentes posiciones legales. De manera similar, el cambio tecnológico puede producir situaciones de desequilibrio organizacional con cierta atribución de los derechos. Aunque es posible que el sistema pase ordenadamente a una nueva atribución consistente de derechos que se ajustan a la nueva tecnología, también puede suceder que ese desequilibrio organizacional lleve a un desequilibrio legal.

En suma, el sistema puede experimentar fácilmente una dinámica bastante compleja donde las complementariedades débiles y fuertes actúan recíprocamente. Pese a ello, este artículo analiza cada complementariedad institucional por separado. Por tanto, a lo sumo puede ofrecer material preliminar para el estudio de estas interacciones complejas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alchian y Demsetz. 1972. "Production, Information Costs and Economic Organisation", *American Economic Review* 62, pp. 777-95.
- Aron, R. 1986. "Macht, Power, Puissance: Democratic Prose or Demoniactal Poetry?", Lukes, S., ed., 1986, *Power*, Oxford, Blackwell.
- Aoki, M. 2000. *Information, Corporate Governance, and Institutional Diversity*, Oxford and New York, Oxford University Press.
- Aoki, M. 2001. *Towards a Comparative Institutional Analysis*, Cambridge, MIT Press.
- Bobbio, N. 1990. *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi.
- Bowles, S. y H. Gintis. 1998. "Efficient Redistributions: New Rules for Markets, States and Communities", Bowles, S. y H. Gintis, eds., *Recasting Egalitarianism*, London and New York, Verso.
- Bowles, S. y H. Gintis. 1999. "Power in Competitive Exchange", Bowles, S.; M. Franzini y U. Pagano, 1999, *The Politics and the Economics of Power*, London, Routledge, pp. 13-31.
- Bowles, S.; M. Franzini y U. Pagano. 1999. "Introduction: Trespassing the Boundaries of Politics and Economics", Bowles, S.; M. Franzini y U. Pagano, 1999, *The Politics and the Economics of Power*, London, Routledge, pp. 1-11.
- Coase, R. H. 1937. "The Nature of the Firm", *Economica*, pp. 386-405. Reimpreso en Coase, R. H., 1988, *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, University of Chicago Press, pp. 1-57.
- Commons, J. R. 1924. *Legal Foundations of Capitalism*, Clifton, Augustus M. Kelley Publishers, [reimpresión, 1974].
- Ferrajoli, L. 1993. "Il Diritto come sistema di garanzie", *Ragion Pratica* 1, pp. 143-162.
- Finnis, J. 1980. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press.
- Frank, R. H. 1985. "The Demand for Unobservable and Other Non-Positional Goods", *American Economic Review* 75, pp. 101-116.
- Fuller, L. L. 1958. "Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review* 71. Reimpreso en Feinberg, J. y H. Gross, 1991, *Philosophy of Law*, Belmont, California, Wadsworth Publishing Company.
- Fuller, L. L. 1963. "Collective Bargaining and the Arbitrator", *Wisconsin Law Review*, pp. 3-46.
- Fuller, L. L. 1969. *The Morality of Law*, Edición revisada, New Haven and London, Yale University Press.
- Gianformaggio, L. 1993. "Diritto e ragione fra essere e dovere essere", *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Turín, Giappichelli.

