



INSTITUTO  
PARAGUAYO DE  
DERECHO &  
ECONOMÍA

————— Revista de —————  
**DERECHO & ECONOMÍA**  
del Paraguay

---

PRIMERA EDICIÓN

Asunción - Paraguay

2021



*La publicación de la presente obra se realiza con fines exclusivamente académicos. La reproducción del contenido es efectuada citando debidamente las fuentes y respectivos autores. La responsabilidad por los trabajos publicados y las opiniones vertidas en ellos corresponden en exclusividad a sus autores.*

*La Revista de Derecho y Economía del Paraguay es una publicación anual realizada en conjunto por la Sociedad de Derecho y Economía de la Universidad Católica de Asunción y el Instituto Paraguayo de Derecho y Economía con fines de promover el desarrollo educativo y científico a través del estudio del análisis económico del derecho.*

**SOCIEDAD DE DERECHO Y ECONOMÍA DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE ASUNCIÓN - SODEUC**

[www.sodeuc.org.py](http://www.sodeuc.org.py)

[info@sodeuc.org.py](mailto:info@sodeuc.org.py)

Independencia Nacional y Comuneros.

Asunción, Paraguay.

**INSTITUTO PARAGUAYO DE DERECHO Y ECONOMÍA - IPDE**

[www.ipde.org.py](http://www.ipde.org.py)

[info@ipde.org.py](mailto:info@ipde.org.py)

Tel: +59521447739

Telefax: +59521496038

Fulgencio R. Moreno 509, Edificio “De la Colina”

Asunción, Paraguay.

Edición: Guadalupe Leguizamón - Estudio Benítez

Diseño y Diagramación: Nathalie Pereira - Estudio Benítez

DISTRIBUCIÓN GRATUITA

## CONSEJO EDITOR

Sol Livieres  
**Directora de la revista**

Brenda Copani  
**Vicedirectora de la revista**

Julio Casola  
Belén Zorraquín  
Luciana Callizo  
Paola Silguero  
**Editores**

## CONSEJO ASESOR

Nicolás Dos Santos  
**Director de Investigación y  
Publicaciones por parte del IPDE**

María José Villalba  
**Directora de Investigación y  
Publicaciones por parte del IPDE**

Luis Argaña  
Iván Acuña  
Daniel Alvarez  
Tomás Mersán  
**Miembros**

# CONSEJO DIRECTIVO DEL IPDE

- *Presidente: Tomás Mersán*
- *Vicepresidente: Daniel Alvarez*
- *Miembro Titular: Luis Carísimo*
- *Miembro Titular: Rossana Fernández*
- *Miembro Titular: Diego Zavala*
- *Miembro Suplente: María José Villalba*
- *Miembro Suplente: Nicolás Dos Santos*

# CONSEJO DIRECTIVO DE LA SODEUC 2020-2021

- *Presidente: Alberto Fleytas Squef*
- *Vicepresidenta: Paola Talavera*
- *Secretario General: Isaac Gutiérrez*

## ***Revista y Producción Científica***

- *Directora: Sol Livieres*
- *Vicedirectora: Brenda Copani*

## ***Marketing y Comunicaciones***

- *Director: Camilo Sánchez*

## ***Networking y Eventos Sociales***

- *Director: Luciano Sánchez*
- *Vicedirector: Gonzalo Livieres*

## ***Extensión Universitaria***

- *Director: Rafael Silva Velázquez*
- *Vicedirector: Mauricio Vera Pastore*

## ***Capacitación Académica y Técnica***

- *Director: Gonzalo Martínez*
- *Vicedirectora: Fiorella Méndez*

## ***Administración y Finanzas***

- *Director: Tomás Portillo Prono*
- *Vicedirector: Álvaro Portillo Prono*

# CONTENIDO

## 09.

Introducción al derecho y a la economía.

**Robert D. Cooter y Thomas Ulen.**

## 22.

Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho.

**Gabriel Doménech Pascual.**

## 48.

Esquizofrenia jurídica.  
El impacto del análisis económico del derecho en Perú.

**Alfredo Bullard G.**

## 76.

El problema del costo social.

**Ronald H. Coase.**

## 116.

Algunas reflexiones sobre la distribución del riesgo y la responsabilidad civil extracontractual.

**Guido Calabresi.**

## Reseña del Artículo “*Introducción al derecho y a la economía*” de Robert Cooter y Thomas Ulen

Generalmente, la percepción que tiene una persona del derecho se traduce en proyectarlo como una herramienta para promover e impartir justicia. Sin embargo, el Análisis Económico del Derecho (en adelante, AED) nos ofrece otra visión. El derecho, para los economistas, se concibe como una herramienta para cambiar el comportamiento de la población y como un instrumento para alcanzar los objetivos de leyes, sanciones, reglamentos y políticas públicas.

El AED es una herramienta transversal a toda rama del mundo jurídico, pues cubre muchas de las tantas lagunas legales y, por su intermedio, se describen fenómenos que no pueden ser explicados desde una percepción netamente jurídica.

Anteriormente –tal y como *Robert Cooter* y *Thomas Ulen* lo manifiestan-, analizar el impacto de una ley, reglamento o política pública significaba recurrir más que nada a la intuición, no existía un mecanismo con base científica para predecir el efecto que la misma podría tener. Con el aporte de juristas y economistas, se logró concebir y estructurar lo que hoy día se conoce como AED. Utilizando las nociones económicas de *Precio*, *Eficiencia* y *Distribución*, es posible vaticinar las consecuencias que acarrearía la promulgación de una norma legal, o determinar la forma más justa y beneficiosa de resolver una disputa jurídica.

El artículo siguiente es un extracto de la obra magistral de *Robert Cooter*<sup>1</sup> y *Thomas Ulen*<sup>2</sup> denominada “*Derecho y Economía*”. En la misma, el lector encontrará algunas nociones básicas del AED y podrá conocer de manera general e introductoria sobre qué trata, qué propone y cuál es la utilidad del instituto jurídico en cuestión.

Los autores abarcan el concepto de AED brindando una breve, pero al mismo tiempo sustancial, exposición de las más valiosas contribuciones de las ciencias económicas al proceso de proyección, formación y sanción de leyes, y, a través de ejemplos prácticos, ofrecen una explicación sobre cómo se aplican dichas herramientas económicas a una situación fáctica en particular.

Se considera que el ensayo es una importante ventana para todo aquel que desee aprender y conocer sobre qué versa el AED, pues sirve para introducirse en el tema y, además, genera altas expectativas respecto del mismo.

**“El derecho necesita a la economía para comprender sus consecuencias en el comportamiento, y la economía necesita al derecho para entender los fundamentos de los mercados”.** Allí radica la importancia de unir esfuerzos entre ambas disciplinas científicas y de conocer lo que el AED plantea.

---

<sup>1</sup> Doctor en Economía por la Universidad de Harvard. Profesor de la Universidad de Berkeley. Coeditor de la *International Review of Law and Economics*. Cofundador y Ex Presidente (1994-1995) de la *American Law and Economics Association*.

<sup>2</sup> Doctor en Economía por la Universidad de Stanford. Profesor de la Universidad de Illinois. Ex miembro de la junta directiva fundadora de la *American Law and Economics Association* y autor de importantes y renombradas obras en materia de Derecho y Economía.



# INTRODUCCIÓN AL DERECHO Y A LA ECONOMÍA

**Robert D. Cooter y Thomas Ulen\***

Para el estudio racional del derecho es posible que el hombre del portafolios sea el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el hombre de la estadística y el conocedor de la economía [...] Sabemos que para obtener una cosa debemos renunciar a otra, y que se nos enseña a comparar la ventaja que ganamos con la ventaja que perdemos, y a saber lo que estamos haciendo cuando elegimos.

OLIVER WENDELL HOLMES, “The Path of the law”,  
*Harvard Law Review* 10, 457, 469, 474 (1897)<sup>1</sup>

Para mí, el aspecto más interesante del movimiento del derecho y la economía ha sido su aspiración a colocar el estudio del derecho sobre una base científica, con una teoría coherente, con hipótesis precisas deducidas de la teoría, y verificaciones empíricas de las hipótesis. El derecho es una institución social de enorme antigüedad e importancia, y no puedo ver ninguna razón para que no sea susceptible al estudio científico. La economía es la más avanzada de las ciencias sociales, y el sistema legal contiene muchos paralelos y traslapes con los sistemas que los economistas han estudiado con éxito.

JUEZ RICHARD A. POSNER, en Michael Faure  
y Roger Van den Bergh (comps.),  
*Essays in Law and Economics* (1989)

Nota: El presente artículo es un extracto literal del capítulo “Introducción al derecho y la economía” de la obra “Derecho y economía” publicada por Robert D. Cooter y Thomas Ulen, Editorial Fondo de Cultura Económica. Por este motivo, podrían presentarse referencias no coincidentes con los números de páginas y/o capítulos.

\* Robert D Cooter, es doctor en economía por la Universidad de Harvard; profesor de la Universidad de California en Berkeley y autor de libros y artículos sobre derecho privado y constitucional, economía y desarrollo jurídico. Se le considera uno de los pioneros en el campo del análisis económico del derecho. Es coeditor de la Revista Internacional de Derecho y Economía, y es uno de los fundadores de la Asociación Estadunidense de Derecho y Economía. Thomas Ulen, es doctor en economía por la Universidad de Stanford; profesor emérito, investigador y director del programa de Derecho y Economía en la Universidad de Illinois en Urban-champaign y autor de diversos libros y artículos en materia jurídica y económica. En el colegio de Derecho es coorganizador del Congreso Anual de la Asociación de Derecho y Economía del Medio Oeste.

<sup>1</sup> Nuestro estilo de cita es una variante del estilo de citación legal que se utiliza de manera más común en los Estados Unidos. Esto es lo que significa la cita: el autor del artículo del que se tomó la cita es Oliver Wendell Holmes; el título del artículo es “The Path of the Law”, y el artículo se puede hallar en el vol. 10 de la revista Harvard Law Review, publicado en 1897, y comienza en la p. 457- El material citado proviene de las pp. 469 y 474 de dicho artículo.

Hasta hace poco tiempo, el derecho confiaba el uso de la economía a las áreas de las leyes antimonopólicas, las industrias reguladas, los impuestos y temas especiales como la determinación de los daños monetarios. El derecho necesitaba a la economía en estas áreas para contestar interrogantes como “¿cuál es la participación del demandado en el mercado?”, “¿el control de precios de los seguros automotrices reducirá su disponibilidad?”, “¿quién soporta en realidad la carga del impuesto a las ganancias de capital?” y “¿cuánto ingreso futuro podrían perder los hijos por la muerte de su madre?”.

Esta interacción limitada cambió drásticamente a principios de la década de 1960, cuando el análisis económico del derecho se expandió hacia las áreas más tradicionales del mismo, como la propiedad, los contratos, los ilícitos culposos, el derecho penal y procesal penal, y el derecho constitucional<sup>2</sup>. En esta nueva utilización de la economía en el campo del derecho se formulaban interrogantes como “¿la propiedad privada del espectro electromagnético alentará su uso eficiente?”, “¿cuál sanción del incumplimiento contractual provocará una confianza eficiente en las promesas?”, “¿las empresas adoptarán la precaución adecuada cuando la ley las considere estrictamente responsables de los daños causados a los consumidores?”, y “¿la imposición de castigos más severos evitará la comisión de delitos violentos?”.

La economía ha cambiado la naturaleza de los estudios legales, el entendimiento común de las reglas y las instituciones legales e incluso la práctica del derecho.

Como una prueba, consideremos, estos indicadores del impacto de la economía sobre el derecho. Hacia 1990 al menos un economista se encontraba entre el personal docente de todas las escuelas de derecho de América del Norte y de algunas de Europa Occidental. En muchas universidades prominentes existen programas conjuntos (un doctorado en economía y un grado equivalente en derecho). Las revistas jurídicas publican muchos artículos que utilizan el enfoque económico, y hay varias revistas dedicadas exclusivamente a este campo<sup>3</sup>. En fechas recientes, un estudio exhaustivo reveló que en las principales revistas jurídicas estadounidenses se citan artículos que usan el enfoque económico con mayor frecuencia que los artículos que utilizan cualquier otro<sup>4</sup>. Ahora la mayoría de los cursos de las escuelas de derecho de los Estados Unidos incluyen por lo menos un breve resumen del análisis económico del derecho en cuestión. Muchas áreas legales sustantivas, tales como la del derecho corporativo, se enseñan a menudo desde una perspectiva de derecho y economía<sup>5</sup>. Hacia finales de los años noventa había organizaciones profesionales de derecho y economía en Asia, Europa, Canadá, Estados Unidos, América Latina, Australia y en otras partes. Este campo recibió el nivel de reconocimiento más alto en 1991 y 1992, cuando se otorgó el Primer Premio Nobel de Economía<sup>6</sup> consecutivamente a economistas que ayudaron a fundar el análisis económico del derecho: Ronald Coase y Gary Becker. Resumiendo todo esto, el profesor Bruce Ackerman, de la Escuela de Derecho de

<sup>2</sup> Se dice que el campo moderno se inició con la publicación de dos artículos seminales: Ronald H. Coase, “*The Problem of Social Cost*”, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 1, y Guido Calabresi, “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*”, *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, p. 499.

<sup>3</sup> Por ejemplo, el *Journal of Law and Economics* se inició en 1958; el *Journal of Legal Studies* en 1972; el *Research in Law and Economics*, el *International Review of Law and Economics* y el *Journal of Law, Economics and Organization* en el decenio de 1980, y el *Journal of Empirical Legal Studies* en 2004.

