

# EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE DAÑOS Elementos para una aproximación

(Publicado en *Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina*, Número Especial sobre "Derecho y Economía", 17 de mayo de 2006)

Hugo A. Acciarri \*

## I.- Algunas precisiones preliminares.

Presentar el análisis económico del Derecho de Daños de un modo accesible para un lector con la formación jurídica tradicional de Europa Continental o de Latinoamérica plantea algunos problemas típicos. En primer lugar, no es sencillo aislar aquello que se intenta describir.<sup>1</sup> Suele

---

\*Profesor Titular de la asignatura *Derecho de Daños* y Co-Director del Grupo de Investigación sobre el tema "*Derecho de Daños, Análisis Económico y Diseño Institucional*". Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca)

<sup>1</sup> CHIASONI, P., en "Análisis económica del diritto, formularismo, realismo", en *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza analitica, 1990*, Giappichelli Editore, distingue, por ejemplo, siete significados diferentes de la expresión "*law and economics*", en general pero que, adecuando su alcance, también pueden aplicarse a esta materia específica. Las mismas serían : a) como disciplinas autónomas; b) cualquier aproximación interdisciplinaria; c) cualquier disciplina que tenga por objeto la interacción de los fenómenos jurídicos y económicos; d) un particular movimiento de pensamiento, en vigencia entre la mitad de los 50 y el comienzo de los 70; e) una corriente de pensamiento ("*new law and economics*") que tiene comienzo a principios de los 70; f) la denominación de una asignatura universitaria; g) un modo de aproximación a los problemas jurídicos, empleado por la corriente del 'nuevo' *law and economics*. En cuanto a la expresión "*economic analysis of law*", la misma comparte con la anterior las acepciones d), e), f) y g) y agrega una más: es usada para denotar el producto de la utilización de las nociones, modo de pensar, métodos o criterios económicos para abordar la problemática jurídica. Esta clasificación ha sido cuestionada por inútilmente detallista. No obstante, resulta útil referirla siquiera para advertir los riesgos de opinar indiscriminadamente acerca de cuestiones que no son idénticas, aunque compartan la misma etiqueta. Intencionalmente, dado los propósitos de este trabajo, en lo sucesivo utilizaré de un modo muy amplio este tipo de rúbricas.

ser bastante frecuente, por ejemplo, encontrar posiciones que dan por sentado que el *análisis económico del Derecho de Daños* (en adelante, también, *AEDD* -y *AED*, por análisis económico del Derecho en general-) es algo que se define por sus *objetivos*: que juzga distintas posibilidades de regulación jurídica en la materia para elegir y aconsejar aquella que sea más adecuada para lograr objetivos de *eficiencia* (sea lo que fuera que este término signifique para quienes lo invocan)<sup>2</sup>, con independencia de cualesquiera otros valores implicados. Otras veces, en cambio, se pone énfasis en ciertas *cuestiones de método*: en general, en algunas asunciones iniciales que se emplean como puntos de partida para el análisis, función que suelen cumplir ciertas hipótesis sobre el modo en que se comportan los individuos. En este sentido, se acostumbra dar por sentado, por ejemplo, que el *AEDD* - para ser *verdaderamente* tal-, debe suponer que el comportamiento humano responde a alguna clase específica de egoísmo o que todas las personas tienen información perfecta acerca del mundo y del resultado de sus acciones. No faltan tampoco quienes entienden que ambas condiciones -las concernientes a los objetivos y aquellas relativas al método- son conjuntamente necesarias para caracterizar este tipo de análisis.

De un modo muy general se suele afirmar que el *AEDD* (y, de modo más amplio, el *AED*), implica una modalidad de análisis propia de una disciplina (la Economía), proyectada sobre materiales u objetos propios de otra (el Derecho). Sin embargo, afirmar que ese es el sentido del análisis, quizás no arroje demasiada luz sobre el asunto. Aún cuando se asuma que el interlocutor conoce razonablemente qué es el Derecho -lo cual es reconocidamente arduo- no es menos exigente establecer los límites de la Economía. En ese campo, hay materias que tradicionalmente se consideraron propias de esa disciplina y otras que sólo recientemente ocupan a los economistas. Aunque son motivo de su preocupación, no son el dinero, el comercio o la producción industrial sus únicos intereses sino que su espectro es -hoy- mucho más amplio y creciente. En la actualidad, en concreto, no es sencillo saber si un concepto, una clase de

---

<sup>2</sup> El empleo de este término suele ser fuente de malos entendidos, en cuanto a veces se confunden algunos de los sentidos del término "eficiencia", según se lo usa en el lenguaje corriente, con los significados técnicos específicos con los que se emplea ese mismo término en los desarrollos técnicos específicos. Más adelante volveré brevemente sobre este punto.

conductas o un modo de tratar ciertos temas, pueden integrarse o no área de interés de la Economía. Toda respuesta negativa al respecto puede ser sospechada de estrechez.

Pero si los campos de cada una de las materias implicadas son difíciles de delimitar, es todavía más complejo comprender la clase de relación que se pretende establecer entre ambas disciplinas. Esas interacciones pueden ser, por cierto, de tipos muy diferentes. Imaginemos, por ejemplo, que un crítico de arte se propusiera realizar un análisis *artístico o estético* de la agricultura y que, con ese propósito, evaluara objetos relacionados de algún modo con esta actividad (pensemos en campos cultivados). Tomando como referencia algún canon aceptable de su especialidad seguramente podría encontrar sembradíos mas pintorescos que otros, algunos mas encomiables y otros carentes de valor. Pero sería difícil que este hipotético analista pensara que está aportando algo que vaya a servir a las faenas del campo. Sería demasiado optimista de su parte creer que los productores rurales van a modificar lo que venían haciendo luego de que un experto en arte les muestre, con suficiente claridad, las consecuencias de sus decisiones sobre los aspectos que interesan a las artes plásticas. Pensemos en el crítico-analista dirigiéndose a un agricultor en estos términos: *“Usted, hasta ahora, ha estado cultivando soja. Puedo advertirle que la historia de las artes plásticas no muestra un registro abundante de buenos cuadros inspirados en ese cultivo. Sí, en cambio, hay obras maestras que pintan campos de girasol o cosechas de trigo. Espero que esta conclusión le sirva, aun de modo parcial, para sus futuras decisiones”*.

En el ejemplo que antecede se ve que no todo análisis que se haga desde una disciplina sobre materias entendidamente concernientes a otras actividades humanas, puede tener la pretensión de ser útil para las actividades objeto de ese análisis. El análisis económico del Derecho, sin embargo, se ha planteado en general como un método de estudio que *intenta ser operativo o influyente sobre la materia analizada*. Ello determina que desde el campo jurídico suela vérselo con desconfianza, con base en lo que algunos perciben como una subordinación del Derecho a la Economía.

Resulta interesante observar, sin embargo, que el tipo de consecuencias que la Economía intenta prever y evaluar no resulta indiferente a los profesionales del Derecho. Mientras que al agricultor quizás lo

tengan muy sin cuidado las implicancias estéticas de sus actividades, no parecen totalmente ajenas a la preocupación de los juristas las consecuencias sociales de las diferentes posibilidades de regulación de una materia o siquiera de interpretación y de aplicación de las normas que la componen.

Entre muchas, las incomprendiones entre economistas y profesionales de las disciplinas jurídicas pueden tener una explicación parcial, quizás, en la modalidad de estudio que signa su formación. En el ámbito anglosajón, se ha advertido que la enseñanza de la Economía parte de una teoría general y transcurre hacia ejemplos particulares, mientras que, en esos países, se enseña Derecho a partir de casos reales *sin llegar nunca a una teoría general*.<sup>3</sup> En los países de tradición romanista, en cambio, las distintas ramas del Derecho se enseñan de un modo diferente, que podría *parecerse* a la exposición de una teoría general: se enseña, por ejemplo, qué es la responsabilidad por daños en general, sus elementos, etc., y luego se pasa a los casos particulares de responsabilidad, y dentro de ellos, a ciertas variantes de interés. No obstante, la principal diferencia entre esta modalidad y aquella con la que se forman los economistas, es que -fuera de las asignaturas que se ocupan de la historia del pensamiento económico y de ciertos hechos económicos relevantes- la *teoría económica* se enseña de modo a-histórico, como un producto acabado y unitario, con una idea de *corriente principal* de pensamiento fuertemente definida y un rol muy subordinado para las ideas divergentes o lo que se consideran particularizaciones o *refinamientos*.

En la enseñanza habitual del Derecho romanista, al contrario, es frecuente comenzar por la evolución histórica de cada institución y proseguir a través de muchos debates sobre diferentes aspectos (su encuadre entre géneros más abarcativos de instituciones, sus elementos constitutivos, etc.), en los que se revisan posiciones contrapuestas, sin que haya una decisión acabada y final sobre ninguno. La justificación de las posiciones rivales sobre cada aspecto particular, a su vez, suele basarse en fundamentos variados: algunas veces se invocan razones de consistencia deductiva (“*si x es un contrato y los contratos crean obligaciones, luego x crea obligaciones*”), aún cuando ello implique asumir ciertas bases

---

<sup>3</sup> COOTER, R. y ULEN, T., *Law & Economics*, 2ª ed., Addison Wesley (1997), p. ix, prefacio.

que resultarían bastante extrañas para el ciudadano común, como por ejemplo que “el legislador” no se equivoca -asumiendo, además, que siempre hay algún modo de “descubrir” que esa autoridad legislativa mantiene la consistencia de sus productos-. Otras veces, en cambio, se invocan ideas más o menos intuitivas de justicia, y se afirma por ejemplo, que debe exigirse cierto requisito para considerar configurada la responsabilidad de un sujeto, porque ello resulta *justo* -aunque esa exigencia no surja a primera vista-. Algunas veces, en particular, se da por sentado que una cierta interpretación de las normas vigentes favorecería la realización de ciertas conductas que se consideran inmorales o inadecuadas, y por lo tanto debe descartarse, para dar lugar a otra interpretación diferente. Muchas veces, todavía, se da por sobreentendido que diversos modos de justificar una interpretación dan resultados necesariamente idénticos -resultados que, además, suelen coincidir con las valoraciones de quien los expone o emplea-.<sup>4</sup>

No es el objetivo de estos párrafos reflexionar sobre la bondad de los métodos de enseñanza de ninguna de ambas disciplinas. Sin embargo, parece interesante señalar que esos modos de exponer y justificar los conocimientos jurídicos quizás influya para inducir cierto rechazo visceral por parte muchos juristas, contra lo que se observa como una construcción teórica rígida, unívoca, y de justificación unitaria, como suele verse -justa o injustamente- a la Economía.