- Hart, H. L. 1958. "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review* 71. Reimpreso in Feinberg, J. y H. Gross, 1991, *Philosophy of Law*, California, Belmont, Wadsworth Publishing Company, pp. 48-81.
- Hart, H. L. 1961. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon.
- Hayek, F. 1973. *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Hodgson, G. M. 1988. *Economics and Institutions*, Oxford, Polity Press.
- Hodgson, G. M. 1998. "The Approach of Institutional Economics", *Journal of Economic Literature* 36, pp. 166-192.
- Hohfeld, W. N. 1919. *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven and London, Yale University Press.
- Holmes, S. y C. R. Sunstein. 1999. *The Costs of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, New York and London, W. W. Norton & Company.
- Kelsen, H. 1992. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Traducción de la primera edición de *Reine Rechtlehre*, Oxford, Clarendon Press.
- Kramer, M. 1998. "Rights without Trimmings", Kramer, M.; N. E. Simmonds y H. Steiner, *A Debate over Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- Kramer, M. 2001. "Getting Rights Right", Kramer, M., ed., *Rights, Wrongs and Responsibilities*, Basingstoke and New York, Palgrave.
- Lawson, T. 1997. *Economics and Reality*, London and New York, Routledge.
- Lukes, S., ed. 1986. *Power*, Oxford, Blackwell.
- Leoni, B. 1980. *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, Milán, Giuffré.
- Milgrom, P. y J. Roberts. 1990. "Rationalizability, Learning and Equilibrium Games with Strategic Complementarities", *Econometrica* 59, pp. 511-528.
- Nicita, A. 1999. "Endogenous Outside Options, Incomplete Contracts and the Nature of the Firm", *Quaderni del Dipartimento di Economia Politica* 250, Universidad de Siena.
- Nicita, A. 2001. "The Firm as an Evolutionary Enforcement Device". Próxima publicación en Nicita, A. y U. Pagano, eds., *The Evolution of Economic Diversity*, London, Routledge.
- Pagano, U. 1983. "Profit Maximization, Industrial Democracy and the Allocation of Labour", *The Manchester School* 2, pp. 159-183.
- Pagano, U. 1985. *Work and Welfare in Economic Theory*, Oxford, Basil Blackwell.
- Pagano, U. 1991a. "Property Rights, Asset Specificity, and the Division of Labour under Alternative Capitalist Relations", *Cambridge Journal of Economics* 15, 3. Reimpreso en Hodgson, G. 1993, *The Economics of Institutions*, Cheltenham, Edward Elgar.
- Pagano, U. 1991b. "Property Rights Equilibria and Institutional Stability", *Economic Notes* 2, 2, pp. 189-228.
- Pagano, U. 1993. "Organizational Equilibria and Institutional Stability", Bowles, S.; H. Gintis y B. Gustafson, eds., *Markets and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Pagano, U. 1995. "Diritto", Boitani, A. y G. Rodano, eds., *Relazioni pericolose. L'avventura dell'economia nella cultura contemporanea*, Bari, Laterza, pp. 291-315.

- Pagano, U. 1998. "Redistributions of Assets and Distributions of Asymmetric Information", Bowles, S. y H. Gintis, eds., *Recasting Egalitarianism*, London and New York, Verso.
- Pagano, U. 1999. "Is Power an Economic Good? Notes on Social Scarcity and the Economics of Positional Goods", Bowles, S.; M. Franzini y U. Pagano, 1999, *The Politics and the Economics of Power*, London, Routledge, pp. 63-85.
- Pagano, U. 2000. "Public Markets, Private Orderings and Corporate Governance", *International Review of Law and Economics* 20, 4, pp. 453-477.
- Pagano, U. 2001. "The Origin of Organizational Species", Nicita, A. y U. Pagano, eds., *The Evolution of Economic Diversity*, pp. 21-48, London, Routledge.
- Pagano, U. y R. Rowthorn. 1994. "Ownership, Technology and Institutional Stability", *Structural Change and Economic Dynamics* 5, 2, pp. 221-243.
- Pagano, U. y R. Rowthorn. 1996. "The Competitive Selection of Democratic Firms in a World of Self-Sustaining Institutions", Pagano U. y R. Rowthorn, eds., *Democracy and Efficiency in the Economic Enterprise*, London, Routledge, pp. 116-145.
- Parsons. 1986. "Power and the Social System", Lukes S., ed., *Power*, Oxford, Blackwell.
- Rowthorn, R. 1974. "Neo-classicism, Neo-Ricardianism and Marxism", *New Left Review* 86, pp. 63-82.
- Samuelson, P. 1957. "Wage and Interest: A Modern Dissection of Marxian Economic Models", *American Economic Review* 47, pp. 884-912.
- Simmonds, N. E. 1986. *Central Issues in Jurisprudence. Justice, Law and Rights*, London, Sweet & Maxwell.
- Steiger, O. 1987. "Ex-ante and ex-post", Eatwell, J.; M. Milgate y P. Newman, *The New Palgrave. A Dictionary of Economics*, London, Macmillan, pp. 199-201.
- Wellman, C. 1978. "A New Conception of Human Rights", Kamenka, E. y A. E. S. Tay, *Human Rights*, London, Edward Arnold.
- Williamson, O. E. 1985. *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, The Free Press.
- Williamson, O. E. 1996. *The Mechanisms of Governance*, Oxford, Oxford University Press.