<sup>4</sup> William M. Landes y Richard A. Posner, “*The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study*”, *Journal of Law and Economics*, vol. 36, 1993, p. 385.

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, a Stephen M. Bainbridge, *Corporation Law and Economics*, Foundation Press, Nueva York, 2002.

<sup>6</sup> El nombre completo del Premio Nobel en Economía es el de Premio de Banco de Suecia en la Economía en Memoria de Alfred Nobel. Véase en el sitio web de nuestro libro una lista completa de los ganadores del Premio Nobel y descripciones breves de su trabajo.

Yale, describió el enfoque económico del derecho como “el desarrollo más importante del siglo xx en el campo de la investigación jurídica”.

El impacto de este nuevo campo va más allá de las universidades y llega a la práctica del derecho y la ejecución de las políticas públicas. La economía proporcionó los fundamentos intelectuales del movimiento de desregulación de la década de 1980, que en los Estados Unidos produjo cambios tan radicales como la disolución de los organismos reguladores que fijaban precios y rutas para aviones, camiones y ferrocarriles. La economía fue también la fuerza intelectual que impulsó la revolución de las leyes antimonopólicas de los Estados Unidos en las décadas de 1970 y 1980. En otra área de las políticas públicas, una comisión creada por el Congreso en 1984 para reformar el sistema de sentencias penales en los tribunales federales utilizó explícitamente los hallazgos del derecho y la economía para llegar a algunos de sus resultados. Por su parte, varios académicos destacados en el campo del derecho y la economía han sido designados jueces federales y han utilizado el análisis económico al definir sus opiniones: Stephen Breyer, ministro de la Suprema Corte de los Estados Unidos; los jueces Richard A. Posner y Frank Easterbrook, del Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos; el juez Guido Calabresi, del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos; el juez Douglas Ginsburg y el ex juez Robert Bork, del Tribunal de Apelaciones del Circuito de Columbia de los Estados Unidos, y el juez Alex Kozinski, del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos.

## 1. ¿QUÉ ES EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?

¿Por qué ha tenido éxito el análisis económico del derecho, sobre todo en los Estados Unidos, pero cada vez más también en otros países?<sup>7</sup> Como el conejo en Australia, la economía encontró un nicho vacante en la “ecología intelectual” del derecho y lo ocupó con rapidez. Para explicar este nicho, consideremos esta definición clásica de algunos tipos de derecho: “Una ley es una obligación respaldada por una sanción estatal”.

Los legisladores se preguntan a menudo: “¿Cómo afectará una sanción al comportamiento?” Por ejemplo, si se condena al fabricante de un producto defectuoso a pagar los daños, ¿qué ocurrirá con la seguridad y el precio del producto en el futuro? O bien, ¿disminuirá la cantidad de delitos si se encarcela automáticamente a quienes delincan por tercera vez? En 1960 los abogados contestaban tales interrogantes en una forma muy similar a como lo habían hecho 2000 años atrás: con base en la intuición y la consulta de cualquier dato disponible.

La economía aportó una teoría científica para pronosticar los efectos de las sanciones legales sobre el comportamiento. Para los economistas, las sanciones son como los precios y, supuestamente, los individuos responden a estas sanciones de una manera muy similar a como responden ante los precios. Los individuos responden a una elevación de los precios consumiendo menos el bien más caro, de modo que, supuestamente, los individuos responden ante las sanciones legales más severas realizando menos de la actividad

<sup>7</sup> Véase Nuno Garoupa y Thomas S. Ulen, “The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States”, *Alabama Law Review*, vol. 59, 2008, p. 1555.

sancionada. La economía cuenta con teorías matemáticamente precisas (la teoría de precios y la teoría de juegos) y métodos empíricamente razonables (la estadística y la econometría) para analizar los efectos de los precios implícitos que las leyes imponen sobre el comportamiento.

Consideremos un ejemplo jurídico. Supongamos que un fabricante sabe que su producto dañará a veces a los consumidores. ¿En qué medida mejorará la seguridad del producto? Para una empresa maximizadora de su ganancia, la respuesta depende de tres costos: primero, el costo de hacer que el producto sea más seguro, el que a su vez depende de ciertas características del diseño y la manufactura; segundo, la responsabilidad legal del fabricante por daños causados a los consumidores, y, tercero, la medida en la que los daños desalientan a los consumidores de comprar el producto. El productor maximizador de beneficios ajustará la seguridad hasta que el costo de la seguridad adicional iguale el beneficio de la reducción de la responsabilidad y una mayor demanda del producto por parte del consumidor.

Generalizando, podemos decir que la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante las leyes. Esta teoría rebasa la intuición, así como la ciencia rebasa el sentido común. La respuesta de los individuos siempre es relevante para hacer, revisar, derogar e interpretar las leyes. Uno de los ensayos más famosos sobre el derecho y la economía describe la ley como una catedral: un edificio grande, antiguo, complejo, hermoso, misterioso, sagrado<sup>8</sup>. La ciencia del comportamiento se asemeja a la argamasa que se encuentra entre las piedras de la catedral, la cual sostiene a cada piedra.

Una predicción puede ser neutra o cargada con respecto a los valores sociales.

Un estudio halló que, presuntamente, las multas más altas por exceso de velocidad en las autopistas hacen que la velocidad se exceda menos. A fin de cuentas, ¿esto es bueno o malo? El hallazgo no sugiere una respuesta. En contraste, supongamos que un estudio demuestra que el costo adicional del cobro de multas más altas es superior al beneficio resultante de un menor número de accidentes, por lo que una multa más elevada sería “ineficiente”. Este hallazgo sugiere que una multa más elevada sería perjudicial. La eficiencia siempre es relevante para la elaboración de políticas, ya que los funcionarios públicos nunca defienden el despilfarro del dinero. Como muestra este ejemplo, además de predicciones neutras, la economía hace que las predicciones cargadas, los jueces y otros funcionarios requieran un método para evaluar los efectos de las leyes en los valores sociales importantes. La economía proporciona dicho método para la eficiencia.

Además de la eficiencia, la economía pronostica los efectos de las leyes sobre otro valor importante: la distribución del ingreso. Entre las primeras aplicaciones de la economía a las políticas públicas se encontraba su utilización para pronosticar quién soportaría realmente la carga de diversos impuestos. Más que otros científicos sociales, los economistas entienden cómo las leyes afectan la distribución del ingreso y la riqueza entre las clases y los grupos. Mientras que casi todos los economistas recomiendan a menudo algunos cambios que incrementan la eficiencia, algunos economistas toman partido en las disputas acerca de la distribución y otros no.

En lugar de hablar de la eficiencia o la distribución, la gente de negocios, en su mayoría, habla de los beneficios. Gran parte del trabajo de los abogados tiene como

<sup>8</sup> Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, Harvard Law Review, vol. 85, 1972, p. 1089.

objetivo aumentar las ganancias de las empresas, especialmente ayudándolas a llegar a acuerdos, evitar litigios y cumplir con las regulaciones. Estas tres actividades corresponden a tres áreas de práctica legal en las grandes firmas de abogados: transacciones, litigios y regulación. La eficiencia y rentabilidad están relacionadas de manera tan estrecha que los abogados pueden utilizar los principios de eficiencia que se abordan en este libro con el fin de ayudar a las empresas a ganar más dinero. La eficiencia económica es una medida integral de los beneficios públicos que incluye los beneficios de las empresas, el bienestar de los consumidores y los salarios de los trabajadores. La lógica de la maximización de la medida integral (eficiencia) es muy parecida a la lógica de la maximización de uno de sus componentes (beneficios). Un buen sistema legal mantiene alineado el beneficio de los negocios con el bienestar de los individuos, por lo que la búsqueda de beneficios también beneficia al público.

## 2. ALGUNOS EJEMPLOS

A fin de aclarar qué son el derecho y la economía, examinaremos algunos ejemplos basados en los clásicos sobre el tema. Primero, trataremos de identificar el precio implícito que la norma legal atribuye al comportamiento en cada ejemplo. Segundo, pronosticaremos las consecuencias de las variaciones de ese precio implícito. Por último, evaluaremos los efectos en términos de la eficiencia y, cuando sea posible, en términos de la distribución.

### EJEMPLO 1

Una comisión sobre la reforma del derecho penal ha identificado ciertos delitos cometidos por empleados (como el robo del dinero al empleador) que se cometen de manera habitual luego de un cálculo racio-

nal de la ganancia potencial y del riesgo de ser atrapados y sancionados. Después de interrogar a muchos testigos, cuya mayoría son economistas, la comisión decide que el castigo apropiado para estos delitos es una multa y no la prisión. La comisión desea saber ¿qué tan alta debe ser la multa?

Los economistas que declararon ante la comisión tienen una estrategia para responder esta pregunta. La comisión se centró en delitos racionales que se presentan rara vez, a menos que la ganancia esperada por el criminal supere al costo esperado. El costo esperado depende de dos factores: la probabilidad de ser descubierto y condenado, y la magnitud del castigo. Para nuestros propósitos, podemos definir el costo esperado del delito para el criminal como el producto de la probabilidad de ser multado multiplicada por la magnitud del castigo.

Supongamos que la probabilidad del castigo disminuye 5% y la magnitud de la multa aumenta 5%. EN este caso, el costo esperado del delito para el delincuente permanece más o menos igual. En tal virtud, el criminal responderá supuestamente cometiendo la misma cantidad de delitos. (En el capítulo XII explicaremos las condiciones precisas para la validez de esta conclusión.) Esto es un pronóstico de cómo responde el comportamiento ilícito a su precio implícito.

Ahora evaluaremos este efecto en relación con la eficiencia económica. Cuando una disminución de la probabilidad de ser multado contrarresta un aumento de la magnitud del castigo, el costo esperado del delito sigue siendo más o menos el mismo para los criminales, pero es posible que cambien los costos del delito para el sistema de justicia penal. Los costos para el sistema de justicia penal del aumento de la probabilidad de una multa incluyen los recursos destinados a la aprehensión y el procesamiento de los criminales, por ejemplo, del número y la calidad de los

auditores, los inspectores fiscales y bancarios, policías, fiscales y similares. Si bien el costo de aumentar la probabilidad de capturar y condenar a los delincuentes de cuello blanco es relativamente alto, la administración de multas es relativamente barata. Estos hechos implican una prescripción para mantener la delincuencia de cuello blanco en cualquier nivel especificado al menor costo para el Estado: invertir poco en la aprehensión y el procesamiento de los delincuentes, y multar severamente a quienes sean aprehendidos. En consecuencia, la comisión podría recomendar multas muy elevadas en su lista de castigos para los delitos de empleados.

El profesor Gary Becker dedujo este resultado en un famoso ensayo citado por el Comité del Premio Nobel en su galardón. En los capítulos XII y XIII discutiremos estos hallazgos con mucho mayor detalle.

## EJEMPLO 2

Una compañía petrolera firma un contrato para entregar petróleo del Medio Oriente a un fabricante europeo en cierta fecha. Antes de que se entregue el petróleo, estalla una guerra en el país exportador, de modo que la compañía petrolera no puede cumplir el contrato. La falta de petróleo hace que el fabricante europeo pierda beneficios. El fabricante demanda a la compañía petrolera por incumplimiento del contrato y pide que el tribunal condene a pagar una suma de dinero igual a la cantidad de beneficios que perdió. El contrato no dice nada acerca del riesgo de incumplimiento en caso de que estalle una guerra, de modo que el tribunal no puede leer simplemente el contrato y resolver la disputa en los términos del propio contrato. La compañía petrolera alega que debe eximirse del cumplimiento o concedérsele términos menos exigentes para el cumplimiento porque la guerra que frustró

su intención de cumplir el contrato no fue prevista por ninguna de las partes contratantes. Para resolver la controversia, el tribunal deberá decidir si excusa el cumplimiento de la compañía petrolera alegando que la guerra volvió “imposible” el cumplimiento, o decidir que la compañía petrolera incumplió el contrato y deberá compensar al fabricante por los beneficios perdidos<sup>9</sup>.

La guerra es un riesgo para todos los negocios en el Medio Oriente y debe ser asumido por una de las partes del contrato, el tribunal deberá decidir cuál lo hará. ¿Cuáles son las consecuencias de las diferentes decisiones judiciales? La decisión del tribunal cumple con dos cosas. Primero, soluciona la disputa entre los litigantes: “resolución de disputas”. Segundo, sirve de referencia para futuras partes que se encuentren en circunstancias similares acerca de la manera en que los tribunales pueden resolver su disputa: “creación de reglas”. El derecho y la economía son útiles en la resolución de disputas, pero destacan sobre todo en la creación de reglas. De hecho, una de las preguntas centrales de este libro es, en el futuro, “¿de qué manera afectará el comportamiento de las partes en una situación similar la regla expresada por el legislador para resolver una disputa en particular? Y “¿el comportamiento previsto es deseable?”