En consecuencia, si se piensa que la exposición histórica de las ideas constituye una aproximación más familiar para los profesionales del Derecho, quizás sea adecuado identificar, al menos, algunos hitos en el desarrollo de la teoría, más que comenzar por el estado vigente de la cuestión. Procuraré hacerlo de forma brevísima

## II.- El Juez Hand y la definición económica de la culpa

Es posible encontrar, en todas las épocas, sentencias judiciales que contienen ideas cercanamente relacionadas con nociones económicas

---

<sup>4</sup> Se ha señalado que algunos procedimientos de interpretación de nuestro Derecho positivo suelen constituir una buena excusa para imponer los valores propios del intérprete, pero sin decirlo ni justificarlo. NINO, C. S. Introducción al Análisis Filosófico del Derecho, 2ª ed., 7ª reimpr., Astrea, Buenos Aires (1995), p. 326 y ss.

fundamentales. No obstante, parece imprescindible mencionar un hito en la historia de la jurisprudencia norteamericana, que emplea un argumento básico del pensamiento económico como fundamento de una sentencia argumento que, aún hoy, es parte importantísima del Derecho vivo de los EEUU.<sup>5</sup>

El caso se inició con motivo de la pérdida de una barcaza y su carga en el puerto de Nueva York. Un conjunto de buques estaba amarrado - mediante una única línea de cuerdas- a los muelles de ese puerto cuando la empresa propietaria de uno de ellos contrató a la demandada (una empresa de remolque marítimo) a fin de moverlo fuera del área de los muelles. El buque en cuestión se encontraba sin tripulación alguna a bordo, por lo cual los dependientes de la empresa de remolque procedieron, por su cuenta, a liberarlo y reajustar toda la línea de cuerdas que lo amarraba. Esa operación se realizó de modo inadecuado y una de las barcasas, movida por el viento y la marea, rompió su amarre, chocó contra otro buque, y se hundió con su carga. El propietario del buque hundido demandó a la empresa de remolcadores por la negligencia de sus trabajadores en la operación. La demandada, a su vez, replicó que el demandante fue también negligente porque ningún agente de su empresa estaba a bordo de la barcaza en el momento en que la tripulación del remolcador debía manipular los cabos. Si se hubiera contado con la presencia de un agente capacitado -sostuvo la demandada- la operación podría haberse realizado correctamente. El magistrado entendió que no había ninguna norma especial que determinara si era o no obligatorio que hubiera un agente de la empresa actora en su barcaza en esas condiciones y por ello, sólo quedaba por establecer si esa ausencia era o no culpable de acuerdo con las normas generales, y que la decisión sobre ese punto definiría la cuestión.

El juez Learned Hand sostuvo al respecto:

*“...la obligación del propietario de adoptar medidas contra los daños resultantes es una función de tres variables: (1) la probabilidad de que la barcaza se suelte de su amarre; (2) la gravedad del daño resultante, si ello ocurre; (3) el costo de adoptar las precauciones adecuadas. Posiblemente sea conve-*

---

<sup>5</sup> El caso aludido es el famoso “*United States v. Carrol Towing*” (159 F.2d 169 [2d Cir.1947]).

*niente expresar esta noción en términos algebraicos: si denominamos  $P$  a la probabilidad;  $L$  al daño; y  $B$  al costo de adoptar las medidas de precaución; la responsabilidad depende de que  $B$  sea menor que  $L$  multiplicada por  $P$ , esto es si  $B < PL$  (esa acción será culpable)..."*

En el caso, concluyó que la omisión de la actora, que dejó amarrada su barcaza sin personal a bordo en esas condiciones debía considerarse, efectivamente, culpable. Esta formulación resulta, por cierto, sorprendente. Cuando se intenta comprender qué es y cuándo se verifica *culpa*, la educación jurídica tradicional transcurre por largas explicaciones sobre estándares ("*...omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar...*") y comparaciones contra ciertos modelos ideales de conducta ("*bonus pater familiae*", "*buen comerciante*", etc.) que, sin embargo, suelen parecer inseguros al momento de juzgar situaciones concretas alejadas de los extremos. Esta solución, que se expresa como "*hay culpa cuando lo invertido en prevención es menor a los daños esperados*", o "*hay culpa si  $B < PL$* ", parece un modo muy diferente de valorar las conductas implacadas. No obstante, este modo de concluir está lejos aún, de constituir una *teoría*.

### III.- Pigou y las externalidades

Un par de décadas antes de la sentencia de Hand, se integró a la teoría económica un concepto que iba a tener un rol importante en la materia que nos ocupa. En el marco de la llamada *Economía del Bienestar*, Pigou pone su atención en un cierto tipo de fenómenos que guardan una fuerte relación con los hechos dañosos que tradicionalmente ocupan al Derecho.<sup>6</sup> En concreto, observa que si las acciones que emprende un sujeto proyectan beneficios o perjuicios contra terceros (por vías distintas al mercado), el precio de los bienes que se produzcan en esas condiciones no reflejará su escasez relativa.

Aquí conviene hacer una pequeña digresión en torno de la idea de *eficiencia*. Con relación a la asignación de recursos en una sociedad, en

---

<sup>6</sup> PIGOU, A. C., *The Economics of Welfare*, Macmillan and Co., Londres, 4ª ed., 1932. (1ª, 1920).

Economía se entiende como *eficiente en el sentido de Pareto*<sup>7</sup> a una situación en la cual no se puede *mejorar* a uno de los sujetos implicados sin *perjudicar* a otro. Una *mejora* paretiana es un cambio más modesto: una variación que mejora al menos a un sujeto, sin perjudicar a ningún otro (aunque todavía exista la posibilidad de mejorar más a ese mismo sujeto, o a algún otro, sin perjudicar a nadie). Puede decirse que el resultado de un cambio de ese último tipo, es un estado *Pareto-superior* (“*superior*”, con relación al estado previo). Luego, aquella situación en la que no queda margen para ninguna mejora paretiana, es la que se denomina “*óptima*” o en la que se considera que se ha alcanzado una asignación de recursos *eficiente en el sentido de Pareto*.

El criterio paretiano, frecuentemente se considera demasiado exigente para juzgar decisiones sociales, en cuanto basta que una cierta acción cause una mínima molestia a alguien, aunque genere enormes beneficios sociales, para que no se la pueda considerar *eficiente*. Luego, se suele recurrir a criterios denominados Pareto-potenciales para describir aquellas situaciones en las cuales hay individuos inicialmente perjudicados por el cambio, pero el beneficio de quienes resultaron favorecidos es tal que sería suficiente para compensar totalmente el perjuicio de los desfavorecidos, y, todavía, dejar a los “*ganadores*” en una situación mejor que la inicial.<sup>8</sup> Si esa compensación se efectuara, se podría decir que al final de ese proceso se lograría una mejora paretiana efectiva (con relación a la situación precedente al cambio inicial), ya que nadie terminaría perdiendo y al menos algunos, concluirían ganando. No obstante, estos criterios se califican de *potenciales*, dado que no se exige que esa compensación se realice efectivamente, sino sólo que sea *posible*.

---

<sup>7</sup> El *criterio de eficiencia de Pareto*, debe su nombre al economista y sociólogo italiano Vilfredo Pareto (París, 1848 - Céligny, Suiza, 1923).

<sup>8</sup> La descripción corresponde más bien a *uno* de esos criterios Pareto-potenciales: el introducido por KALDOR, N. en “Welfare Propositions and Interpersonal Comparisons of Utility”, *Economic Journal*, Vol. 49, 1939. Es relativamente asimilable -y seguramente *suficientemente asimilable a los fines de este trabajo*- el criterio propuesto por HICKS, J. R., en “The Valuation of Social Income”, *Economica*, 7, 1940, ps.105-124. Para hacer referencia a situaciones que cumplan a la vez ambos criterios se utiliza el término *criterio de Kaldor-Hicks*. Para una exposición didáctica de ambos criterios, las paradojas que plantean (básicamente, las llamadas *paradojas de Scitovsky* y *de Samuelson*) y ampliaciones sobre criterios alternativos de eficiencia, puede consultarse, en español CASA HUGA, A., *Fundamentos Normativos de la Acción y Organización Social*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 16 y ss.



Retornemos a Pigou. La Economía de su época sostenía que, dadas ciertas condiciones, los mercados conducen a una asignación eficiente en sentido de Pareto. Pigou introduce la idea de que, cuando se dan este tipo de efectos externos, ello puede no ocurrir. Esta noción se incorporó a la teoría económica con el nombre de *externalidades* y constituye una nueva condición obstativa a que los mercados alcancen la optimalidad paretoiana.<sup>9</sup>

El trabajo de Pigou tiene en mira, específicamente, los problemas de contaminación y no persigue finalidades de justicia retributiva o conmutativa, sino que apunta a una meta asignativa: la optimalidad en la asignación de los recursos. Por ello, es comprensible que su propuesta no ponga énfasis en las víctimas de las externalidades negativas, sino en la distorsión de costos que esos efectos externos introducen en el mercado. Imaginemos, por ejemplo, que un constructor de viviendas roba impunemente los ladrillos que empleará en su industria. Luego, el costo de las casas que edifique será inferior al que afrontaría si debiera pagar por ese insumo. Eso llevaría a que el precio de sus casas, en esas condiciones, sea inferior al que surgiría de la transmisión, a través del mercado, de todos los factores de producción. De tal modo, ese precio (y consiguientemente, la cantidad de casas fabricadas y vendidas) no reflejaría la escasez relativa de los recursos empleados para producirlas. En los casos que ocuparon directamente a Pigou, ocurre algo similar: si una fábrica contamina el aire y con ello perjudica a otros sujetos, se dan las mismas consecuencias: la empresa emplea un recurso que no adquirió a través del mercado -el aire puro, un insumo por el cual no pagó- y se pueden reproducir los mismos razonamientos. El tipo de preocupación de Pigou, y las bases de su análisis, explican las soluciones propuestas para este problema, que consistían básicamente en concebir impuestos (llamados luego, “pigouvianos”), que buscaran cargar en el contaminador el precio del recurso por el que de otro modo no pagaría.