La compañía petrolera y el fabricante pueden tomar precauciones contra la guerra en el Medio Oriente, aunque ninguno de ellos puede evitarla. La compañía petrolera puede firmar contratos de respaldo para la entrega de petróleo venezolano, y el fabricante puede almacenar petróleo para situaciones de emergencia. La eficiencia requiere que tome precauciones la parte que puede asumirlas al menor costo. ¿Quién está en una mejor posición para tomar precauciones contra la gue-

<sup>9</sup> Véase en Richard Posner y Andrew Rosenfield, “*Impossibility and Related Doctrines in Contract Law*”, *Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1977, pag. 88, una discusión completa de los casos en que se basa este ejemplo.

rra, la compañía petrolera o el fabricante? Dado que la empresa petrolera trabaja en el Medio Oriente, es probable que esté en mejor posición que el fabricante europeo para evaluar el riesgo de guerra en la región y tomar las precauciones necesarias. En aras de la eficiencia, el tribunal podría considerar responsable a la compañía petrolera y citar el principio de que los tribunales asignarán los riesgos que no estén cubiertos en un contrato a la parte que pueda asumírselos a menor costo. Éste es el principio del portador de riesgo al menor costo<sup>10</sup>, el cual es congruente con los fallos de algunos casos surgidos a resultas de la guerra de 1967 en el Medio Oriente. Los capítulos VIII y IX consideran a detalle las bases de este principio.

### EJEMPLO 3

La Eddie's Electric Company emite humo, el cual ensucia la ropa colgada en la lavandería Lucille's. Eddie's puede abatir la contaminación instalando limpiadores en sus chimeneas, y Lucille's puede reducir el daño instalando filtros en su sistema de ventilación. La instalación de filtros es más barata que la instalación de limpiadores. Nadie más se ve afectado por la contaminación porque Eddie's y Lucille's están cerca la una de la otra, pero lejos de otras instalaciones. Lucille's inicia procedimientos judiciales para que Eddie's sea declarada una "molestia". Si la acción procede, el tribunal ordenará a Eddie's que abata su contaminación. De otra manera, el tribunal no intervendrá. ¿Cuál es la resolución apropiada de esta disputa?

La eficiencia requiere que Lucille's instale filtros, lo cual es más barato que la instalación de limpiadores de Eddie's. ¿Cómo puede generar este resultado el tribunal? Primero, supongamos que Eddie's y Lucille's no pueden negociar ni cooperar

entre sí. Si Lucille's gana el pleito y el tribunal ordena a Eddie's que reduzca la contaminación, Eddie's tendrá que instalar limpiadores, lo cual no es eficiente. Pero si Lucille's pierde el pleito, tendrá que instalar filtros, lo que es eficiente. En consecuencia, es eficiente que Lucille's pierda el pleito.

Consideremos ahora cómo cambia el análisis si Eddie's y Lucille's pueden negociar y cooperar entre sí. Sus beneficios conjuntos (la suma de los beneficios de Eddie's y de Lucille's) serán mayores si escogen el instrumento más barato para eliminar el daño derivado de la contaminación. Cuando sus beneficios conjuntos son mayores, estas empresas pueden dividirse la ganancia para mejorar la situación de ambas. El instrumento más barato es también el más eficiente. En consecuencia, en este ejemplo se alcanza la eficiencia cuando Lucille's y Eddie's negocian y cooperan entre sí, cualquiera que sea la disposición legal. Ronald Coase dedujo este resultado en un famoso ensayo citado por el Comité del Premio Nobel cuando recibió el galardón. En el capítulo IV comentaremos este famoso resultado.

## 3. LA PRIMACÍA DE LA EFICIENCIA SOBRE LA DISTRIBUCIÓN AL ANALIZAR EL DERECHO PRIVADO

Explicamos antes que los economistas son expertos en dos valores de las políticas públicas, la eficiencia y la distribución. En la mayoría de las disputas legales las "apuestas" tienen un valor monetario. La decisión de una disputa legal implica casi siempre la asignación de la apuesta entre

<sup>10</sup> El principio supone que el tribunal debe asignar la pérdida total por incumplimiento a una de las partes. De lo contrario, el tribunal podrá dividir la pérdida entre las partes.

las partes. La decisión acerca de qué porción de la apuesta obtiene cada una de las partes genera incentivo para el comportamiento futuro, no sólo de las partes de esta disputa particular, sino de todos los demás que se encuentren en una situación similar. En este libro utilizamos tales efectos de incentivo para pronosticar las consecuencias de las decisiones, las políticas, las reglas y las instituciones legales. Al evaluar estas consecuencias, nos concentraremos en la eficiencia antes que en la distribución. Ahora explicaremos por qué.

Al hacer una regla, la división de la apuesta de una disputa legal afecta a todos los individuos que se encuentran en una situación similar. Si el demandante de un juicio es un consumidor de un bien particular, un inversionista en un valor particular o el conductor de un automóvil, entonces una decisión en favor del demandante podría beneficiar a todos los consumidores de este bien, los inversionistas en este valor o los conductores de automóviles. Sin embargo, la mayoría de los proponentes de la redistribución del ingreso tienen en mente otra cosa. En lugar de considerar la distribución para los consumidores, inversionistas o automovilistas, los defensores de la redistribución del ingreso o la riqueza suelen enfocarse en grupos sociales tales como los pobres, las mujeres, o las minorías. Algunas personas defienden apasionadamente la redistribución del ingreso gubernamental por clase, género o raza en aras de la justicia social. Un procedimiento que puede utilizarse para buscar la redistribución es el del derecho privado: el derecho de la propiedad, los contratos y los ilícitos culpables. De acuerdo con esta filosofía, los tribunales deben interpretar o hacer que el derecho privado redistribuya la riqueza en favor de grupos de individuos que lo merezcan. Por ejemplo, si los consumidores son en promedio más pobres que los

inversionistas, los tribunales deberán interpretar las reglas de la responsabilidad en favor de los consumidores y en contra de las corporaciones.

Este libro rechaza el enfoque de la redistribución para el derecho privado. Perseguir metas de redistribución es un uso excepcional del derecho privado que podría justificarse en circunstancias especiales, pero no debe ser el uso habitual del derecho privado. Ésta es la razón: como el resto de la población, los economistas difieren entre ellos acerca de los fines redistributivos. Sin embargo, los economistas están generalmente de acuerdo en lo tocante a los medios redistributivos. Evitando el despilfarro, la redistribución eficiente beneficia a todos en relación con la redistribución ineficiente. Evitando el despilfarro, la redistribución eficiente aumenta también el apoyo para la redistribución. Por ejemplo, es mucho más probable que la gente haga donaciones a una organización caritativa que redistribuya eficientemente la riqueza, y no a alguna otra que gaste la mayor parte de su recaudación en la administración.

Un ejemplo provocador permitirá apreciar las ventajas de una redistribución eficiente. Supongamos que un desierto contiene dos oasis, uno de los cuales tiene nieve, mientras que el otro no tiene nada. Los defensores de la justicia social que están a favor de la redistribución ganan el control del Estado y declaran que el primer oasis deberá compartir su nieve con el segundo. En respuesta, el primer oasis llena de nieve un gran tazón y envía a un joven que corre a lo largo del desierto llevando el tazón al segundo oasis. El sol ardiente derrite algo de la nieve, de modo que el primer oasis pierde más nieve que la recibida por el segundo oasis. La nieve derretida representa el costo de la redistribución. Quienes disputan vehementemente acerca de la cantidad de nieve que debiera enviar el primer oasis al segundo



podrían convenir en que debiera transportarla un corredor más rápido. También podrían convenir en escoger un corredor honesto que no se coma la nieve en el camino.

Muchos economistas creen que los programas de tributación progresiva y de bienestar social –el sistema de impuestos y transferencias, como suele llamárseles– pueden alcanzar metas redistributivas en los Estados modernos de manera más eficiente que mediante la modificación o la redistribución de los derechos legales privados se parece a la entrega de la nieve a un corredor lento.

Primero, el impuesto sobre la renta afecta con precisión a la desigualdad, mientras que la redistribución mediante los derechos legales privados descansa en promedios rudimentarios. Por ejemplo, supongamos que los tribunales interpretan una ley en favor de los consumidores y en contra de las corporaciones a fin de redistribuir la riqueza de los ricos a los pobres<sup>11</sup>. “Consumidores” e “inversionistas” corresponden imperfectamente a “pobres” y “ricos”. Los consumidores de automóviles Ferrari, de vacaciones para esquiar y de la ópera tienden a ser relativamente ricos. Muchos negocios pequeños se organizan como corporaciones.

Además, los miembros de sindicatos que tienen buenos planes de pensiones poseen acciones de compañías grandes. Al gravar la renta de manera progresiva, la ley distingue entre ricos y pobres con mayor precisión que si se emplea el enfoque indirecto de concentrarse en “consumidores” e “inversionistas”.

Segundo, los efectos distributivos de la redistribución de derechos privados son difíciles de pronosticar. Por ejemplo, los tribunales no pueden confiar en que si declaran a una corporación responsable ante sus consumidores disminuirá la riqueza de sus accionistas. Es posible que la corporación traslade a los consumidores sus costos incrementados a través de precios más altos, en cuyo caso el fallo del tribunal redistribuirá los costos de algunos consumidores a otros.

Tercero, los costos de transacción de la redistribución por medio de los derechos legales privados suelen ser elevados. Por ejemplo, el abogado de un demandante que cobra honorarios contingentes en los Estados Unidos se lleva usualmente un tercio de la condena. Si el abogado del demandado cobra una cantidad similar en honorarios por hora, los abogados de las dos partes se llevarán dos tercios de la apuesta en disputa. El sistema de impues-

#### Serio aviso para los estudiantes

Si el lector es como la mayoría de los estudiantes que leen este libro –investigadores del más alto calibre moral– no es necesario tomarse la molestia de leer el resto del párrafo. Si el lector es uno de los malos estudiantes –cada año tenemos algunos– aquí presentamos un serio aviso para usted. Según las creencias tradicionales chinas, los pecadores son juzgados y sancionados en diez tribunales del infierno después de la muerte. El sexto tribunal juzga el pecado del “abuso de los libros”, punible mediante un corte en dos partes de la cabeza a los pies. El octavo tribunal juzga el pecado de “hacer trampa en los exámenes”, punible a través de un corte para arrancar los intestinos. ¡Así que no se atreva a abusar de este libro o a hacer trampa en los exámenes!

<sup>11</sup> Los tribunales podrían fallar siempre en favor del consumidor individual cuando éste demande a una corporación por la responsabilidad derivada de daños causados por el uso de los productos de la corporación.

tos y transferencias es más eficiente.

Además de estas tres razones, hay una cuarta: la redistribución por el derecho privado distorsiona la economía en mayor medida que la tributación progresiva. En general, la utilización de impuestos de base amplia, en lugar de leyes con enfoques estrechos, disminuye los efectos distorsionantes de las políticas redistributivas. Por ejemplo, supongamos que una ley que favorece a los consumidores de tomates causa una disminución del rendimiento obtenido por los inversionistas en predios tomateros. Los inversionistas responderán retirando fondos de estos predios e invirtiéndolos en otros negocios. En consecuencia, la oferta de tomates será demasiado pequeña y los consumidores pagarán un precio demasiado elevado por ellos. Esta ley distorsiona el mercado de los tomates.

Por estas y otras razones, los economistas que están en favor de la redistribución y los que están en contra de ella pueden convenir en que los derechos legales privados son en general un medio errado para buscar la justicia distributiva. Desafortunadamente, estos hechos suelen ser poco apreciados por los abogados que no han estudiado economía.

Hemos presentado varias razones para que el derecho privado no se base en las metas de la redistribución. Específicamente, discutimos la imprecisión de los objetivos, la imprevisibilidad de las consecuencias, lo elevado de los costos de transacción y las grandes distorsiones de los incentivos. Por estas razones, el principio general del derecho privado no puede basarse en la redistribución de la riqueza. (Sin embargo, en circunstancias especiales el derecho privado puede redistribuir en una forma relativamente eficiente, como en el caso de una ley diseñada que otorgue a las personas que se transportan en sillas de ruedas el derecho a demandar a los empleadores por no facilitar el acce-

so al lugar de trabajo).

#### NOTA WEB 1.1

Además de la eficiencia, ¿qué otros valores de políticas deberían ser relevantes para la elaboración y la aplicación de leyes? En “Fairness Versus Welfare” (2002), Louis Kaplow y Steven Shavell, de la Escuela de Derecho de Harvard, sugieren que “ninguno”. Otros difieren. Véase Chris Sanchirico, “Deconstructing the New Efficiency Rationale”, *Cornell Law Review*, vol. 86, 2001, p. 1005, y Daniel Farber, “What (If Anything) Can Economics Say About Equity?”. *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, p. 1791.

En el sitio web de este libro se ofrece una discusión más completa de la bibliografía correspondiente al capítulo I, así como vínculos con otros sitios de interés.

## 4. ¿POR QUÉ DEBEN ESTUDIAR ECONOMÍA LOS ABOGADOS? ¿POR QUÉ DEBEN ESTUDIAR DERECHO LOS ECONOMISTAS?

El análisis económico del derecho reúne dos grandes campos de estudio y facilita el entendimiento de cada uno de ellos. Es probable que los lectores consideren las normas legales como herramientas de la justicia; de hecho, muchas personas no lo pueden concebir de otra manera. La economía considera las leyes como incentivos para el cambio del comportamiento (precios implícitos) y como instrumentos para el logro de los objetivos de las políticas (la eficiencia y la distribución). Sin embargo, el análisis económico a menudo toma como dadas ciertas instituciones legales, como la propiedad y el contrato, que afectan profundamente a la economía.

Por consiguiente, las diferencias entre las leyes hacen que los mercados de capital se organicen de manera muy diferente en Japón, Alemania y los Estados Unidos. Las fallas en las leyes financieras y de contratos contribuyeron al colapso bancario de 2008 en los Estados Unidos y a la recesión posterior, que fue menos grave en Japón y Alemania. Además, la ausencia de una propiedad segura y de contratos confiables paraliza las economías de algunos países pobres. Es importante mejorar la efectividad del derecho para el desarrollo económico de los países pobres. El derecho necesita a la economía para comprender sus consecuencias en el comportamiento, y la economía necesita al derecho para entender los fundamentos de los mercados.

Los economistas y los abogados pueden aprender ciertas técnicas entre sí. Los abogados pueden aprender el razonamiento cuantitativo de los economistas para formular teorías y llevar a cabo investigaciones empíricas. De los abogados, los economistas pueden aprender a persuadir a la gente común, un arte que los abogados practican y refinan continuamente. Los abogados pueden describir hechos y darles nombres con resonancia moral, mientras que los economistas son obtusos a la lengua con demasiada frecuencia. Si los economistas escuchan lo que el derecho les puede enseñar, podrán aproximar más sus modelos a la realidad.

## 5. EL PLAN DE ESTE LIBRO

Para beneficiarse mutuamente, los abogados deben aprender algo de economía y los economistas deben aprender algo de derecho. Los lectores podrán hacerlo en los dos capítulos siguientes. El capítulo II

es una breve revisión de la teoría microeconómica. Si el lector está familiarizado con ella, podrá leer el material rápidamente, como una revisión, u hojear los subtítulos para cerciorarse si hay algunos temas que no haya estudiado. Para cerciorarse, el lector podría tratar de resolver los problemas planteados al final del capítulo.

El capítulo III es una introducción al derecho y el proceso legal; este material es una lectura esencial para quienes no hayan tenido ninguna capacitación legal formal. En ese capítulo tratamos de explicar cómo opera el sistema legal, en qué difiere el sistema legal estadounidense de los sistemas legales del resto del mundo, y qué es una “ley”.

El capítulo IV inicia el tratamiento sustantivo del derecho desde un punto económico. Los capítulos que se ocupan de temas legales sustantivos aparecen por pares. Los capítulos IV y V se ocuparán del derecho de propiedad; los capítulos VI y VII se ocuparán del derecho de los ilícitos culposos; los capítulos VIII y IX, del derecho contractual; los capítulos X y XI abordarán el proceso de resolución de las disputas legales, y los capítulos XII y XIII abordarán el derecho penal. El primer capítulo de cada par desarrolla el análisis económico de esa área del derecho, y el segundo capítulo aplica la teoría económica básica a una serie de temas. De esta manera, en el capítulo VI se desarrolla una teoría económica de la responsabilidad culposa y en el VII se aplica a accidentes automovilísticos, la práctica médica y los productos defectuosos. En los capítulos IV al XI se tratan de leyes en las que el demandante típico en un pleito es una persona privada (“derecho privado”), y los capítulos XII y XIII abordan la ley penal en donde el demandante es el Estado (“derecho público”).

## LECTURAS RECOMENDADAS

Al final de cada capítulo se hará mención de algunas de las obras más importantes sobre el tema. El lector deberá buscar recursos adicionales en el sitio web de este libro ([http://wps.aw.com/aw\\_cooterulen\\_lawecon\\_6/178/45815/11728880.cw/](http://wps.aw.com/aw_cooterulen_lawecon_6/178/45815/11728880.cw/)).

Bouckaert, Boudwijn, y Gerrit de Geest (comps.), *Encyclopedia of Law and Economics*, ed. rev., Edward Elgar, Cheltenham, 2011.

Dau-Schmidt, Ken, y Thomas S. Ulen (comps.), *A law and Economics Anthology*, Anderson Publishing Co., Ohio, 1997.

Miceli, Thomas J., *The Economic Approach to Law*, 2ª ed., Stanford University Press, Stanford, 2008.

Newman, Peter (comp.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, vol. 3, MacMillan Reference, Londres, 1998.

Polinsky, A. Mitchell, *An Introduction to Law and Economics*, 3a ed., Aspen Publishers, Nueva York, 2003.

Posner Richard A., "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987", *Harvard Law Review*, vol. 100, 1987, p. 761.

\_\_\_\_\_, *Economic Analysis of Law*, 7ª ed., Aspen Publishers, New York, 2007.

Shavell, Steven, *Foundations of the Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2003.

## Reseña del Artículo “*Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho*” de Gabriel Doménech Pascual

No es inusual para los abogados que sus primeros pasos en el estudio del Análisis Económico del Derecho (AED) vayan acompañados de una representación errónea o, al menos, no del todo precisa del ámbito de estudio de la economía. Esto provoca normalmente que vinculen el AED con el análisis de supuestos que de alguna u otra manera se traducen en términos financieros o, si se quiere, en dinero.

Sin embargo, como muy claramente lo explica *Gabriel Doménech Pascual*<sup>1</sup>, ese no es necesariamente el caso si es que se pone atención al concepto mismo de la Economía. De ahí que el AED tenga aplicación en las más variopintas ramas de las ciencias jurídicas y sirva, a modo de ejemplo, para determinar la eficiencia y el sentido de definir tal o cual pena privativa de libertad para el delito de coacción sexual. Acaso sea esta clarificación el principal mérito del trabajo.

Pero debe quedar claro que no es ni por asomo el único. La exposición metódica y en términos sencillos de las nociones más básicas y elementales del AED permitirán al lector inexperto depurarse de preconceptos inexactos y vagos y alcanzar de tal suerte una idea bien definida del espectro conceptual de la materia.

A título ilustrativo, el autor se expide sobre el rol de las matemáticas y de cómo han ido ganando espacio y permitiendo estudios más profundos y precisos. De la aplicación avanzada de las ciencias matemáticas y del manejo técnico de los conceptos económicos enseña, igualmente, una distinción de suyo importante: la del Análisis Fundamental, propio de los versados en las referidas ciencias, y la del Análisis Aplicado, orientado a un público sin estudios superiores en economía.

Finalmente, un dato no menor. El autor, académico y enfocado actualmente en Análisis Económico del Derecho Público, presenta las bondades y ventajas de la materia, pero sin ocultar sus limitaciones. Y, aunque indudablemente considere de utilidad a las prestaciones que ofrece el AED, su defensa se presenta hasta casi imparcial, distando mucho de ser el alegato apasionado y emocional que podría verse en otros trabajos.

---

<sup>1</sup> Doctor (PhD) en Derecho por la Universidad de Valencia. Profesor Titular de Derecho Administrativo por la Universidad de Valencia.

# **POR QUÉ Y CÓMO HACER ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO\***

**Gabriel Doménech Pascual\*\***

I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.—III. TIPOS DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: 1. *Análisis positivo y análisis normativo*. 2. *Análisis teórico y análisis práctico*. 3. *Análisis fundamental y análisis aplicado*.—IV. HERRAMIENTAS AVANZADAS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: 1. *Matemáticas*: A) Ventajas. B) Objeciones. 2. *Métodos empíricos*: A) Concepto y tipos. B) Su creciente importancia. C) Utilidad. D) Algunos aspectos problemáticos.—V. UTILIDAD DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.—VI. ALGUNAS CRÍTICAS DIRIGIDAS AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: 1. Las personas no siempre actúan racionalmente. 2. La cuestión de los fines. 3. La eficiencia no lo es todo. 4. Hay esferas de la actividad humana no susceptibles de análisis económico. 5. El análisis económico del Derecho está ideológicamente sesgado.

## **RESUMEN**

El análisis económico del Derecho es, seguramente, la corriente doctrinal que mayor éxito ha tenido en el planeta de la ciencia jurídica durante los últimos cincuenta años, si bien su impacto ha diferido enormemente en función de los países y las disciplinas jurídicas. En España, especialmente en el ámbito del Derecho público, su influencia ha sido hasta la fecha más bien escasa, aunque se aprecia un creciente interés por el mismo. Tras exponer en qué consiste el análisis económico del Derecho y cuáles son sus presupuestos, este trabajo trata de mostrar por qué es útil estudiar los fenómenos jurídicos desde una perspectiva económica y cómo podemos llevar a cabo esta tarea.

*Palabras clave:* análisis económico del Derecho; metodología del Derecho.

## **ABSTRACT**

Law and economics has certainly been the most successful intellectual movement in the law of the past fifty years, although its impact varies widely across both countries and branches of the law. In particular, its influence on Spanish public law has been quite modest, although it seems to be increasing. After explaining what law and economics is and which its premises are, this paper shows why it is useful to analyze the law from an economic point of view and how to do it properly.

*Key words:* law and economics; legal methods

Nota: El presente artículo es un extracto literal de la obra "Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho" publicada por Gabriel Doménech Pascual en la Revista de Administración Pública. Por este motivo, podrían presentarse referencias no coincidentes con los números de páginas y/o capítulos.

\* Este trabajo tiene su origen en una ponencia presentada en el I Seminario Interuniversitario de Teoría y Método del Derecho Público, celebrado en Valencia el 31 de mayo de 2013. Agradezco mucho las críticas de todos los asistentes y, especialmente, las de quienes se molestaron en formularmelas por escrito: Luis Medina, Juli Ponce, Andrés Boix y Javier Barnés. De los errores subsistentes sólo yo tengo la culpa.

\*\* Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia.

## I. INTRODUCCIÓN

La afirmación según la cual el análisis económico del Derecho (AED) es el movimiento intelectual más exitoso surgido en el mundo jurídico académico durante las últimas décadas<sup>1</sup> debe ser matizada. El éxito no ha sido precisamente idéntico en todos los países ni en todas las disciplinas jurídicas.

En términos generales, la afirmación vale, desde luego, para los Estados Unidos de América, donde esta corriente metodológica se originó en los años sesenta del siglo xx<sup>2</sup> y donde en relativamente poco tiempo ha alcanzado una posición hegemónica o cuando menos prominente, especialmente en las Universidades de élite, de las que procede una buena parte del profesorado de las Facultades de Derecho norteamericanas y algo parecido cabe decir de países como Canadá e Israel. En el resto del mundo, la influencia del AED ha sido, por lo general, mucho más modesta, aunque tampoco ha dejado de aumentar, lenta pero continuamente<sup>3</sup>.

En algunas parcelas del ordenamiento jurídico, como es el caso del Derecho de la competencia, el éxito del AED ha sido ciertamente clamoroso, pero en otras, como las de los Derechos de familia, constitucional o administrativo, ha resultado ser más bien escaso<sup>4</sup>.

El Derecho público español, en particular, se ha mantenido hasta la fecha prácticamente impermeable frente a esta metodología. No es ya que en nuestros departamentos universitarios apenas po-

damos encontrar algún despistado adepto —o, si se prefiere decir así, víctima de la moda o peste extranjera— del AED, sino que aquí el desinterés o incluso el desconocimiento alcanzan niveles profundos y están muy extendidos. No hablemos ya de lo que ocurre en Parlamentos, Administraciones, Tribunales y bufetes.

Las cosas, sin embargo, quizás estén comenzando a cambiar. Me parece detectar un incipiente interés, todavía muy minoritario pero creciente, de algunos iuspublicistas españoles por el AED. No sería extraño, pues, que más temprano que tarde empezaran a manifestarse también entre nosotros los mismos prejuicios, malentendidos, rechazos, reticencias, dudas, cuestiones y controversias que invariablemente han acompañado el proceso de implantación, desarrollo y consolidación del AED en otras comunidades jurídicas<sup>5</sup>.

El presente trabajo pretende dar respuesta a dos cuestiones especialmente relevantes que aquí se plantean. La primera es por qué merece la pena estudiar el Derecho desde una perspectiva económica. La segunda es cómo se puede y, en su caso, conviene realizar tal estudio. Se trata, obviamente, de dos problemas estrechamente relacionados. La utilidad de semejante análisis depende crucialmente de la potencia y el rendimiento de las herramientas empleadas para llevarlo a cabo. La naturaleza de las cuales ha de ser adecuada para alcanzar el objetivo perseguido por el análisis.

<sup>1</sup> Según Steven M. TELES (2008), *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for Control of the Law*, Princeton University Press, Princeton, pág. 216, «simply measured in terms of the penetration of its adherents in the legal academy, law and economics is the most successful intellectual movement in the law of the past thirty years, having rapidly moved from insurgency to hegemony».

<sup>2</sup> Sobre el nacimiento, la evolución y las distintas corrientes del AED, vid., por todos, Nicholas MERCURO y Steven MEDEMA (2006), *Economics and the Law. From Posner to Post Modernism and Beyond*, Princeton University Press, Princeton.

<sup>3</sup> Sobre el fenómeno y las causas por las que el AED ha tenido mucho más éxito en algunos países que en otros, vid. Oren GAZA AYAL (2007), «Economic Analysis of "Law & Economics"», *Capital University Law Review*, 35, págs. 787-809; Nuno GAROUPA y Thomas ULEN (2008), «The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States», *Alabama Law Review*, 59, págs. 1555-1663; Kristoffel GRECHENIG y Martin GELTER (2008), «The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism», *Hastings International & Comparative Law Review*, 31: 1, págs. 295-360; Nuno GAROUPA (2011), «The Law and Economics of Legal Parochialism», *Illinois Law Review*, págs. 1517-1530; Ben DEPOORTER y Jef DEMOT (2011), «The Cross-Atlantic Law and Economics Divide: A Dissent», *Illinois Law Review*, págs. 1593-1606; J. Mark RAMSEYER (2011), «Law and Economics in Japan», *Illinois Law Review*, págs. 1455-1473. En castellano, vid. algunas observaciones sobre el tema en Francisco CABRILLO RODRÍGUEZ y Rocío ALBERT LÓPEZ IBOR (2011), «El análisis económico del derecho en la encrucijada», *Ekonomiaz*, 77, págs. 205 y ss.