---

<sup>9</sup> La noción de *externalidades negativas* es muy importante para la materia que nos ocupa, en cuanto se trata del concepto económico más próximo al de “daño jurídico”. Existen por cierto, diferencias, básicamente en cuanto a que, para el marco de la Economía en la que trabajó Pigou, el único juez de su bienestar (el único que puede identificar qué cosa le representa una pérdida de bienestar y valorarla) es el propio individuo afectado, mientras que las propiedades que generalmente se exigen en Derecho al *daño resarcible* tienden, precisamente, a objetivarlo, por encima de la mera apreciación subjetiva.

#### IV.- Coase y la reciprocidad

En 1960 Ronald Coase publica un trabajo que va a desatar una revolución -aún inacabada- en la Economía y que es usualmente identificado como una de las piedras fundamentales del *Law & Economics*. Este artículo titulado "El Problema del Costo Social"<sup>10</sup>, se considera también el punto de partida de la *Nueva Economía Institucional*, cuyo encuadre en el pensamiento económico vigente implica un problema interesante, dado que para algunos representa un nuevo paradigma en la disciplina, y para otros, meramente un ajuste gradual en las ideas neoclásicas. Es posible afirmar, no obstante, que las derivaciones de las ideas introducidas por Coase no parecen, todavía, estar totalmente asimiladas por la Economía convencional y -desgraciadamente- quizás tampoco estén completamente integradas a la enseñanza general de la disciplina. Casi treinta años después de la aparición de "El Problema...", esta situación llevó a su autor a afirmar que sus ideas *no habían concitado consenso y que su argumento central, en general, no había sido comprendido por los economistas*<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> COASE, R., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, (1960), p.1 a 44.

<sup>11</sup> COASE, R. (1988), *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1988, p. 174-175, señaló: "...My point of view has not in general commanded assent, nor has my argument, for the most part, been understood. No doubt inadequacies in my exposition have been partly responsible for this and I am hopeful that this introductory essay which deals with some of the main points raised by commentators and restates my argument will help to make my position more understandable. But I do not believe that a failure of exposition is the main reason why economists have found my argument so difficult to assimilate. As the argument in these papers is, I believe, simple, so simple indeed as almost to make their propositions fall into the category of truths which can be deemed self-evident, their rejection or apparent incomprehensibility would seem to imply that most economists have a different way of looking at economic problems and do not share my conception of the nature of the subject. ...Economists, following Pigou whose work has dominated thought in this area, have consequently been engaged in an attempt to explain why there were divergences between private and social costs and what should be done about it, using a theory in which private and social costs were necessarily always equal. It is therefore hardly surprising that the conclusions reached were often incorrect. The reason why economists went wrong was that their theoretical system did not take into account a factor which is essential if one wishes to analyze the effect of a change in the law on the allocation of resources. The missing factor is the existence of transaction costs..."

La discusión de las ideas de Coase y sus influencias es ciertamente fascinante pero absolutamente excesiva para el propósito de estas líneas. Aunque riesgoso, es posible, sin embargo, intentar resumir dos aspectos claves.

Por un lado expone que, cuando se da ese tipo de *efectos dañosos* que se identificaban con el nombre de *externalidades*, el problema implicado es de naturaleza recíproca. Si la actividad de A (*dañador*, en sentido jurídico) causa un daño a B (*víctima*), prohibir esa actividad de A para evitar el daño a B, implica causar un perjuicio a A. A diferencia de lo que sostenía la Economía convencional, su posición no da por sentado que sea preferible prohibir o cargar con impuestos a A (que sería otro modo de limitar su actividad), sino que, según su argumento, lo que realmente debe resolverse es *si debe permitirse a A perjudicar a B o debe permitirse a B "perjudicar" a A*. El criterio que debe guiar esta decisión, si se persigue la eficiencia, es el de evitar el *daño (costo) más grave* o en un sentido más amplio *minimizar el daño (costo) conjunto*. En otras palabras, su propuesta normativa consiste en procurar que continúe realizándose aquella actividad que resulte más valiosa, a expensas de su rival.

Por otra parte, analiza cómo inciden en ese objetivo los sistemas de responsabilidad, pero lo hace de un modo muy particular. Comienza distinguiendo dos situaciones conceptualmente diferentes: una en la que no existen *costos de transacción* y otra en la que sí se verifica esta clase de costos. Esa idea de *costos de transacción* es central en su pensamiento. En su famoso artículo "La Naturaleza de la Empresa", de 1937<sup>12</sup> identificaba ese concepto con el costo de utilizar el sistema de precios como mecanismo de asignación de recursos, y consideraba incluidos dentro de su alcance, el costo de descubrir los precios relevantes, el costo de negociar y el de concluir contratos jurídicamente eficaces. En "El Problema...", se refiere específicamente a los costos de transacción como *los costos de descubrir con quien negociar, de informar que uno desea negociar -y de acuerdo a qué términos-, de conducir las negociaciones hasta arribar a un convenio, de redactar el contrato, de inspeccionar oportunamente que se están respetando los términos del contrato, etc.*

---

<sup>12</sup> COASE, R. H, "The Nature of the Firm", *Economica*, 1937, p. 336.

Ahora bien: en un mundo *sin costos de transacción*, puede concluirse - en términos generales y según los supuestos usuales de la Economía estándar de su época- que la asignación inicial de los derechos sobre los bienes no incidirá en el empleo final de los mismos: al contrario, sea cual fuera la asignación de derechos, los bienes se destinarán a sus empleos más valiosos. La simplificación de un caso real que emplea el propio Coase puede ilustrar al respecto.<sup>13</sup> Imaginemos que C es un panadero-confitero y M, un médico, que ocupan inmuebles contiguos, y que el ruido que producen las máquinas de C no permite que M pueda desempeñar su profesión. Imaginemos ahora que la actividad del médico M, le da una ganancia neta de 10 y que la del pastelero C, le proporciona, por el mismo período de tiempo, una ganancia de 7.<sup>14</sup> Si nos situáramos en un mundo sin costos de transacción, y las partes negociaran libremente, podrían darse dos situaciones extremas vinculadas a la responsabilidad de los involucrados:

- a) Si el sistema jurídico aplicable no considerara que C debe resarcir a M por las molestias que ocasiona, entonces M, persiguiendo su propio beneficio, pagaría a C algo más que 7 para que deje de producir. C, preferiría cerrar su confitería, ya que ganaría más así que trabajando. Y en definitiva, la única de las actividades en conflicto que seguiría realizándose, sería la del médico M, que es la más valiosa.
- b) Si, en cambio, el ordenamiento obligara al confitero C a resarcir al médico M, el primero debería, igualmente, cerrar su confitería, dado que se vería en la obligación de pagar más (10, que son los daños del médico por no poder atender) que su ganancia (7), con lo cual no

---

<sup>13</sup> Me refiero a "*Sturges v. Bridgman*", (1 H. D. 852 -1879-). Las referencias a ese caso, no obstante, lo toman apenas como anécdota para mostrar cierto tipo de relaciones.

<sup>14</sup> En realidad, por razones de simplicidad en la exposición, no se hacen explícitas otras asunciones. La más evidente, quizás, es que se supone que el médico no puede trasladarse y desarrollar su profesión en otro sitio. Tampoco se incluyen otros aspectos teóricamente más sutiles como la posibilidad de comportamiento estratégico de las partes, COOTER, R, "The Cost of Coase", *Journal of Legal Studies*, 11, (1982), p. 1 y ss. Para descartar esta y otras posibilidades es que me referí a las asunciones estándar para la época de aparición de "El Problema...".

podría, racionalmente, seguir produciendo. Luego, también así, prevalecería la actividad más valiosa de M, a expensas de la restante.

En un mundo con costos de transacción positivos, en cambio, la situación sería diferente. Imaginemos, simplemente, que la negociación entre ambos participantes demandara un costo de algo más de 3 y ello sería suficiente para impedir que se llevara a cabo ese tipo de acuerdo mutuamente beneficioso referido en el punto a). En estas condiciones, *lo que disponga el sistema de responsabilidad sí será relevante con relación al empleo final de los recursos implicados*: si el ordenamiento jurídico prevé que el pastelero C debe compensar, se realizará efectivamente la actividad más beneficiosa. Si en cambio -por cualquier orden de razones- se determina que C no debe compensar a M, terminará realizándose únicamente la actividad *menos* valiosa: la del ruidoso pastelero C, y será imposible que atienda el médico M.

¿Qué conclusiones se deben extraer de este ejercicio? Esta cuestión motivó, además de la protesta de Coase, un arduo debate.<sup>15</sup> Hasta el día de hoy los economistas acostumbran llamar a ese hipotético mundo sin costos de transacción "*mundo coasiano*", lo cual puede sugerir alguna simpatía del autor para con ese tipo de descripción del mundo. Por el contrario esa invocación a su nombre lo llevó a escribir "*...el mundo de costos de transacción cero ha sido frecuentemente descrito como un mundo coasiano. Nada puede estar más lejos de la verdad. Ese es el mundo de la moderna teoría económica, el cual tuve esperanzas de persuadir a los economistas que deben abandonar...*"<sup>16</sup>

La interpretación que hicieron de sus ideas algunos economistas -y que motivó su queja- es bastante sorprendente, en cuanto entendieron que Coase había demostrado que el Derecho (en particular, el Derecho de

---

<sup>15</sup> Para una excelente discusión al respecto, MEDEMA, S. y ZERBE, R. (2000). "The Coase Theorem"; en Bouckaert, B. y De Geest, G (editores), *Encyclopedia of Law and Economics*, Publ. por Edward Elgar.y la Universidad de Gante, Bélgica, <http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html>, documento 0730.