<sup>4</sup> Según Spencer Weber WALLER (2009), «The Law and Economics Virus», *Cardozo Law Review*, 31: 2, págs. 367-403, el «virus» del AED ha afectado en menor medida a aquellos países y disciplinas donde la producción jurídica estaba más descentralizada y donde preexistía un sólido cuerpo doctrinal opuesto, que pudo actuar a modo de «anticuerpo» frente a la introducción de una nueva ideología jurídica.

<sup>5</sup> En las observaciones recientemente efectuadas por cierta Comisión ministerial al evaluar una solicitud de ayuda para la realización de un proyecto de investigación (DER2012- 37122) puede leerse: «Los expertos han considerado que el enfoque que se propugna desde "el análisis económico del Derecho" debe realizarse con cuidado, dado el escoramiento ideológico y acritico de esta peculiar corriente metodológica».

*“En términos generales, la afirmación vale, desde luego, para los Estados Unidos de América, donde esta corriente metodológica se originó en los años sesenta del siglo xx y donde en relativamente poco tiempo ha alcanzado una posición hegemónica o cuando menos prominente, especialmente en las Universidades de élite, de las que procede una buena parte del profesorado de las Facultades de Derecho norteamericanas”*

## II. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

El AED consiste en estudiar —bien con una finalidad práctica, bien con una finalidad puramente cognoscitiva— las normas jurídicas aplicando los conocimientos y métodos proporcionados por la economía.

La economía, de acuerdo con una añeja definición que todavía goza de gran aceptación, es la ciencia que estudia la gestión de la escasez, la adopción de decisiones humanas en situaciones en las que los recursos disponibles para atender diversos fines tienen diferentes usos alternativos y son escasos<sup>6</sup>. Repárese en que, de acuerdo con esta definición, la economía no se ocuparía de determinadas clases de actividades (la agricultura, la industria, la banca, el comercio, el turismo, etc.), sino

de un aspecto de la conducta humana, el que deriva de la influencia que sobre ella ejerce la escasez. En la medida en que tal aspecto esté presente, cualquier conducta puede ser objeto de esta ciencia<sup>7</sup>. En esta concepción está ya el germen del «imperialismo económico» que han llevado al extremo autores como Gary BECKER, al extender dicho análisis a ámbitos en los que hasta hace poco resultaba inimaginable su aplicación, tales como las relaciones familiares, la discriminación racial, la adicción a las drogas o el Derecho penal.

El análisis económico puede ser *positivo* o *normativo*. En el primer caso, se estudia cómo actúan realmente las personas en condiciones de escasez; cómo asignan, de hecho, sus limitados recursos. En el segundo, se trata de formular juicios acerca de lo que debería hacerse, sobre cómo deberían emplear las personas sus recursos para maximizar la satisfacción de ciertos fines.

El AED plantea los problemas jurídicos como problemas económicos. Por extraño que pueda sonar, tal planteamiento tiene sentido, en la medida en que cabe razonablemente partir de las siguientes premisas:

1.<sup>a</sup> *El Derecho influye sobre la conducta humana*. Al prever una consecuencia positiva (v.gr., el otorgamiento de un premio) o negativa (v.gr., la imposición de una sanción) para quienes actúen de una determinada manera, las normas jurídicas constituyen incentivos o desincentivos a los efectos de que sus destinatarios realicen o dejen de realizar tales actividades. La gente, en términos agregados, reacciona de manera distinta según sea el contenido y la naturaleza de las normas (leyes, reglamentos, doctrinas jurisprudenciales, etc.) que regulan su comportamiento. Ello no

<sup>6</sup> Vid. Lionel ROBBINS (1935), *An Essay on the Nature & Significance of the Economic Science*, McMillan, London, pág. 16. Sobre esta y otras concepciones de la economía, vid. Roger E. BACKHOUSE y Steven G. MEDEMA (2009), «Retrospectives: On the Definition of Economics», *Journal of Economic Perspectives*, 23: 1, págs. 221-233.

<sup>7</sup> ROBBINS (1935, págs. 16 y 17). Es más, en la medida en que los animales no humanos también se enfrentan al problema de la escasez, su conducta puede ser —y de hecho es— objeto de estudio por la economía. Vid., a título ilustrativo, John H. KAGEL, Raymond C. BATTALIO y Leonard GREEN (1995), *Economic choice theory: An experimental analysis of animal behavior*, Cambridge University Press, Cambridge.



significa que cualquier cambio normativo vaya a provocar necesariamente una alteración de la conducta de todos los afectados. Los grupos humanos no son perfectamente homogéneos. Algunos individuos seguirán actuando más o menos igual que antes, pero otros modificarán sus pautas de comportamiento, disminuyendo o incrementando el volumen de realización de la actividad regulada, aumentando o reduciendo el nivel de cuidado con el que la llevan a cabo, etc.

2.<sup>a</sup> Esa influencia es en alguna medida explicable y predecible, con arreglo a un determinado modelo teórico. El inicial y todavía mayoritariamente utilizado por los economistas ha sido el de la elección racional. Se presupone que los individuos toman decisiones perfectamente racionales, libres de errores lógicos, coherentes con sus preferencias, que son estables y consistentes. A la vista de los costes y beneficios que para ellos se derivarían de cada uno de sus cursos de actuación, escogen aquel que maximiza su utilidad esperada<sup>8</sup>.

Las normas jurídicas influyen así sobre la conducta humana de una manera muy parecida —y tan predecible— a como lo hacen los precios. Si, por ejemplo, se endurece la sanción legalmente prevista para quienes cometan determinadas infracciones, es previsible, *ceteris paribus*, que disminuya el número de las mismas. Si se reduce la cuantía del impuesto que grava el consumo de un determinado producto, permaneciendo todo lo demás igual, cabe esperar que aumente dicho consumo.

3.<sup>a</sup> Todas las decisiones jurídicamente relevantes se adoptan en condiciones de escasez. Pensemos, por ejemplo, en una disposición legislativa. La Constitución

española fija diversos fines que el legislador debe atender (la libertad e igualdad efectivas de todos los ciudadanos, su participación en la gestión de los asuntos públicos, la protección de la salud y del medio ambiente, etc.). El legislador tiene la posibilidad de dictar normas que muevan a la gente a comportarse de una manera u otra, satisfaciendo en mayor o menor medida cada uno de los referidos fines. Pero sus posibilidades de influir así en los individuos y lograr sus objetivos son inexorablemente limitadas, escasas. Resulta sencillamente imposible configurar nuestra legislación de tal modo que todos estos objetivos sean cumplidos simultáneamente en grado absoluto. Si se quiere alcanzar un cierto nivel de protección del medio ambiente o de la salud, por ejemplo, no habrá más remedio que restringir la libertad de ciertas personas. Si el legislador pretende garantizar ciertas esferas de libertad, habrá de permitir cierto grado de inseguridad. Nada es gratis, ni siquiera para el Leviatán.

Así las cosas, la teoría económica puede emplearse para comprender, explicar y predecir cómo reaccionarán los ciudadanos frente a cada una de las regulaciones alternativas que el legislador puede establecer, cuáles son los costes y beneficios sociales de cada una de ellas, y cuál es la que maximiza la realización global de los principios constitucionales afectados.

Lo mismo vale para las decisiones que puedan adoptar otros sujetos. Pensemos en un juez al que se le presentan diversas interpretaciones posibles a la hora de aplicar el ordenamiento jurídico en un caso particular. Cabe emplear los conocimientos e instrumentos suministrados por la economía para analizar cómo reaccionarán en el futuro las personas que

<sup>8</sup> Sobre las premisas de este modelo, en sus diferentes versiones, vid. Russell B. KOROBKIN y Thomas S. ULEN (2000), «Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics», *California Law Review*, 88, págs. 1060 y ss.

se puedan ver afectadas por una determinada solución jurisprudencial; qué consecuencias, positivas y negativas, buscadas o no, se derivan para tales principios de las posibles interpretaciones, y cuál es la que satisface mejor el conjunto de todos ellos. Más adelante volveremos sobre este punto.

### III. TIPOS DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

#### 1. Análisis positivo y análisis normativo

El AED puede hacerse igualmente desde un plano positivo o normativo. En el primer caso se estudian hechos, que a su vez pueden ser de dos tipos.

Cabe, en primer lugar, analizar cuáles son o pueden ser las *consecuencias reales de las normas jurídicas* (ya sean de origen constitucional, legal, administrativo, judicial, privado, etc.), precisar cómo reaccionará la gente frente a una determinada norma y cuáles serán los costes y beneficios que para la consecución de ciertos fines se derivarán de tal reacción. Cabría analizar, por ejemplo, el impacto que diferentes reglas de imposición de costas procesales —vencimiento, temeridad, no hay condena en costas, etc.— puedan tener o hayan tenido sobre la conducta procesal y extraprocesal de los justiciables, en particular sobre las decisiones que éstos han de adoptar en relación con: el nivel de cuidado y la frecuencia con los que realizan las actividades que pueden desembocar en un pleito; el surgimiento de un litigio; los recursos destinados a tratar de ganar-

lo; su terminación mediante allanamiento, desistimiento o transacción, etc.<sup>9</sup>.

También puede ser objeto de un análisis positivo, en segundo lugar, la manera *cómo influyen determinadas circunstancias reales en el contenido y forma de ciertas decisiones jurídicas*. La teoría económica se ha utilizado para explicar, por ejemplo, por qué ciertas regulaciones legislativas adoptan determinados contenidos y no otros<sup>10</sup>, o cómo influyen los sistemas retributivos de los jueces o su ideología sobre el sentido de sus decisiones<sup>11</sup>.

El análisis *normativo* se ocupa de estudiar qué es lo que los agentes (el legislador, la Administración, los tribunales, las partes contratantes, etc.), a la vista de las consecuencias esperadas de sus diversas alternativas de actuación, deberían hacer, qué decisiones deberían adoptar, qué normas deberían eventualmente establecer, a fin de maximizar la satisfacción de ciertas preferencias. Imaginemos un trabajo teórico en el que se examina en qué casos es preferible establecer una regla de responsabilidad por culpa o de responsabilidad objetiva, a la vista de cómo puede influir en la conducta de los afectados y qué costes y beneficios sociales conlleva cada una de ellas<sup>12</sup>.

#### 2. Análisis teórico y análisis práctico

El AED nació y se ha desarrollado fundamentalmente en el ámbito académico, como un sistema teórico dirigido a entender, explicar y eventualmente criticar el orden jurídico. Pero ello no quita que los conocimientos y los instrumentos analíticos elaborados en el seno de esta corriente metodológica puedan ser utilizados con

<sup>9</sup> Vid., por ejemplo, Steven SHAVELL (1982), «*Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*», *Journal of Legal Studies*, 11, págs. 55-81; Avery Wiener KATZ y Chris William SANCHIRICO (2010), «*Fee Shifting in Litigation: Survey and Assessment*», University of Pennsylvania Institute for Law and Economics, Research Paper 10-30.

<sup>10</sup> Vid. George J. STIGLÉR (1971), «*The Theory of Economic Regulation*», *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2: 1, págs. 3-21.

<sup>11</sup> Vid., respectivamente, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2009), *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Civitas, Madrid; Nuno GAROUPA, Marian GILI y Fernando GÓMEZ POMAR (2012), «*Political Influence and Career Judges: An Empirical Analysis of Administrative Review by the Spanish Supreme Court*», *Journal of Empirical Legal Studies*, 9: 4, págs. 795-826.

<sup>12</sup> Vid., por todos, Hans-Bernd SCHÄFER y Frank MÜLLER LANGER (2009), «*Strict liability versus negligence*», en Michael FAURE (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics. Tort Law and Economics*, 2.ª ed., Edward Elgar, Cheltenham, págs. 3-45.

una finalidad no simplemente cognoscitiva, sino inmediatamente práctica, para interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico al objeto de resolver problemas reales.

De hecho, así se utiliza. En el procedimiento de elaboración de ciertas normas jurídicas, por ejemplo, es incluso obligado efectuar un análisis de los costes y beneficios que éstas pueden acarrear<sup>13</sup>. Y, a diferencia de lo que ocurre en el Reino de España, donde no es frecuente, en otros países sí es perfectamente normal que los jueces consideren y esgriman, para motivar sus decisiones, argumentos procedentes del AED<sup>14</sup>.

### 3. Análisis fundamental y análisis aplicado.

Interesa poner de relieve que es posible analizar económicamente el Derecho, en el plano puramente teórico, de varias maneras, adoptando diferentes registros, en función de diversas circunstancias, tales como el propósito del análisis, el público al que uno pretende dirigirse y las herramientas empleadas a estos efectos. Cabría distinguir así dos grandes géneros: el análisis fundamental y el análisis aplicado<sup>15</sup>.

El primero está dirigido principalmente a una amplísima comunidad internacional, integrada mayoritariamente por académicos con estudios avanzados en economía. Los trabajos en curso de realización suelen exponerse en multitudinarios congresos internacionales, previa selección a través de un procedimiento abierto y competitivo<sup>16</sup>. Una vez finalizados, los trabajos se publican en revistas de impacto internacional, si consiguen

superar largos y costosos procedimientos de evaluación externa por pares. La lengua de publicación es, por descontado, exclusivamente el inglés. Los artículos tratan normalmente problemas no específicos de un determinado ordenamiento jurídico, sino generales, abstractos. Hay, ciertamente, trabajos de tipo empírico, inevitablemente referidos a uno o varios sistemas normativos concretos, pero estas referencias se hacen a título ilustrativo. La intención es casi siempre analizar cuestiones de relevancia global, que puedan interesar en cualquier parte del mundo. Los contenidos son cada vez más técnicos y sofisticados. El número de artículos nuevos que se expresan exclusivamente en un lenguaje puramente natural, que no contienen modelos matemáticos ni estudios empíricos cuantitativos, ha ido paulatinamente menguando hasta llegar a niveles ínfimos<sup>17</sup>. Ni que decir tiene que en estas revistas no hay ni rastro de crónicas legislativas, comentarios jurisprudenciales y formatos similares.

El *análisis aplicado* se dirige principalmente a un público nacional, integrado por académicos, pero también por profesionales (abogados, jueces, consultores, funcionarios, etc.). Los autores no suelen poseer estudios superiores en economía, sino «tan sólo» en Derecho; son normalmente profesores, aunque también pueden encontrarse profesionales prácticos. Es más, muchos de ellos responden al modelo del «profesor-abogado»: el jurista que compagina la docencia y, en su caso, la investigación del Derecho con el ejercicio práctico del mismo, normalmente en el sector privado.

Muchas de las cuestiones tratadas, en

<sup>13</sup> *Vid.*, a título ilustrativo, Francisco MARCOS (2009), «Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo», *Revista de Administración Pública*, 179, págs. 333-365; Juli PONCE SOLÉ (2009), «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública*, 180, págs. 201-243.

<sup>14</sup> El ejemplo paradigmático es el de los jueces Richard POSNER y Frank EASTERBROOK, dos profesores universitarios pioneros del AED que se han convertido en las dos máximas «superestrellas» de la jurisprudencia estadounidense, a pesar de no ejercer sus funciones en el Tribunal Supremo. *Vid.* Mítu GULATI y Verónica SANCHEZ (2002), «Giants in a World of Pygmies? Testing the Superstar Hypothesis with Judicial Opinions in Casebooks», *Iowa Law Review*, 87, págs. 1141 y ss.

<sup>15</sup> En sentido similar, *vid.* Carole M. BILLIET (2011), «Formats for Law and Economics in Legal Scholarship: Views and Wishes from Europe», *University of Illinois Law Review*, págs. 1485 y ss.

<sup>16</sup> *Vid.* Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Miguel PUCHADES NAVARRO (2012), «Nuestros juristas y sus congresos», *InDret*, 4/2012.

<sup>17</sup> *Vid.* Tom GINSBURG y Thomas J. MILÉS (2011), «Empiricism and the Rising Incidence of Coauthorship in Law», *University of Illinois Law Review*, págs. 1813 y ss.

consecuencia, suelen ser específicas del correspondiente ordenamiento jurídico nacional y tener una relevancia práctica inmediata. Los estudios se escriben casi siempre en alguna de las lenguas nacionales y se publican en revistas y libros cuya difusión es básicamente estatal, lo que los hace internacionalmente «invisibles». Si bien a veces han sido previamente presentados en congresos científicos, por lo general de ámbito local, no siempre ocurre así. En cualquier caso, y dado que han sido pensados para una audiencia carente por lo común de conocimientos matemáticos y con el fin de influir en la práctica de la comunidad jurídica, los contenidos no son demasiado técnicos. Se toman argumentos y teorías procedentes del análisis económico fundamental y, convenientemente despojados de su aparato matemático, tamizados y traducidos a un lenguaje accesible para sus destinatarios, se divulgan o se aplican a la resolución de problemas concretos que preocupan a dicha comunidad.

Mi opinión es que ambos tipos de análisis son útiles y necesarios.

#### IV. HERRAMIENTAS AVANZADAS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Se puede analizar económicamente el Derecho de muchas maneras válidas. Una variante típica consiste en aprovechar los resultados de trabajos en los que se describen las consecuencias que pueden tener ciertas normas jurídicas, aplicándolos para resolver un problema concreto relevante de mayor o menor actualidad, y usando un lenguaje natural, sin «numeritos» ni «formulitas». Este modo de hacer

no plantea demasiadas dificultades. Más problemática parece la utilización directa de dos herramientas metodológicas cuyo manejo no suele enseñarse ni aprenderse en las Facultades de Derecho, al menos en las europeas.

##### 1. Matemáticas

El AED —principalmente el de tipo fundamental— ha experimentado un creciente proceso de matematización, parecido al que ha afectado a la economía en general<sup>18</sup>. Cada vez son más los artículos que, para explicar, comprender y predecir las conductas jurídicamente relevantes objeto de estudio, formulan modelos teóricos expresados en el lenguaje de las matemáticas, modelos que son cada vez más sofisticados y complicados.

Se ha estimado que este proceso es consecuencia de la madurez del AED. En sus orígenes no se apreciaba la necesidad de formalización, pues las primeras aplicaciones al Derecho de ideas económicas generales, formuladas en un lenguaje puramente natural (pensemos, por ejemplo, en los pioneros trabajos de COASE, CALABRESI y POSNER), ya supusieron un avance muy sustancial. Pero cuando esas primeras contribuciones comenzaron a ser revisadas y cuestionadas, se consideró necesario especificar con mayor rigor las condiciones de validez de las teorías, las premisas a partir de las cuales se deducían o no ciertos resultados, recurriéndose para ello al lenguaje matemático<sup>19</sup>.

##### A) Ventajas

La utilización de las matemáticas tiene importantes ventajas. Básicamente, dota a los modelos que con ellas se elaboran de claridad, rigor, exactitud, coherencia, generalidad, concisión, simplicidad y fe-

<sup>18</sup> Sobre esto último, vid. Roy E. WEINTRAUB (2002), *How Economics Became a Mathematical Science*, Duke University Press, Durham.

<sup>19</sup> Vid. GINSBURG y MILEŠ (2011, pág. 1816).

cundidad<sup>20</sup>.

Las matemáticas permiten, en efecto, *representar teorías* con gran claridad, exactitud y generalidad. Mediante símbolos abstractos que expresan cantidades, probabilidades, cambios, etc., se identifican y definen con precisión los elementos principales de un problema jurídico típico, es decir, de diversas situaciones reales que presentan ciertas similitudes y que plantean sustancialmente la misma o parecidas cuestiones, omitiéndose sus rasgos accidentales, no esenciales para su comprensión y resolución. Mediante tales símbolos se establecen también con igual precisión cuáles son las relaciones existentes entre dichas variables. De esa manera se formula la estructura del problema de manera transparente, concisa, rigurosa y general. Se definen exactamente las premisas del modelo teórico y, por lo tanto, también sus condiciones de validez.

***“Los modelos económicos formalizados matemáticamente seleccionan un número relativamente reducido de ellos, los considerados más importantes para explicar, entender o predecir los comportamientos correspondientes”***

Ello puede ayudar a *mejorar la comprensión* del correspondiente problema, así como a revelar las analogías estructurales que el mismo presenta con otros. O suscitar nuevas cuestiones.

Las matemáticas permiten, en tercer lugar, *explorar las consecuencias de una teoría*. Una vez se ha formulado con exactitud un modelo teórico, se puede poner

en marcha la «maquinaria de las matemáticas» para extraer del mismo, de manera más o menos automática, consecuencias lógicas, inferencias necesarias, que pueden ser de dos tipos: predicciones —afirmaciones referidas a un hecho incierto que está por suceder— o retrodicciones —afirmaciones referidas a un suceso pasado—.

Las matemáticas hacen posible *testar las teorías* formuladas. Las consecuencias exactas que cabe esperar a partir de un modelo teórico pueden ser luego contrastadas con la realidad. La utilización de conceptos métricos permite hacer mediciones precisas a estos efectos. La teoría quedará corroborada, o cuando menos fortalecida, si las predicciones o retrodicciones que se derivan lógicamente de la misma se ajustan exactamente a los datos empíricos existentes; y falsada o debilitada en caso contrario.

### **B) Objeciones**

Una de las objeciones comúnmente dirigidas contra la utilización de modelos matemáticos en las ciencias sociales en general y en el análisis económico en particular es la de su *excesiva simplificación*. Se estima que dichos modelos describen no pocas veces la realidad de manera excesivamente magra, haciendo abstracción de muchos de sus ingredientes, que pueden ser relevantes para la resolución cabal de los problemas planteados. O parten de *premisas escasamente realistas*. Los fenómenos sociales son demasiado complejos como para ser aprehendidos satisfactoriamente mediante fórmulas matemáticas.

Sin embargo, debe señalarse que cualquier teoría, matematizada o no, implica una simplificación de la realidad, una abstracción, un simulacro. Para comprender la realidad no hay más remedio que concentrarse en algunos de sus elementos o

<sup>20</sup> Vid. Gerard DEBREU (1986), «Mathematical Form and Economic Content», *Econometrica*, 54: 6, págs. 1259-1270; Stephan HARTMANN y Jan SPRENGER (2011), «Mathematics and Statistics in the Social Sciences», en Jesús ZAMORA BONILLA et al. (eds.), *The SAGE Handbook of the Philosophy of Social Sciences*, Sage, London, págs. 594-612.

aspectos. Los modelos económicos formalizados matemáticamente seleccionan un número relativamente reducido de ellos, los considerados más importantes para explicar, entender o predecir los comportamientos correspondientes.

El que esa «estilización» —como a veces la llaman eufemísticamente los economistas— sea excesiva o no depende de la finalidad y del rendimiento del modelo. Algunos (v.gr., los llamados «modelos -juguete», *toy models*) no pretenden explicar globalmente la realidad a la que se refieren, sino sencillamente iluminar el funcionamiento de alguna de sus piezas, facilitar la comprensión de un pequeño fragmento del mundo real.

Si, en cambio, con un modelo se busca realizar predicciones fiables, poco importará que sus premisas sean poco realistas si las predicciones que del mismo se derivan se ven confirmadas luego por los hechos. Un modelo puede ser útil si permite explicar y anticipar ciertos comportamientos, no necesariamente todos. La circunstancia de que resulte refutado en algunos casos no le quita enteramente su utilidad. Es más, aunque pueda sonar paradójico, una teoría es tanto más significativa cuanto menos realistas son sus premisas. En palabras de FRIEDMAN: «Una hipótesis es importante si explica mucho con poco, es decir, si abstrae los elementos comunes y cruciales de la masa de complejas circunstancias que rodean el fenómeno que ha de ser explicado y permite hacer predicciones válidas sólo sobre la base de aquéllos»<sup>21</sup>; «la pregunta relevante que hay que hacerse sobre los “supuestos” de una teoría no es la de si éstos son descriptivamente “realistas”, pues nunca lo son, sino si constituyen aproximaciones suficientemente buenas para el fin de que se trate. Y esta pregunta sólo puede responderse

observando si la teoría funciona, o sea, si produce predicciones suficientemente exactas»<sup>22</sup>.

Téngase en cuenta, además, que la ciencia es una empresa colectiva que avanza gradualmente, paso a paso, por ensayo y error, mediante conjeturas y refutaciones<sup>23</sup>. Un modelo simple puede constituir en este lento e interminable proceso un punto no de llegada, pero sí de partida, o un importante avance, que después habrá de ser criticado, confrontado con los datos empíricos disponibles, revisado, modificado, desarrollado y, en su caso, sustituido sucesivamente por otros que expliquen cada vez mejor la realidad.

Una seria crítica dirigida a la —vamos a suponer— excesiva sofisticación matemática de la economía y, por extensión, del AED es que puede provocar su distanciamiento respecto de la realidad y la práctica jurídicas.

En efecto, existe el peligro, en primer lugar, de que los modelos teóricos formalizados matemáticamente sean intrínsecamente inválidos. El creciente grado de complejidad y sofisticación de tales modelos está provocando que la especialización de sus autores sea cada vez mayor. Ello hace que quienes tienen la formación matemática adecuada para elaborarlos carezcan muchas veces de un conocimiento lo suficientemente fino del sistema jurídico que intentan teorizar. Es posible, por ello, que no detecten los problemas más importantes que la realidad jurídica plantea, que vean problemas donde en verdad no los hay, que descubran mediterráneos o que incurran en errores y malinterpretaciones de bulto.

Se corre, asimismo, el riesgo de que las teorías del AED, aun las válidas y útiles, pasen inadvertidas y no tengan relevancia alguna en la práctica. La matematización

<sup>21</sup> Milton FRIEDMAN (1953), *Essays on Positive Economics*, University of Chicago Press, Chicago, pág. 14.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pág. 15.

<sup>23</sup> *Vid.* Karl POPPER (1962), *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, Basic Books, New York.

puede dificultar o incluso impedir la comunicación con otros juristas teóricos y con los profesionales —abogados, magistrados, funcionarios, legisladores, etc.— a los que corresponde aplicar en la realidad el Derecho o incluso crearlo<sup>24</sup>.

En muchos países, y desde luego en el Reino de España, los juristas suelen ser «de letras», gente aquejada de una severa alergia a las matemáticas, que ni posee la formación necesaria para comprender semejantes modelos ni está dispuesta a adquirirla.