<sup>16</sup> "...The world of zero transaction costs has often been described as a Coasian world. Nothing could be further from the truth. It is the world of modern economic theory, one which I was hoping to persuade economists to leave..." COASE, R. H, *The Firm...*, 1988, (cit), p. 174.

Daños), *no tiene gran relevancia en la asignación de los bienes*. Este tipo de ideas parte, quizás, de entender que el mundo *relevante* para el análisis económico es y *debe ser* aquel en el cual no se consideran los costos de transacción. En una versión menos drástica, otros dieron por sentado que la propuesta era únicamente pedir al sistema jurídico una definición “*clara*”<sup>17</sup> de los derechos a usar los recursos, dando por sentado que esa condición era suficiente para reproducir el efecto de un mundo sin costos de transacción. En una posibilidad más modesta -pero aún analíticamente inexacta- otros entendieron que Coase demostró que, para alcanzar la eficiencia, el Derecho debía limitarse a *reducir* costos de transacción, y luego a admitir las transacciones voluntarias.

Tampoco última propuesta tampoco es íntegramente consistente con el objetivo de eficiencia que declama perseguir. En el ejemplo anterior, supongamos que los costos de transacción implicados son de 6 y que un cambio en el sistema jurídico puede reducirlos a 4. En esas condiciones, el Derecho *habrá reducido* los costos de transacción (como se le pide) pero -sin responsabilidad- persistirá aún la situación ineficiente: seguirá desarrollándose únicamente la actividad menos beneficiosa del confitero, a expensas de la más valiosa del médico. Luego, en estas condiciones, sería mejor establecer la responsabilidad del confitero, que reducir en 2 los costos de transacción, dado que esa reducción será impotente para lograr el objetivo de eficiencia. A la inversa, podría decirse que reducir los costos de transacción será un instrumento consistente con el resultado eficiente *cuando esa reducción sea tal que permita -en este caso, a través de la negociación- la realización de la actividad más valiosa*. No a la inversa.

El aporte de Coase fue el punto de partida de análisis más refinados sobre el efecto que las distintas reglas de responsabilidad tienen sobre la

---

<sup>17</sup> Suele hablarse, muy frecuentemente, de una “*correcta*” definición de los derechos. No siempre se define, sin embargo, qué se quiere decir por “correcto”. Luego, esa calificación puede entenderse en distintos sentidos, que van desde a) *claridad y/o precisión en la asignación de facultades*, pasando por otros sentidos del término que denoten b) *la concentración de muchas facultades en una misma persona*, o finalmente, para denotar c) un modo de asignar los derechos que confluja en una solución eficiente, dada una cierta estructura de costos de transacción. Son pasibles de crítica aquellas posiciones -desgraciadamente, muy frecuentes- que, mediante la ligera invocación a la “*correcta* asignación de derechos”, asumen que las posibilidades a) o b) conducen al resultado eficiente en mundos con costos de transacción positivos, cualesquiera sea la clase y magnitud de dichos costos.

conducta humana en relación con el objetivo de eficiencia económica. No obstante, contemporáneamente a la aparición de "El Problema...", un autor proveniente del campo jurídico, actualmente Juez de una Corte Federal de Apelaciones de los Estados Unidos y ex-decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, expuso algunas ideas parcialmente convergentes y de importancia equivalente para la materia.

#### V.- Calabresi y el costo de los accidentes

En 1960, Guido Calabresi escribe el artículo titulado "Algunos Pensamientos sobre Distribución de Riesgos y el Derecho de Daños"<sup>18</sup> y publica luego, en 1970, *Los Costos de los Accidentes*.<sup>19</sup> Durante las décadas de 1950 y 1960 en los Estados Unidos se había producido una ebullición notable de ideas en torno de los accidentes de automotores y aparecieron varias propuestas, a la manera de *planes integrales* destinados a lidiar con esa materia. En ese marco, el esfuerzo de Calabresi, sistematizado en el libro ya mencionado, intenta dar base teórica a los distintos segmentos de las propuestas empíricas que se encontraban en discusión.

La obra comienza por discutir lo que denomina "mitos", entonces plenamente vigentes y que, en su sentir, sembraban confusiones en la materia. Sostiene que no es verdad que la sociedad quiera evitar los accidentes a cualquier costo. Tampoco, sin embargo, que exista una ley económica inexorable que decida el modo "correcto" de asignar el costo de las pérdidas. Niega también que, cuando los autores y tribunales hablan de *distribución de riesgo*, tengan un objetivo específico en mente. Y por último, que sea axiomático que los costos de un hecho dañoso deban ser asignados a la víctima o al causante del daño.

A partir de allí, su trabajo adopta un curso muy particular. Se propone estudiar el sistema de daños en la circulación de automotores teniendo en mente dos objetivos principales: en primer lugar, la Justicia; luego, la reducción de costos sociales. Con relación a la Justicia, Calabresi

---

<sup>18</sup> CALABRESI, G., "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", 70 *Yale Law Journal*, (1960), p. 499.

<sup>19</sup> CALABRESI, G., *The Costs of Accidents. A legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Heaven (1970).

entiende que es un concepto elusivo y frecuentemente negativo. Que es más fácil saber qué cosas consideramos *injustas* de un sistema, que determinar, de modo positivo, si un sistema es *justo*. Que las decisiones que se tomen al respecto, tanto de modo "*colectivo*" (en el sentido de este término que propone)<sup>20</sup> como aquellas que empleen *mecanismos de mercado*, pueden, ambas, ser justas o injustas y que un cierto diseño institucional en un sector del Derecho de Daños puede ser justo, pero el mismo tipo de instrumentos puede ser injusto en otro. En consecuencia, pese al valor prioritario que asigna a la Justicia por sobre la reducción de costos, opta por postergar el tratamiento de la primera y estudiar, en primer término, las cuestiones concernientes al segundo objetivo para, finalmente, evaluar tales métodos y sistemas en términos de Justicia.

Encuentra que el objetivo general de reducir costos sociales puede subdividirse en tres. En primer lugar, en lo que denomina *reducción primaria* y que consiste en la disminución del número y/o severidad de los accidentes. Esto puede lograrse ya sea, prohibiendo determinados actos o actividades, o haciendo mas onerosas dichas actividades y por lo tanto menos atractivas.

Lo que llama *reducción secundaria de costos* es algo más arduo de distinguir. Se trataría, por ejemplo, de los costos sociales que se derivan de la imposibilidad de recuperación óptima de las víctimas, en caso de

---

<sup>20</sup> Distingue entre decisiones o mecanismos de *specific deterrence* (que se suele traducir como "*prevención especial o específica*" aunque probablemente estos términos castellanos no capten exactamente todo el sentido de aquellos) y de *general deterrence*. Llama también a esta última "*market deterrence*", en cuanto simplemente establece "*precios*" a los incumplimientos que el sujeto puede pagar, o no. Si alguien prevé que por realizar una cierta acción, deberá pagar una indemnización de 5, puede decidir si actuar o no. Si prevé que su actividad va a reportarle una ganancia de 2, probablemente no lo haga. En cambio, las medidas de *specific deterrence* tienden a ser decisiones en las que no queda a cargo del sujeto evaluar el costo-beneficio de su acción, sino que el Estado determinará, directamente, la imposibilidad de realización de esa acción. Si el objetivo es la reducción de costos, se podrá entender que su imposición corresponde también a un cálculo de costo-beneficio, pero en este caso realizado *colectivamente* (en el sentido de "*por la autoridad pública*"), y no por los agentes individuales implicados. Es interesante la diferencia entre el empleo de estos términos en Calabresi y su uso en el marco de la literatura del Derecho Penal, que suele prestarse a confusiones (básicamente en cuanto al alcance de la "*prevención especial*").



que no reciban una compensación oportuna. Una fractura ósea mal consolidada, puede derivar en una discapacidad. Y ello puede acontecer si la víctima carece de recursos para afrontar un tratamiento médico en tiempo oportuno. Un pago oportuno, en cambio, podría evitar ese costo social *secundario*. Los dos modos básicos que estudia para lidiar con este efecto son la distribución de costos ("*loss spreading*") y la traslación de los mismos a una parte que pueda, efectivamente, pagarlos ("*deep pocket*"). Ambos mecanismos no son idénticos, aunque -como comienza señalándolo- a veces se confunden. Las razones de estos dos modos de distribución de costos se pueden expresar en dos proposiciones sencillas:

- a) Tomar una gran suma de una persona es más probable que dé por resultado una distorsión económica importante, que tomar pequeñas sumas de muchos.
- b) Aún si la distorsión fuera la misma, es probable que el sufrimiento (acumulado) sea menor cuando se toman sumas de dinero de una persona más rica, que cuando se carga con las mismas a una persona más pobre.

La primera -afirma Calabresi- es una generalización empírica, pero parece bastante razonable. La segunda es algo así como decir que es menos probable un efecto distorsivo (en cuanto a pérdidas de bienestar) cuando se imponen las pérdidas a categorías de personas de gran riqueza. La diferencia es que aquí el "*spreading*" es menor. No obstante, sostiene que es preferible una distribución menor, cuando una parte sustancial de las pérdidas se imponen a categorías de personas de mayor riqueza.<sup>21</sup>

Finalmente, el otro modo de reducir el costo social implicado (*reducción terciaria*) consiste en minimizar los costos de funcionamiento de los sistemas administrativos y judiciales de la materia. Distintos sistemas tienen diferentes costos de implementación y gestión, y por lo tanto el punto es altamente relevante.

---

<sup>21</sup> Se trata de una aplicación de la teoría de la utilidad marginal decreciente del dinero. Esta teoría no tiene validez teórica universal, pero es el fundamento de muchas políticas públicas.