Dos elementos pueden contribuir a mitigar estos riesgos. El primero es la *co-laboración* entre juristas y economistas, colaboración que admite diversas manifestaciones, tales como la organización de congresos, la edición de libros colectivos, la integración de equipos de investigación, etc. Aunque la más intensa y fructífera de todas ellas es, seguramente, la elaboración conjunta de trabajos de investigación. No es en absoluto casual que el incremento de estudios técnicos (formaliza dos matemáticamente, empíricos o las dos cosas) de AED publicados en la última década haya venido de la mano de un notable aumento de los trabajos coescritos por varios autores —normalmente dos—<sup>25</sup>, aunque todavía no hemos llegado al grado de coautoría que se observa en las ciencias naturales, donde, por ejemplo, es común que firmen un estudio experimental todos los miembros del laboratorio en el cual se desarrolló el mismo. La coautoría tiende a mejorar la calidad de los trabajos<sup>26</sup>, como consecuencia de que normalmente los saberes de los coautores son complementarios, el conocimiento científico es cada vez más complejo y especializado y «varios ojos motivados ven

más que sólo dos».

La coautoría acrecienta también la difusión de los resultados de los trabajos y la capacidad de los implicados para realizar investigaciones futuras. Además, permite a éstos diversificar los riesgos que entraña la actividad investigadora (repartir sus «huevos científicos» en varios cestos). Es razonable pensar que estos réditos derivados de la coautoría son muchas veces superiores a los costes (de búsqueda del coautor adecuado, de comunicación, de coordinación, de prevención del «gorroneo», etc.) que la misma implica<sup>27</sup>.

En segundo lugar, debe resaltarse el papel crucial que juegan los individuos que hacen de «traductores», «intermediarios» o «conectores» entre la comunidad internacional, dedicada al análisis económico fundamental, y la comunidad local que aplica o que eventualmente podría aplicar en su actividad investigadora, docente o práctica los instrumentos del AED. La existencia de un grupo nutrido y activo de conectores, con al menos medio pie en cada uno de los dos mundos, multiplica las mentadas posibilidades de colaboración, comunicación, diálogo y conocimiento recíproco por parte de ambos<sup>28</sup>.

## 2. Métodos empíricos

### A) Concepto y tipos

Por método empírico podemos entender, en sentido amplio, cualquier modo de obtener datos o información acerca del mundo real mediante la experiencia, a través de la percepción sensorial de los hechos. En este sentido, los métodos empíricos de investigación del Derecho comprenderían cualquier procedimiento a

<sup>24</sup> En sentido similar, *vid.* Alan SCHWARTZ (2011), «Two Culture Problems in Law and Economics», *University of Illinois Law Review*, págs. 1531-1549, quien estima que en el profesorado de las Facultades de Derecho americanas hay dos grandes brechas comunicativas: por un lado, entre los especialistas en AED provistos de una formación «técnica» avanzada (v.gr., doctorado en economía o matemáticas) y el resto, carente de ella; por otro lado, dentro de este último grupo, los que utilizan los instrumentos analíticos de la economía y los que no los emplean, porque no quieren o porque los desconocen. El autor considera que esta última brecha es más difícil de salvar que la anterior.

<sup>25</sup> *Vid.* GINSBURG y MILES (2011, págs. 1785 y ss.).

<sup>26</sup> Hay evidencias empíricas que así lo indican. *Vid.* GINSBURG y MILES (2011, pág. 1810).

<sup>27</sup> Sobre las ventajas y desventajas de la coautoría, *vid.* GINSBURG y MILES (2011, págs. 1789 y ss.).

<sup>28</sup> Sobre el papel fundamental que en la difusión de los fenómenos sociales «virales» juegan los «conectores», *vid.* Malcolm GLADWELL (2000), *The Tipping Point*, Little, Brown and Company, New York, esp. págs. 30 y ss.

través del cual podemos adquirir conocimientos basados en la experiencia acerca de las reacciones que el Derecho provoca en las conductas y el bienestar de las personas<sup>29</sup>. En un sentido más estrecho, a veces se habla de investigación empírica del Derecho únicamente cuando la información obtenida mediante la experiencia se cuantifica o se analiza mediante técnicas estadísticas o cuantitativas<sup>30</sup>.

Existen básicamente dos tipos de métodos empíricos: la observación y la *experimentación*. El primero consiste en examinar y analizar la realidad sin alterarla; el segundo, en provocar deliberada y controladamente un cambio en ella, al objeto de observar e interpretar su resultado con una finalidad cognoscitiva<sup>31</sup>. Ambos tienen sus ventajas y desventajas.

Los experimentos tienen la ventaja de que si las condiciones del grupo experimental —aquel en el que se realiza el cambio— y el grupo de control —aquel en el que no se realiza— son efectivamente idénticas, salvo en lo que se refiere a dicho cambio, se puede inferir que las diferencias resultantes han sido causadas por el mismo. El problema es que, de ordinario, resulta sumamente difícil y costoso hacer experimentos perfectamente controlados —en los que existe dicha identidad de condiciones— con auténticas regulaciones jurídicas<sup>32</sup>. Cabe experimentar, ciertamente, con reglas jurídicas simuladas, en un «laboratorio», pero el problema, entonces, es que las artificiales condiciones del laboratorio pueden no reflejar adecuadamente las circunstancias del mundo real, lo que mina la validez de los resultados del experimento.

Los estudios observacionales pueden ser longitudinales o transversales. Los primeros analizan y comparan resultados a lo largo del tiempo. Por ejemplo, tratan de averiguar cuáles han sido los efectos de una reforma legislativa, contrastando la situación anterior a su entrada en vigor con la posterior. Los segundos se refieren a hechos realizados más o menos simultáneamente, si bien en distintos ámbitos espaciales. Por ejemplo, se estudia cuál ha sido el impacto de cierta regulación, comparando la realidad de algunos países que la establecieron con la de otros donde regía otra norma durante el mismo periodo de tiempo. En cualquiera de los dos casos, la ventaja de la observación es que se estudia el mundo real. La pega es que éste es muy complejo. Uno nunca puede estar completamente seguro de que los hechos observados hayan sido causados por una circunstancia u otra. Siempre existe la posibilidad, por ejemplo, de que lo que parece un cambio en la conducta de la gente provocado por la promulgación de una nueva ley obedezca en realidad a otro factor concurrente que no se ha tenido en cuenta.

Sea como fuere, lo cierto es que los economistas vienen utilizando masivamente todos estos métodos para confeccionar, contrastar, corroborar, refinar, modificar y descartar sus hipótesis teóricas, así como para efectuar predicciones y proponer eventualmente la adopción de determinados cursos de acción. Y todos ellos pueden ser aplicados igualmente al análisis del Derecho. De hecho, lo están siendo cada vez en mayor grado, al menos en algunos países<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> En términos similares, *vid.* Lee EPSTEIN y Gary KING (2002), «The Rules of Inference», *University of Chicago Law Review*, 69, págs. 2 y 3; Carl E. SCHNEIDER y Lee E. TEITELBAUM (2006), «Life's Golden Tree: Empirical Scholarship and American Law», *Utah Law Review*, pág. 61.

<sup>30</sup> *Cfr.* William M. LANDES (2003), «The Empirical Side of Law and Economics», *University of Chicago Law Review*, 70, pág. 176.

<sup>31</sup> *Idem.* Mario BUNGE (1985), *La investigación científica*, trad. Manuel Sacristán, Ariel, Barcelona, págs. 717 y ss.

<sup>32</sup> Sobre las regulaciones experimentales, *vid.* Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2004), «Los experimentos jurídicos», *Revista de Administración Pública*, 164, págs. 145-187; *idem* (2005), «Descentralización administrativa y experimentalismo democrático», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra 'Fadrique Furió Ceriol'*, 52-53, págs. 43-67; Sofia RANCHORDÁS (2013), «The Whys and Woes of Experimental Legislation», *Theory and Practice of Legislation*, 1, 3, págs. 415-440.

<sup>33</sup> *Idem.*, a título ilustrativo, Peter CANE y Herbert KRITZER (eds.) (2010), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, Oxford; Jennifer ARLEN y Eric TALLEY (eds.) (2008), *Experimental Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham. Se ha publicado incluso un excelente manual universitario dirigido principalmente a estudiantes de Derecho sin formación empírica previa: Robert M. LAWLESS, Jennifer K. ROBBENOLT y Thomas ULEN (2010), *Empirical Methods in Law*, Aspen, New York.



## B) Su creciente importancia

Peter SCHUCK publicaba en 1989 un artículo en cuyo título se preguntaba «por qué los profesores de Derecho no hacen más investigación empírica»<sup>34</sup>. Tanto él como otros autores<sup>35</sup> apuntaban varias razones: 1.<sup>a</sup>) Los estudios empíricos constituyen un «trabajo duro», requieren mucho más tiempo, esfuerzo e incluso recursos materiales que los típicos estudios teóricos y especulativos usualmente engendrados, con una pasmosa facilidad, por los profesores de Derecho, a los cuales, en consecuencia, les sale varias veces más rentable —en términos de visibilidad de los resultados de su trabajo— seguir haciendo lo que siempre han hecho. 2.<sup>a</sup>) Los juristas carecen por lo general de los conocimientos —v.gr., estadísticos— que normalmente se necesitan para llevar a cabo dichas investigaciones con el rigor deseable, y el coste que encierra «reciclarse» y adquirirlos una vez se ha alcanzado una cierta edad suele ser demasiado elevado; esta carencia podría suplirse mediante la colaboración con científicos procedentes de otras disciplinas, pero tal posibilidad choca con el recelo que aún hoy suscita la coautoría en el ámbito jurídico. 3.<sup>a</sup>) La probabilidad de que se demuestre que uno está equivocado —de quedar «en evidencia»— es mayor cuando se realizan investigaciones de índole empírica que en otro caso, porque cualquiera puede repetirlas y falsarlas; porque están más expuestas a la crítica y a la refutación que los análisis en los que la información empírica —no digamos ya

cuantitativa o estadística— brilla por su ausencia, por lo que resultan más arriesgadas para sus autores. 4.<sup>a</sup>) También aquí el riesgo es más elevado por otra razón: antes de comenzar un estudio empírico no puede saberse si el mismo ofrecerá resultados interesantes; la incertidumbre existente al respecto es mayor que en el campo de la especulación teórica, y sólo puede ser despejada cuando ya se ha invertido una considerable cantidad de esfuerzo.

Las cosas, sin embargo, han cambiado sustancialmente desde entonces, cuando menos en el mundo de la academia anglosajona y, especialmente, estadounidense. En las dos últimas décadas ha aumentado muy significativamente el número de trabajos empíricos, tendencia que todavía se mantiene. Han aparecido diversas revistas especializadas, bitácoras, tratados, comunidades científicas que celebran periódicamente multitudinarios congresos, etc. Todo ello dedicado específica y exclusivamente al análisis empírico de cuestiones legales, cualesquiera que éstas sean<sup>36</sup>.

Se han ofrecido varias razones explicativas de este fenómeno: 1.<sup>a</sup>) El mismo sería igualmente una señal de madurez científica del AED<sup>37</sup>, al tiempo que la consecuencia natural del rumbo tomado por la ciencia económica en general, donde los estudios empíricos han cobrado una sobresaliente relevancia<sup>38</sup>. 2.<sup>a</sup>) El espectacular progreso de las tecnologías informáticas ha reducido exponencialmente los costes del tratamiento de datos requeridos para efectuar investigaciones de este tipo<sup>39</sup>. 3.<sup>a</sup>) La demanda de estudios

<sup>34</sup> Peter H. SCHUCK (1989), «Why Don't Law Professors Do More Empirical Research?», *Journal of Legal Education*, 39, págs. 323-336.

<sup>35</sup> *Vid.*, entre otros, Michael HEISE (1999), «The Importance of Being Empirical», *Pepperdine Law Review*, 26, págs. 815 y ss.; LANDES (2003), págs. 167 y ss.).

<sup>36</sup> *Vid.*, entre otros, Michael HEISE (2002), «The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism», *University of Illinois Law Review*, 4, págs. 819 y ss.; Elizabeth WARREN (2002), «The Market for Data: The Changing Role of Social Sciences in Shaping the Law», *Wisconsin Law Review*, págs. 1-42; Thomas S. ULEN (2004), «The Unexpected Guest: Law and Economics, Law and Other Cognate Disciplines, and the Future of Legal Scholarship», *Chicago-Kent Law Review*, 79, págs. 403 y ss.; Elisabeth CHAMBLISS (2008), «When Do Facts Persuade? Some Thoughts On The Market For "Empirical Legal Studies"», *Law and Contemporary Problems*, 71, págs. 17-39; Victoria NOURSE y Gregory SHAFFER (2009), «Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?», *Cornell Law Review*, 95, págs. 61-137; Mark C. SUTCHMAN y Elizabeth MERTZ (2010), «Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism», *Annual Review of Law and Social Science*, 6, págs. 555-579; Michael HEISE (2011), «An Empirical Analysis of Empirical Scholarship Production, 1990-2009», *University of Illinois Law Review*, págs. 1739-1752; Theodore EISENBERG (2011), «The Origins, Nature and Promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns», *University of Illinois Law Review*, págs. 1713-1738.

<sup>37</sup> Robert COOTER (2011), «Maturing into Normal Science: The Effect of Empirical Legal Studies on Law and Economics», *University of Illinois Law Review*, págs. 1475-1483.

<sup>38</sup> GINSBURG y MILES (2011), pág. 1816).