La distinción de tres dimensiones estrechamente relacionadas (reducción de costos *primaria, secundaria y terciaria*) correspondientes, todas, a un mismo objetivo general (*reducción de costos*) sirve a Calabresi para intentar el mejor tratamiento posible de aspectos diferentes.<sup>22</sup> La *reducción primaria*, por ejemplo, parece preferible cuando están implicados daños personales. En estos casos, es previsible que la indemnización no deje a la víctima en el estado precedente al hecho dañoso, por lo cual no parece indiferente la alternativa entre elegir que el daño se produzca y se compense, por un lado, y que no se produzca, por otro. En otro género de situaciones, en cambio, esa equivalencia parece posible.<sup>23</sup>

Fuera de estos objetivos, advierte el autor, podría intentarse a través del Derecho de Daños curar *otros* males de nuestra sociedad. Recuerda que a lo largo de la historia ciertos criminales, por ejemplo, fueron condenados por delitos mucho más leves que sus mayores crímenes, pero así y todo ese *mecanismo indirecto* sirvió, implícitamente, para el mismo objetivo que -por distintas razones- no pudo ser cumplido por las *vías aparentemente más directas*. No obstante, entiende, este procedimiento no siempre es el más adecuado. A veces, por ejemplo, se intenta promover alguna actividad descargándole responsabilidades, como se hizo, en muchos países con las compañías aéreas. Pero parece que es económicamente más razonable subsidiar directamente una actividad que eximirla de responsabilidades. Del mismo modo, entiende, no parece incondicionadamente correcto intentar redistribuir ingresos a través del sistema de responsabilidad por daños. Sin embargo, es un buen motivo para considerar *injusto* un sistema -y para *vetarlo*-, el hecho de que tal sistema exacerbe una distribución de ingresos injusta o que favorezca la formación de monopolios.

## VI.- Posner y Shavell. Los modelos canónicos

Unos años después de la publicación de *Los Costos...*, aparece la obra de Richard Posner titulada *Economic Analysis of Law*<sup>24</sup> y más de una

---

<sup>22</sup> Esa división, no obstante, es apenas orientativa. El propio CALABRESI, señala al respecto: "...the differences between primary and secondary accident costs are not fixed nor are they always clear...The same is true with respect to tertiary accidents costs..." (*The Costs...*, cit. 1970, p. 29.

<sup>23</sup> CALABRESI, G., *The Costs...*, cit., (1970), p. 30/31.

<sup>24</sup> POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, Little, Brown & Co., Boston, cuarta ed., (1992)

década después, un trabajo del mismo autor en colaboración con Elizabeth Landes, *The Economic Structure of Accident Law*<sup>25</sup> y el libro *Economic Analysis of Accident Law*<sup>26</sup>, del actual profesor de Law & Economics en la escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, Steven Shavell.

La primera de esas obras intenta ser un manual integral que comprenda, de un modo general, el análisis económico de un amplio campo de áreas del Derecho.<sup>27</sup> Las citadas en segundo término, y muchos trabajos posteriores apuntan específicamente, en cambio, al análisis de la responsabilidad por daños. Con importantes diferencias en cuanto al modo de exposición, la novedad central -con relación a los trabajos de Coase y Calabresi- de la que ambas participan, es el tratamiento matemático detallado de la mayor parte del campo en cuestión.

El conjunto de modelos básicos más frecuentemente utilizado como punto de partida, para los investigadores del área, está contenido en dichas obras.<sup>28</sup> Un modelo, en términos muy generales, no es más que un esquema analítico deliberadamente simplificado. Los modelos matemáticos, son sólo un tipo posible de modelos y, más aún, no existe ninguna razón inherente por la que un modelo económico deba ser matemático. Sin embargo, frecuentemente se emplean en la Economía actual este tipo de modelos, que consisten en conjuntos de ecuaciones diseñadas para describir una cierta estructura.<sup>29</sup>

Del mismo modo que en Coase y Calabresi, subyace en estos tratamientos la idea de que los daños que se producen en una sociedad no abarcan sólo un problema distributivo privado (que el dañador deba

---

<sup>25</sup> LANDES, W. M. y POSNER, R., *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, (1987)

<sup>26</sup> SHAVELL, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, (1987)

<sup>27</sup> Es, para muchos, la publicación individual que más impacto tuvo en cuanto a la difusión del Law & Economics.

<sup>28</sup> Para la época cercana a la aparición de estos trabajos se publicó, asimismo, un importante número de artículos sobre aspectos particulares de dicha área. No obstante, las obras en cuestión -básicamente, la de Shavell- pasaron a sentar el canon en la materia

<sup>29</sup> CHIANG, A. C., *Métodos Fundamentales de Economía Matemática*, tercera edición, Mc Graw-Hill, México, (1998)

transferir o no una cantidad de dinero, en concepto de compensación, a la víctima), sino que también inciden en la riqueza total de la comunidad - que, se asume, guarda relación con su bienestar-. Así, si alguien, como consecuencia de su actividad, incendia una fábrica vecina, aunque luego indemnice completamente a su dueño, determinará con su accionar una disminución en el stock de bienes de la sociedad: antes existía un bien (la fábrica) que ahora habrá dejado de existir. Lo perdió su dueño, pero también, por agregación, la sociedad en general. No obstante, aunque luego de acontecido el suceso dañoso, la pérdida social sea -en ese sentido -, irreparable, situándonos *ex ante* a su producción, se puede inferir que no será igual la conducta del dañador -entonces todavía *potencial*-, si prevé que va a responder por ese hecho, que si, por el contrario, no espera sufrir consecuencias desagradables por sus acciones u omisiones. El cuidado que ponga en su actividad, la inversión que decida efectuar en medidas de prevención, y la intensidad con que realice la propia actividad, no serán, previsiblemente, idénticos en ambas situaciones.

La conducta del probable dañador se aprecia, aquí, en relación con su propio interés. Si no debiera responder de ningún modo, su interés en prevenir previsiblemente sería (sino nulo), menor que si debe afrontar una indemnización. Si prevé que deberá responder, en cambio, invertir en prevención no será para ese sujeto más que un medio orientado a evitar una consecuencia desagradable (pagar una indemnización).

De estas primeras afirmaciones pueden derivarse varias conclusiones: en primer lugar, las reglas de responsabilidad operan como *incentivos* para que las personas hagan o dejen de hacer ciertas cosas.<sup>30</sup> Lo expuesto, supone que la conducta de las personas puede reaccionar ante estímulos positivos y negativos y que, por lo tanto, si alguien puede prever que realizando un acto o actividad recibirá consecuencias más desvaliosas que valiosas, no lo ejecutará, o modificará su accionar, mientras que tenderá a realizar ese acto o actividad, caso contrario. Los sistemas de responsabilidad, en este sentido, imponen (o no) consecuencias

---

<sup>30</sup> Esta hipótesis proviene del análisis microeconómico tradicional que supone que los agentes económicos se comportan *racionalmente* cuando eligen la alternativa más conveniente entre las que están a su alcance. Más allá de esta ligera caracterización, los alcances precisos de esas ideas son una materia de gran complejidad y un campo inacabado de investigación.

indeseables, sea por tener que afrontar una indemnización (el dañador), sea por verse imposibilitado de percibirla pese de haber sufrido un daño (la víctima). Un sistema de responsabilidad que tienda a la eficiencia, en consecuencia, debería alinear los incentivos para que el accionar de los individuos, guiado exclusivamente por su propio interés conduzca, a su vez, a la mejor situación social posible. El costo social será la suma de los costos privados, entendidos estos como los que sufra cualquiera de los miembros de la sociedad.

El análisis distingue la existencia de dos tipos básicos de agentes: *dañadores* y *víctimas*.<sup>31</sup> El costo social se compone, en principio, de tres elementos: la pérdida causada por el hecho o el impacto del daño una vez acaecido<sup>32</sup>, el costo de prevención<sup>33</sup> y el costo de administrar el sistema de responsabilidad civil.

En el esquema propuesto por Shavell -y de modo bastante generalizado- se hace referencia a *daños unilaterales* (o -mejor- *de causación unilateral*) en aquellos casos en los cuales sólo el dañador puede influir en la probabilidad de que ocurra el hecho dañoso y en el monto de las pérdidas que genere, mientras que si ambos agentes pueden influir en la

---

<sup>31</sup> Esta calificación, obviamente, es móvil, en cuanto todos los individuos pueden adoptar una u otra calidad, pero lo que interesa es que puede estudiarse cual será su comportamiento cuando se comporten como potencial víctima y cuando lo hagan como potencial dañador.

<sup>32</sup> La *pérdida* por la ocurrencia del hecho dañoso se puede interpretar como el valor pecuniario destruido en bienes de naturaleza patrimonial (daño patrimonial) o como la pérdida de bienestar correspondiente a bienes de otra naturaleza menoscabados (daños extrapatrimoniales). El análisis económico de este último tipo de daños presenta aspectos sumamente complejos. Expusimos algunas ideas al respecto en ACCIARRI, H. A., CASTELLANO, A. y BARBERO, A. "¿Se Debe Indemnizar el Dolor de las Víctimas del 11 de Septiembre? Un análisis económico del daño moral" en *InDret*, 2/2004, Working Paper nº: 210 Barcelona, abril de 2004, [www.indret.com](http://www.indret.com).

<sup>33</sup> La precaución puede interpretarse como la disminución en la cantidad consumida de un bien o en la cantidad que se realice de una cierta actividad (en este caso, con la salvedad que haré más adelante en cuanto a la distinción posible entre *precaución* y *nivel de actividad*), como el esfuerzo y atención con el que se realiza una actividad, o el gasto en medidas de seguridad.

probabilidad y/o severidad del daño, se hace referencia a *daños bilaterales (de causación bilateral)*.<sup>34</sup>

La versión más sencilla de este tipo de modelos corresponde al caso de *daños extracontractuales de causación unilateral*, en los cuales se considera al *nivel de precaución* el único determinante del riesgo. Se supone, para comenzar, que ambos agentes -dañador y víctima- tienen información completa sobre la probabilidad y severidad del daño asociada a cada nivel de precaución, y no se consideran los costos administrativos del sistema.

Este modelo sencillo se puede representar mediante un conjunto simple de funciones continuas que pueden trasladarse fácilmente a una representación gráfica. La matemática, no obstante, no suele ser lenguaje cómodo para los profesionales jurídicos en general. Sin embargo, un ejemplo numérico que prescindiera de toda sutileza y únicamente involucre sumas, restas y multiplicaciones sencillas, quizá puede servir para la ilustración.<sup>35</sup>

Supongamos que partimos de la base de considerar que un aumento en el nivel de precaución reduce la probabilidad de que se produzca el hecho dañoso o su magnitud y que ese incremento de precaución aumenta, también, el costo de prevenir. Es evidente que se puede gastar mucho

---

<sup>34</sup> En otra oportunidad (ACCIARRI, H. A, CASTELLANO, A. y BARBERO, A., "Análisis Económico de la Responsabilidad Civil: la Obligación Tácita de Seguridad en el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1998" en *Anales de la Asociación Argentina de Economía Política* (1999) [http://www.aeep.org.ar/espa/anales/pdf\\_99/acciarri\\_castellano\\_barbero.pdf](http://www.aeep.org.ar/espa/anales/pdf_99/acciarri_castellano_barbero.pdf)) propusimos denominarlos "*de causación unilateral*" y "*de causación bilateral*" para distinguirlos de aquellos en los cuales dos personas son, recíprocamente dañadores y víctimas. Si A causa un daño a B y B uno a A (el típico caso de choques entre automotores), resulta intuitivo hablar de un caso de *daños bilaterales*, aunque no es ese el sentido con que se emplea el término en estos esquemas.

<sup>35</sup> Para un tratamiento más técnico desde ese punto de vista y con referencia al Derecho argentino, ACCIARRI, H. A, CASTELLANO, A. y BARBERO, A., "Daños, Instituciones e Incentivos. Hacia un modelo unificado de responsabilidad civil contractual y extracontractual" en *Anales de la Asociación Argentina de Economía Política* (2001) [http://www.aeep.org.ar/espa/anales/pdf\\_01/acciarri\\_castellano\\_barbero.pdf](http://www.aeep.org.ar/espa/anales/pdf_01/acciarri_castellano_barbero.pdf)

y prevenir poco, pero supongamos que el dinero empleado en precaución se gasta correctamente.<sup>36</sup>

Imaginemos, entonces, que nos enfrentamos a un caso en el que podemos saber que:

- Si el potencial dañador no adopta ninguna precaución, la víctima sufrirá un daño que se puede valorar en 9.
- Si adopta ciertas medidas de prevención, a un costo de 5, generará un daño de 2.
- Y, finalmente, si pone en práctica otro conjunto de medidas -con un costo de 10- producirá un daño a la víctima de sólo 1.

Cuando se habla de *costo de las pérdidas* suele hacerse referencia a su *valor esperado*, entendido como una conjugación de probabilidad y magnitud. Por ejemplo, una magnitud de 200 que puede suceder con una probabilidad del 10%, tiene un valor esperado de 20, al igual que una magnitud de perjuicios de 4000 cuando puede ocurrir con una probabilidad del 0,5%. No obstante, no es necesario poner énfasis en este punto para comprender el sencillo razonamiento que sigue a continuación.

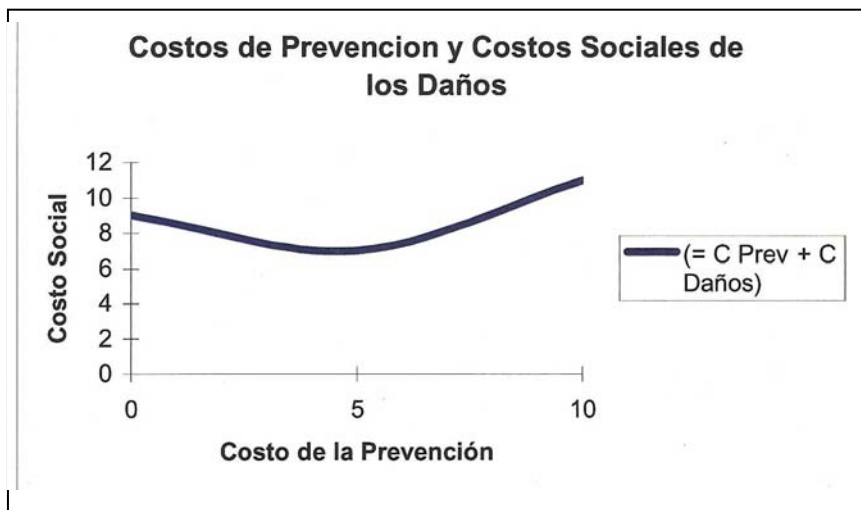
Supongamos, entonces, que estas tres posibilidades de prevención, son las únicas concebibles y responden a los valores antes señalados, y que refleja el cuadro que sigue. Luego, la última columna no es más que la suma de las anteriores y corresponde al total de costos que asume la sociedad, que en este caso, está limitado al costo de estos dos únicos agentes considerados (el dañador, que adopta la precaución y la víctima, que sufre los costos del daño cuando este acaece).

---

<sup>36</sup> Un punto muy importante aquí, es el amplísimo campo de lo que se denomina *precaución o prevención*. Me extenderé algo más con relación a estos aspectos, cuando me refiera a los resultados de la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva sobre el ejemplo.

Costo de la Prevención	Costo de las Pérdidas	Costo Social
0	9	9
5	2	7
10	1	11

El gráfico contiene la representación de las mismas cantidades. El eje horizontal (abcisa) refleja los costos de las medidas de prevención, y el vertical (ordenada), el costo social, es decir la suma de los costos de prevención y los costos de los daños.<sup>37</sup>



Si el propósito que se persigue es –únicamente- minimizar los costos sociales, el nivel de precaución óptimo en este caso será –claramente- de 5. Según las condiciones establecidas como punto de partida, el costo de los daños dependerá únicamente de la prevención del dañador y ese

<sup>37</sup> Como lo señalé con anterioridad se trata únicamente de un ejemplo con tres posibilidades *discretas*. La suavidad de la curva está únicamente vinculada a la estética de su representación y no indica una función continua.



conjunto de medidas que cuesta 5, asegurará que el daño ascienda a 2 (ni más, ni menos que esa cantidad), por lo cual el costo social será de 7. Más prevención, reducirá el costo de los daños, pero también insumirá más recursos, y aquí, gastar esos 5 adicionales de prevención (para llegar a 10), sólo reducirá en 4 las pérdidas (pasarán de 5 a 1). Esta última posibilidad generará un costo social de 11 (que es, obviamente, superior a la posibilidad anterior, donde sólo ascendía a 7).

En definitiva, un sistema que persiguiera minimizar costos sociales debería generar los incentivos adecuados para que el potencial dañador adopte esas medidas que cuestan 5. No menos, pero tampoco más.

En este estado básico del análisis se pueden considerar tres tipos de sistemas jurídicos para evaluar cuál de ellos satisface mejor ese objetivo. Por simplicidad, no consideraré ningún detalle específico de esos sistemas (como las variantes derivadas de los diferentes criterios de causalidad posibles o cuestiones relacionadas con la antijuridicidad), y supondré que no hay ninguna otra influencia, sea externa al ordenamiento jurídico en general (como por ejemplo, la moral), o interna a dicho sistema, en cualesquiera de sus ramas (normas administrativas, penales, etc.), que incida en la conducta de nuestro abstracto dañador potencial.

En consecuencia:

**a) *Ausencia de responsabilidad***

Imaginemos, como primera posibilidad, un sistema jurídico en el cual no exista ninguna responsabilidad por daños. Algunos desavisados críticos de todo análisis económico de las instituciones suelen pensar que este tipo de análisis aconseja proceder de este modo. Suponen que si no tiende a eliminar la responsabilidad, al menos conduce a reducir el monto de las indemnizaciones al mínimo políticamente posible, en pos de producir riqueza. Sin embargo, es fácil advertir que esas posibilidades son claramente ineficientes. Si el dañador no debiera afrontar ningún tipo de responsabilidad por sus acciones, y sus motivaciones son como antes las expuse, entonces el nivel de precaución sería de 0, lo que elevaría el costo social a 9, lo cual es, evidentemente, lejano al óptimo. Más aún, según los supuestos generales (empleando funciones continuas de las características generalmente utilizadas para esta finalidad), puede pro-

barse matemáticamente que cualquier indemnización que no comprenda el total del daño causado determinará un resultado ineficiente. La observación obvia, es que el análisis económico convencional de este tipo de situaciones no suele ser lo que algunos creen, ni lleva tan ligeramente a los resultados que algunos de sus refutadores temen.

**b) Responsabilidad objetiva**

Supongamos, a continuación, que el caso en estudio está incluido en el campo de la responsabilidad objetiva. Es indiferente qué factor de atribución determine ese encuadre: simplemente, interesa aquí que el dañador, sobre la base de este hipotético sistema que intentamos estudiar, responda por todos los perjuicios que cause, cualquiera sea la diligencia con que haya actuado.

Aquí también puede aparecer una confusión bastante frecuente. Suele pensarse que los sistemas de responsabilidad objetiva eliminan los incentivos para prevenir. Si, en definitiva, siempre va a responder -se podría intuir- el potencial dañador no tendría ningún interés para invertir en prevención. Por el contrario, puede destinar lo que ahorre en ese concepto a pagar las indemnizaciones que resulten a su cargo.

El problema de este razonamiento es que soslaya que la causación de los daños, en este tipo de casos, depende *únicamente de la prevención, y prevenir menos, generará mayores indemnizaciones*. Luego, el dañador potencial, en el ejemplo, preferirá asumir el menor nivel de costos *totales* (costos de prevención + indemnización). Si el valor de la indemnización a afrontar coincide con los perjuicios causados, entonces, el costo total a cargo del dañador coincidirá con el costo social, y por lo tanto, ese sujeto decidirá adoptar el nivel de prevención que implique un costo de 5. Lo hará si persigue su propio interés, y con objetivos meramente "egoístas". En esas condiciones y con las bases expuestas, el sistema de responsabilidad objetiva será eficiente.

**c) Responsabilidad subjetiva**

Como antes lo insinué, en el ámbito jurídico de los países de herencia romanista, la caracterización de la culpa no se vincula explícitamente a consideraciones de costos, sino a estándares representados por

modelos ideales ("*buen padre de familia*", "*buen comerciante*") o por referencia a conjuntos de prácticas sociales ("*las diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación correspondiente a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar*"). En ambos casos, pese a sus diversidades, subsiste la idea de *mínimos* exigibles. A partir de ese umbral mínimo de precauciones debidas, el individuo que las cumpla no será culpable, sin que importe de allí en más cuanta diligencia asuma en exceso por sobre ese mínimo. Y si la responsabilidad -en un cierto género de casos- requiere su culpabilidad, esa ausencia de culpa determinará la correlativa carencia de responsabilidad.

Estas ideas en torno de la culpa pueden correlacionarse con *niveles de costos*, cuando se evalúan como sacrificios o molestias que tienden a disminuir la probabilidad y/o la magnitud de un daño. A veces puede referirse a dispositivos muy evidentes, como cinturones de seguridad o *airbags*. Otras, no obstante, pueden involucrar costos más sutiles, como las acciones de mirar por el espejo retrovisor, poner luces de giro, o reducir la velocidad. Todas estas acciones involucran, para este razonamiento, "*costos*", en cuanto constituyen cargas, molestias, o sacrificios que el agente no asumiría si no quisiera prevenir. La valuación monetaria de estos costos menos evidentes es una cuestión interesante, pero independiente de su caracterización conceptual.

Dos observaciones pueden servir para completar estas ideas. En primer lugar, este pasaje de *acciones tendientes a prevenir a asunción de costos*, para integrarse útilmente al razonamiento requiere suponer que se trata de "*dinero bien empleado*": Si un excéntrico automovilista decidiera instalar un sistema de frenos de oro, seguramente asumiría un costo superior al que demande un sistema ordinario, pero ello no redundaría en mayor prevención, por lo cual no podría considerarse que todo el costo del sistema pueda traducirse directamente en un costo de prevención. Por otra parte, a veces se indica mediante términos como "*temeridad*" que la culpa también puede consistir en *hacer más* de lo debido. Sin embargo, aún en estos casos, el sujeto que se comporta temerariamente, aunque gaste más por hacerlo (por ejemplo, gastaría más combustible conduciendo a más velocidad), *asume menos costos* de prevención con relación a aquellos que soportaría de cumplir la conducta debida, dado que aquello que se hace *en más* (conducir a más velocidad, en el ejemplo anterior, o embarcarse en tareas para las que se carece de competencia, etc.), tiende a satisfacer los

deseos privados del sujeto que lo realiza, pero no importa un sacrificio a su bienestar, que tienda a prevenir.<sup>38</sup>

Con estas salvedades, parece razonable pensar en un nivel de costos de prevención que traduzca esa idea de *mínimo exigible*. Superar ese mínimo -invertir más en prevención- será desde el punto de vista de la configuración de la culpa, irrelevante. Invertir menos, al contrario (cualquiera sea el monto en cuestión), importará la existencia de culpa.

Para la determinación de ese mínimo exigible, los analistas suelen comenzar suponiendo que el mismo coincide con el óptimo social. Esto significaría, en nuestro ejemplo, que el dañador sería considerado culpable si no adoptara, como mínimo, esa prevención que se traduce en un costo de 5. Más allá de la traslación de los conceptos usuales de culpa a costos, que ese punto de inflexión entre *culpa* y *ausencia de culpa* se sitúe en el óptimo social dispara un tema complejo. Esa identidad podría darse por diversas circunstancias, sea por mera casualidad, por la decisión de un legislador o de un juez eficientista que interpretara las normas con ese criterio, o porque el grado de diligencia que se considere exigible en la sociedad (si la culpa se determina con base en ese estándar), coincida -por algún motivo- con ese óptimo. Pero supongamos por ahora que así ocurre, y que el dañador será considerado culpable si no asume al menos, frente a las opciones del ejemplo, un costo de prevención de 5.

En esas condiciones, en consecuencia, el potencial dañador puede adoptar una de tres posibilidades.

- Si decide no invertir en prevención (invertir 0), deberá responder por 9, que será el costo total a afrontar.
- Si decide, en cambio, invertir 5, habrá alcanzado el nivel de diligencia exigido, y por lo tanto no responderá por ningún daño que pueda causar, dada su falta de la culpa, que constituye -por hipótesis- una de las condiciones necesarias para el nacimiento de la responsabilidad en este sistema.

---

<sup>38</sup> La discusión detallada de estas probabilidades excede los propósitos de este trabajo. En todo caso se trata de posibilidades de interpretar ciertas bases conceptuales en términos correlativos, lo cual deja márgenes interesantes para el debate.

- Si finalmente, invierte 10, tampoco será responsable, pero habrá afrontado un costo superior al mínimo posible: 10, contra el mínimo de 5.

De tal modo, según las bases iniciales, el dañador se verá inclinado a adoptar un nivel de inversión en precaución de 5. Este coincide con el óptimo, y por lo tanto el sistema llevará a un resultado eficiente.

De este sencillo análisis y según los puntos de partida asumidos, puede concluirse que:

- En *ausencia de responsabilidad* los dañadores no tomarán precaución. El sistema será ineficiente.
- En *sistemas de responsabilidad objetiva*, elegirán el nivel de precaución socialmente óptimo, por lo cual el sistema será eficiente.
- En *sistemas de responsabilidad subjetiva*, también elegirán el nivel de precaución óptimo que es lo mismo que decir que el sistema conduce a resultados eficientes.

Estas conclusiones resultan, por cierto, llamativamente optimistas en lo concerniente a la relación de los sistemas de responsabilidad y la eficiencia. No obstante, un análisis más refinado lleva a conclusiones diferentes.

Un economista neoclásico podría cuestionar, por ejemplo, que el primer caso (ausencia de responsabilidad) también llevaría a un resultado eficiente. Ello ocurriría porque la víctima tendría incentivos para pagar al dañador para que adopte el nivel óptimo de cuidado. Pagaría algo más de 5, para que el dañador invierta 5 en prevención y le quede a su favor alguna cantidad, que siempre sería una mejora para ese dañador. La víctima también mejoraría, ya que la alternativa habría sido sufrir un daño de 9, sin compensación ulterior alguna.

A este razonamiento se le podría replicar que en la realidad las víctimas no pueden identificar y negociar indeterminadamente con futuros dañadores, de un modo razonable, por lo cual esta solución es prácticamente imposible. Sin embargo, se podría cuestionar, nuevamente, qué

tiene de realista, entonces, pensar que el dañador o el juez, pueden conocer el monto óptimo de la inversión en prevención. Las mismas imperfecciones anteriores, propias de la realidad, afectan igualmente esta asunción.

Estos debates simples motivan, también, otro tipo de comentarios. En primer lugar, la identidad de resultados entre los sistemas de responsabilidad objetiva y subjetiva es sólo *asignativa*, pero no *distributiva*. Aunque en ambos casos el dañador asumirá un costo de prevención de 5 y el costo social será de 7, bajo un sistema objetivo el dañador soportará íntegramente ese costo total, mientras que, bajo un sistema de responsabilidad subjetiva, sólo cargará con 5 y la víctima con 2. Los sistemas, también, difieren en los costos administrativos que genere su implementación.

Para quien se introduce en este tipo de análisis suele resultar llamativo que, cuando los modelos se hacen más complejos, los resultados varíen tan diametralmente como lo hacen. Podríamos estar inclinados a prever que sucesivos refinamientos harían diferir las conclusiones en aspectos de detalle, pero que su contenido fundamental debería quedar inalterado. No obstante, ello no ocurre así.

Uno de los refinamientos más sencillos consiste en suponer que *también la víctima* puede influir en el hecho dañoso -lo cual parece bastante realista-. También, se puede pensar que la precaución no es una única entidad que pueda ser observada de modo completo y definido, sino que comprende muchas circunstancias que pueden ser interpretadas como *dimensiones* de un mismo problema. En la circulación de automóviles, por ejemplo, pueden constituir medidas de precaución tanto contar con espejo retrovisor, cuanto mirarlo con cierta frecuencia. Sin embargo, la carencia de un espejo es más fácilmente perceptible como un signo de precaución insuficiente, que su falta de empleo. Si generalizamos este tipo de cuestiones, puede sugerirse que en los sistemas subjetivos, de todas las dimensiones de la culpa sólo habrá incentivos suficientes para controlar aquellas fácilmente perceptibles, aunque las restantes influirán, también, en el resultado de la conducta.

Un aspecto de interés particular aparece cuando se distingue el *nivel de actividad* de los implicados como una *variable autónoma*. En estos casos

se puede observar un resultado muy interesante, en cuanto el beneficio (privado y, luego, social) en algunos casos, *se incrementa* a medida que más actividad se lleva a cabo, pero ese *incremento es menor que el incremento de dicha actividad*. Luego, si nos situamos en un sistema de responsabilidad subjetiva y el incremento del *nivel de actividad* (sea que consista, por ejemplo, en incrementar la distancia caminada, para un peatón, o la cantidad de kilómetros recorridos, para un automovilista) no se incluye dentro de las dimensiones perceptibles de la precaución, esto implicará que quienes lleven a cabo tales actividades no tendrán incentivos para restringirse al óptimo social. Luego, en estas nuevas condiciones, los sistemas subjetivos darán resultados ineficientes.<sup>39</sup>

En definitiva, este somero recuento de algunos refinamientos posibles intenta expresar que, en un cierto punto, las conclusiones básicas, tan optimistas en torno de la eficiencia de ambos grupos de sistemas de responsabilidad (objetivo y subjetivo) se debilitan, hasta invertirse. Basta incluir en el modelo la influencia de la víctima sobre el daño y distinguir el nivel de actividad como variable autónoma (a la vez), para que las conclusiones pasen a ser aparentemente pesimistas en todos los casos: en estas condiciones *ninguno* de ambos sistemas usuales será eficiente.

Más aún: otras instituciones habituales, como el seguro de responsabilidad civil, inciden de modo determinante en los efectos predecibles de los sistemas. El análisis de esas mismas instituciones -a partir de sus versiones algo detalladas-, conduce a conclusiones igualmente pesimistas en cuanto a la consistencia de los sistemas que las incluyen y la eficiencia.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Desarrollamos este caso más extensamente (y también, de modo formal) en ACCIARRI, H. A., CASTELLANO, A. y BARBERO, A., "Análisis Económico de la Responsabilidad Civil..." cit., (1999).

<sup>40</sup> Tratamos algunos de estos aspectos con mayor detalle en ACCIARRI, H. A. y CASTELLANO, A. "Mandatory Third Party Insurance: God, the Devil, and the Details" (April 22, 2005). *BERKELEY PROGRAM IN LAW & ECONOMICS. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*. Paper 9. <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/9>, reproducido también en *THE ICFAI JOURNAL OF INSURANCE LAW*, Vol IV, N°1, p. 15 a 36 (Hyderabad, India, 2006)

## VII.- Algunas reflexiones finales (que no importan conclusión)

Los párrafos que anteceden están lejos de proveer suficiente material para extraer conclusiones definitivas. Pueden motivar, sin embargo algunos comentarios.

En primer lugar, si las consecuencias empíricas de las normas y de las decisiones jurídicas *importan*, parece razonable explorar los instrumentos para prever la influencia del Derecho en la conducta de los individuos. Si, entre esas consecuencias, se entiende que la eficiencia es un objetivo socialmente valioso, es útil predecir qué conjunto de conductas conducirán a esa meta. Esta idea de eficiencia probablemente se manifieste en muchas situaciones en las cuales intuimos que es razonable o justo exigir a alguien un esfuerzo privado, cuando esa carga determine un beneficio, que estimamos superior, para otros integrantes de la sociedad. Si un profesor supone que la puerta abierta del aula genera una pérdida de bienestar para los ocupantes de la misma (por ejemplo, porque entra una corriente de aire frío o un nivel de ruido inconveniente), probablemente le pida al alumno más cercano que la cierre y difícilmente se lo solicite a alguien ubicado lejos de esa puerta. Esa decisión podría ser interpretada a la luz de este tipo de ideas: hay aquí un beneficio previsible de esa acción, que se supone preferible al costo individual implicado para el sujeto que deba realizarla. El mismo beneficio podría obtenerse si cualquier otro alumno o el profesor mismo, cerraran esa puerta, pero parece razonable que actúe quien puede obtener el efecto deseado con la menor molestia (el menor costo). El mismo alumno implicado probablemente considere natural que se le requiera asumir esa pequeño esfuerzo (soportar ese costo), en tales condiciones.

Pueden cuestionarse muchos aspectos de este argumento. Puede pensarse que ese modo de discurrir, que parece justo en este caso, no puede generalizarse para todas las situaciones. Que no se puede equiparar el costo de levantarse y mover una puerta, con el de perder un miembro o la vida de un ser querido en aras de un beneficio social que se traduzca, por ejemplo, en la producción de algunos automóviles adicionales, aunque estos tengan un valor de mercado superior a la indemnización por las pérdidas personales implicadas. Puede cuestionarse también que el hipotético profesor no pediría *siempre* al alumno más cercano esa acción, sino que evaluaría otras cosas (no se lo pediría por



ejemplo, a alguien que sufre una discapacidad motora, aunque sea el más cercano a la puerta). O, todavía, que *no puede conocerse* si la molestia subjetiva del alumno más cercano a la puerta no impactaría en su bienestar, más que el impacto de la acción de un alumno más lejano, en el suyo propio.

Estas objeciones, sin embargo, no refutan el muy modesto postulado inicial, consistente, simplemente, en que *en ciertos casos* puede considerarse valioso apuntar a *ciertos estados del mundo* eficientes (o superiores a otros). Y con ello alcanza para sostener la importancia de estudiar las posibilidades de prever la influencia de las normas y decisiones jurídicas, en la obtención de esos estados de cosas. En una versión modesta, al menos, puede pensarse en la eficiencia como *un objetivo deseable entre muchos*, ni siquiera prioritario, pero que *coeteris paribus*, haría preferible un estado de cosas a otro. Si algo de esto fuera así, no parece trivial estudiar los efectos de las normas de responsabilidad respecto de la eficiencia. La imposibilidad de alcanzar el estado óptimo mediante el funcionamiento de los sistemas jurídicos reales, por otro lado, tampoco es una buena excusa para no estudiar y distinguir los caminos para arribar a resultados *superiores e inferiores*. La imperfección de la realidad y nuestras limitaciones teóricas impiden lo primero, pero no alcanzan para eximirnos de lo segundo: al contrario, es posible identificar sectores o géneros de casos, en los cuales ciertas restricciones son más acuciantes que otras y -en una fase diferente- actuar en consecuencia.

No obstante, aún si descartáramos que la persecución de la eficiencia pueda resultar -en cualquier medida- valiosa, todavía podría ser importante prever la influencia del sistema jurídico con relación a *otros* fines que se estimen deseables, aún en aspectos muy parciales del sistema. Podrían tenerse en cuenta, por ejemplo, las diferencias entre distintos sistemas de control de daños con relación, no ya a la *asignación* de los recursos y esfuerzos (problema relacionado con la eficiencia), sino a su *distribución* entre las víctimas y dañadores. Este tipo de cuestiones, como se vio en el simple análisis de sistemas de responsabilidad objetivos y subjetivos, también puede estudiarse por los métodos antes expuestos.

En este sentido, no parecería muy razonable afirmar que la *distribución* no es materia del análisis económico, pero alguna sombra de duda podría plantearse con relación a otros aspectos, que -podría pensarse- no

atañen a la Economía. Sin embargo, de un modo algo más sutil y más general, podría observarse que la referencia a la *Economía*, en análisis similares a los reseñados, apunta más bien a *un cierto modo de estudiar la conducta humana y los factores que la influyen*. Si fuera así, no habría lugar a la objeción que imputara que, en esos casos, no se trataría estrictamente de un análisis *económico*.<sup>41</sup>

Desde un punto de vista diferente podrían cuestionarse otros aspectos de ese modo de estudiar estos problemas, con independencia de la discusión acerca de los objetivos que signan el análisis. Podría criticarse, inicialmente, la excesiva simplicidad o hasta ingenuidad, involucrada en este modo de estudiar la conducta y el Derecho.

Frecuentemente surgen ataques que objetan, por ejemplo, que la gente no tiene una información siquiera cercana a la perfección y que ello es suficiente para invalidar todo género de análisis de esta clase. Estas objeciones, sin embargo, suelen vincularse a la simplicidad *de los ejemplos concretos de análisis que conoce el pretendido refutador*, más que a las limitaciones que afectan, en general, a estas modalidades de análisis. Al contrario, esa simplicidad suele ser propia de las exposiciones básicas, mientras que los modelos avanzados pueden refinarse

---

<sup>41</sup> Es posible efectuar este tipo de análisis con relación a aspectos muy específicos y objetivos muy restringidos. Se puede coincidir por ejemplo, en que la demora indefinida en los procesos judiciales es indeseable y dejar en suspenso las razones más profundas por las cuales considerarla negativa. Y a partir de allí, estudiar la incidencia de algún factor en los incentivos para demorar. En Argentina, por ejemplo, fue muy frecuente oír que la aplicación de la tasa de interés *pasiva* era un factor que incentivaba la demora de los juicios. Esas opiniones en general se suponían auto-evidentes, aunque -paradójicamente- involucraban implícitamente el mismo género de cuestiones que estos análisis tratan de modo explícito (incentivos para actuar, información, análisis costo-beneficio, etc.). Procuramos analizar sistemáticamente el problema, en ACCIARRI, H. A., TOLOSA, P. e IRIGOYEN TESTA, M., "La Tasa de interés judicial y la demora de los procesos", en la ponencia presentada ante las *XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*". Publicación en CD Rom. Buenos Aires, setiembre de 2001 y algo más formalmente en ACCIARRI, H. A., CASTELLANO, A. y BARBERO, A., "Tasa de Interés Judicial y Costos Sociales de los Juicios por Daños. Un modelo de incentivos para la demora" en *Anales de la Asociación Argentina Economía Política*" (2002) [http://www.aaep.org.ar/espa/anales/PDF\\_02/acciarri\\_castellano\\_barbero.pdf](http://www.aaep.org.ar/espa/anales/PDF_02/acciarri_castellano_barbero.pdf)

indeterminadamente para intentar captar esas imperfecciones del mundo real.<sup>42</sup>

Las motivaciones de la conducta humana seguramente son enormemente más complejas que las que pueden captar los sencillos modelos expuestos en los párrafos anteriores. Las corrientes *Neoinstitucionalistas* y *Behavioristas* de la Economía y las Ciencias Sociales, por ejemplo, centran buena parte de su preocupación en esos aspectos. ¿Integran el AEDD esos análisis que escapan tan drásticamente de los puntos de partida de la Economía Neoclásica o son algo diferente? ¿Son aproximaciones enteramente alternativas o pueden integrarse, de modo complementario? Retornando a un aspecto anterior ¿Es posible pensar en AEDD sin referencia, por ejemplo, a objetivos de eficiencia?<sup>43</sup> Probablemente algunas respuestas demasiado categóricas a estas preguntas entrañen una excesiva fe nominalista, entendida como una relación trascendente e invariable entre los nombres de las cosas y las cosas. Quizás, sea poco interesante pensar en distinciones tajantes entre ciertos conjuntos de métodos de estudio que comparten algún *aire de familia*. Posiblemente, en cambio, incorporar esos métodos constituya una mejora para el debate de algunas cuestiones reconocidamente relevantes en el ambiente del Derecho.

---

<sup>42</sup> Al respecto, ULEN, T. S. "Rational Choice Theory in Law & Economics", en Bouckaert, B. y De Geest, G (editores), *Encyclopedia of Law and Economics*, Publ. por Edward Elgar, y la Universidad de Gante, Bélgica, <http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html>, documento 0710 (1999). Precisamente los problemas de información, costos de transacción y restricciones e imperfecciones de la realidad, en general, constituyen áreas muy fértiles de estudio -y los investigadores en esas áreas han merecido una buena parte de los premios Nobel de Economía otorgados los últimos años-. Las exposiciones básicas procuran únicamente mostrar los rasgos más sencillos de un conjunto de métodos de análisis con aire de familia entre sí. Pero esa sencillez y esquematicidad no es inherente a esos métodos, sino a las necesidades propias de la exposición introductoria. Más allá de esa estrecha frontera existe una abundantísima literatura y una ilimitada posibilidad de estudiar particularidades de los agentes y de los sistemas.

<sup>43</sup> Una muy interesante reseña en torno de las respuestas a estas preguntas puede encontrarse en, MERCURO, N y MEDEMA, S. en *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, Princeton (1997).