<sup>39</sup> James LINDGREN (2006), «Predicting the Future of Empirical Legal Studies», *Boston University Law Review*, 86, pág. 1453; GINSBURG y MILES (2011), pág. 1817).

de este tipo ha aumentado, lo que ha sido propiciado por un cambio de actitud de la comunidad científica frente a los mismos, que ha dejado de percibirlos como trabajos intelectuales de segunda clase. 4.<sup>a</sup>) Se ha incrementado el número de profesores de Derecho que han cursado estudios avanzados en diversas ciencias sociales — economía, sociología, politología, psicología, etc.— y que dominan tales métodos<sup>40</sup>.

### C) Utilidad

Los métodos empíricos permiten obtener información acerca de los efectos que las decisiones jurídicas —leyes, reglamentos, actos administrativos, sentencias, contratos, etc.— producen *realmente* sobre la conducta y el bienestar de los individuos, así como sobre la influencia que la realidad social puede ejercer en aquellas decisiones. El conocimiento de esos efectos y de dicha influencia tiene, evidentemente, una importancia crucial para comprender mejor el funcionamiento real del sistema jurídico. Esta información podrá ser más o menos imperfecta, fragmentaria, limitada, pero no deja por ello de ser valiosa, sobre todo si somos conscientes de su precariedad, de sus incertezas, de la necesidad de revisarla críticamente y mejorarla. Algo es preferible a nada. Obviamente, cuanto más rigurosos sean los métodos empíricos empleados para obtenerla, más fiable y valiosa será la misma.

Esta información puede ser útil para todos los actores que de una manera u otra han de trabajar con el Derecho: legisladores, funcionarios, autoridades, jueces, abogados, profesores, etc. Porque todos ellos, para desarrollar correctamente sus tareas, necesitan información acerca de las consecuencias esperables de las

normas jurídicas que han de establecer, interpretar, aplicar o estudiar, o acerca del impacto que sobre ellas pueden tener determinadas circunstancias. Si, por ejemplo, el legislador pretende crear los incentivos adecuados para que los individuos se abstengan de realizar ciertas conductas consideradas perjudiciales para la comunidad y lleven a cabo otras socialmente valiosas, necesitará saber si una determinada norma ha producido o puede producir, en el terreno de los hechos, los resultados apetecidos. Parece preferible basar la política legislativa en evidencias empíricas rigurosa y sistemáticamente obtenidas antes que en intuiciones o anécdotas.

A un abogado, por su parte, le puede interesar mucho saber cuál es el porcentaje de éxito de las demandas presentadas ante un determinado Tribunal en un cierto tipo de asuntos, o los sesgos que típicamente afectan a los miembros de un Jurado y que pueden distorsionar su valoración de las pruebas, etc.

Pudiera pensarse que el caso de los jueces es distinto: ellos deben limitarse a aplicar estrictamente el ordenamiento jurídico, sin sopesar ni verse condicionados por las consecuencias que se puedan seguir de sus decisiones<sup>41</sup>. Mi opinión es otra. No es ya sólo que podamos sospechar razonablemente que, *de facto*, sí suelen tener en cuenta esas consecuencias. Es que deben ponderarlas y decidir en función de las mismas.

A veces están incluso explícitamente obligados a ello. El artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por ejemplo, establece que:

«1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamen-

<sup>40</sup> HEISE (2011, págs. 1739 y ss.).

<sup>41</sup> Como advierten Raúl CALVO y Carlos VENIER (2003), «Racionalidad de las justificaciones consecuencialistas en las decisiones judiciales», *Isonomía*, 19, págs. 155 y 156, «los argumentos consecuencialistas han tenido una suerte disímil. En algunos ámbitos, como por ejemplo el plano legislativo, el análisis de las consecuencias de la promulgación de ciertas normas ha ocupado un lugar importante. Por el contrario, en otros planos, por ejemplo las decisiones judiciales, el análisis de los argumentos consecuencialistas ha sido básicamente ignorado. Esto parece estar vinculado con la idea de que la función del juez se circunscribe a la aplicación de normas generales. Actividad que debe ser realizada con independencia de las consecuencias que dicha aplicación pueda producir sobre un caso particular».

te cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada».

Nótese que el órgano jurisdiccional competente debe atender tanto a las posibles consecuencias de la adopción de la medida cautelar (ap. 2) como a las de su denegación (ap. 1).

Por otro lado, también en casos en los que la ley guarda silencio al respecto los jueces deben efectuar una ponderación similar. La razón es sencilla. Los jueces han de aplicar no sólo la ley, sino más bien el entero ordenamiento, en cuya cúspide se hallan varios principios jurídicos, a los que cabe considerar como mandatos de optimización, que ordenan realizar ciertos valores —libertad, igualdad, seguridad, salud, vida, etc.— en la mayor medida de lo jurídica y fácticamente posible. Al aplicar dichos principios, en consecuencia, deben ponderar las consecuencias, positivas y negativas, que para la realización de los correspondientes valores pueden seguirse efectivamente de cada una de sus alternativas de decisión<sup>42</sup>.

Más adelante volveremos sobre este punto, pero sirva ahora como ejemplo ilustrativo de argumentación judicial consecuencialista *praeter legem* la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999 (caso *Mesa Nacional de HB*), en la que, para declarar la inconstitucionalidad de un precepto penal, se tuvo muy en cuenta el «efecto desaliento» que el mismo producía sobre el lícito ejercicio de ciertos de-

rechos fundamentales<sup>43</sup>.

Finalmente, los estudios empíricos pueden tener también gran interés para el público en general, para una sociedad sedienta de información veraz y cabal concerniente a cuestiones jurídicas especialmente relevantes<sup>44</sup>, respecto de las cuales, muchas veces, no se ha publicado estudio alguno, o sólo se han vertido opiniones faltas del debido rigor por sujetos cuya objetividad, imparcialidad o pericia es ciertamente cuestionable<sup>45</sup>. La falta de estudios adecuados propicia que algunas partes interesadas cubran el hueco informativo resultante con documentos sesgados, si bien presentados como neutrales y científicos<sup>46</sup>.

#### **D) Algunos aspectos problemáticos**

El mero hecho de que se utilicen estos métodos para analizar el Derecho no ha suscitado objeciones significativas. Lo que sí ha sido criticado por algunos autores es que a veces se publican en las revistas jurídicas (estadounidenses) estudios empíricos faltos del debido rigor científico<sup>47</sup>, lo que viene propiciado por el hecho de que la mayoría de esas revistas están editadas por estudiantes de Derecho, que por lo general carecen de la formación técnica necesaria para revisar dichos trabajos y asegurar que se ajustan a los estándares científicos normales en otras disciplinas. La calidad media de los estudios empíricos en Derecho estaría por debajo de la que puede encontrarse en otros ámbitos<sup>48</sup>.

Por lo demás, la aplicación de métodos empíricos al análisis del Derecho plantea un problema muy parecido a la de las matemáticas: agranda la brecha comunica-

<sup>42</sup> Vid. Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2009), «Principios jurídicos, proporcionalidad y análisis económico», en Luis ORTEGA y Susana DE LA SIERRA (coords.), *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, págs. 159-186.

<sup>43</sup> Vid. el comentario de Tomás DE DOMINGO PÉREZ (2003), «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado “chilling effect” o “efecto desaliento”», *Revista de Estudios Políticos*, 122, págs. 141-166.

<sup>44</sup> Theodore EISENBERG (2004), «Why Do Empirical Legal Scholarship?», *San Diego Law Review*, 41, págs. 1741 y ss.

<sup>45</sup> CHAMBLISS (2008, págs. 17 y ss.).

<sup>46</sup> EISENBERG (2011, pág. 1736). Sobre algunos aspectos turbios del «mercado» de estudios jurídicos empíricos en los Estados Unidos, en el que ciertos lobbies son grandes «compradores», vid. Elizabeth WARREN (2002), «The Market for Data: The Changing Role of Social Sciences in Shaping the Law», *Wisconsin Law Review*, págs. 1-42.

<sup>47</sup> EPSTEIN y KING (2002).

<sup>48</sup> En contra de esta opinión, EISENBERG (2011, págs. 1721 y ss. y 1730).

tiva que separa a quienes los dominan y utilizan respecto de los juristas prácticos, o incluso de los «intermediarios» que conocen, manejan y difunden las ideas procedentes del AED<sup>49</sup>. Las reflexiones que se expusieron antes sobre el particular, en especial las relativas al papel que puede jugar la colaboración interdisciplinar, valen sustancialmente aquí.

## V. UTILIDAD DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Hasta los más cáusticos críticos del AED reconocen que éste puede tener alguna utilidad. Hay conceptos, ideas y argumentos básicos procedentes de la teoría económica —externalidades, costes de transacción, información asimétrica, dilema del prisionero, coste de oportunidad, etc.— que suenan constantemente en el debate público general y que cualquier jurista competente debería incorporar a su «caja de herramientas», listos para utilizar cuando se tercie<sup>50</sup>, aunque sólo sea para comprender una buena y creciente parte del discurso público.

En mi opinión, y por las razones que se han venido exponiendo, el AED es muy útil si lo que se pretende es:

- Conocer, explicar y predecir cómo interacciona el sistema jurídico con la realidad, esto es, cuál es o puede ser el impacto del Derecho sobre dicha realidad y, viceversa, cómo influye ésta sobre aquél. El AED ayuda a saber, mejor o peor, cómo reaccionará la gente frente a las normas jurídicas, qué consecuencias tendrá esa reacción para el bienestar social y cómo pueden afectar diversas circunstancias sociales al contenido de esas normas.
- Evaluar si una solución jurídica constituye los incentivos adecuados para que

la gente se comporte de manera que se maximice, realmente, la satisfacción de ciertos fines —v.gr., de los fijados en la Constitución—. Al valorar las distintas posibilidades de decisión, precisar cuál es la que produce los resultados óptimos apetecidos y contrastarla con la prescrita por el Derecho vigente, pueden ocurrir dos cosas: que las dos coincidan o que difieran.

Lo primero sucede frecuentemente. Puede comprobarse que muchas de las reglas dictadas por el legislador o decantadas por la jurisprudencia obedecen a una cierta racionalidad económica, a veces sorprendente<sup>51</sup>. El AED ofrece entonces una justificación para tales reglas. Es más, desde el AED se han elaborado teorías dirigidas a explicar por qué las normas jurídicas, bajo determinadas condiciones, tienden a ser económicamente eficientes (o ineficientes).

*“Más adelante volveremos sobre este punto, pero sirva ahora como ejemplo ilustrativo de argumentación judicial consecuencialista praeter legem la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999 (caso Mesa Nacional de HB)”*

Richard POSNER fue el primero en deslizar la hipótesis de que el *common law* (es decir, el Derecho de origen judicial) tiende hacia la eficiencia. La explicación que del fenómeno da este autor —los jueces muestran una cierta preferencia por la eficiencia— no es, sin embargo, muy convincente<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> En sentido similar, HEISE (2011, pág. 1751).

<sup>50</sup> Vid. Don HERZOG (2000), «Externalities and Other Parasites», *University of Chicago Law Review*, 67, págs. 895-923.

<sup>51</sup> Vid., por poner un ejemplo, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2012), «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *In Dret*, 1/2012.

<sup>52</sup> Vid. Richard A. POSNER (1992), *Economic Analysis of Law*, Little, Brown & Company, Boston, § 19.2, págs. 523 y 524.

Otros autores han propuesto explicaciones alternativas. Algunas de ellas se basan en el mecanismo de la litigación selectiva. Lo que hace evolucionar el *common law* hacia la eficiencia no es el gusto de los jueces por la misma, sino el interés económico de los justiciables, en virtud del cual deciden en qué casos litigan y en cuáles evitan el pleito. Las reglas jurídicas ineficientes imponen mayores costes agregados para el conjunto de los justiciables que las eficientes, por lo que éstos tenderán a litigar contra las primeras, a fin de cambiarlas, más frecuentemente que contra las segundas<sup>53</sup>. Por la misma razón, los individuos a quienes las reglas eficientes benefician pueden invertir en defensa de las mismas más recursos, *ceteris paribus*, de los que los perjudicados pueden destinar a combatirlas<sup>54</sup>. Las reglas ineficientes tienen, por consiguiente, mayores probabilidades de ser rectificadas y desaparecer que las eficientes, cuyas perspectivas de perdurar son mejores. Cabe esperar, pues, que en el largo plazo haya menos normas del primer tipo y más del segundo<sup>55</sup>.

Algún autor ha formulado una explicación complementaria, basada en las siguientes circunstancias institucionales existentes en la época de formación del *common law*<sup>56</sup>: 1.ª) La posibilidad, no sujeta a condiciones demasiado estrictas, de que los tribunales modificasen sus precedentes hacía que a los justiciables no les resultase muy rentable invertir demasiados recursos en tratar de que aquellos sentasen precedentes ineficientes, sesgados hacia sus posiciones, habida cuenta de la escasa fuerza jurídica de los mismos. 2.ª) El hecho de que los justicia-

bles pudieran elegir el fuero y de que una parte sustancial de las retribuciones judiciales proviniera de los aranceles pagados por aquéllos constituía un estímulo para que los jueces se esforzaran en aplicar y desarrollar reglas que satisficieran los intereses de todos sus «clientes». 3.ª) El que la mayoría de las normas de *common law* fueran de índole dispositiva suponía que si las mismas no regulaban óptimamente las relaciones trabadas entre dos o más individuos, éstos podían sortearlas de común acuerdo sustituyéndolas por reglas contractuales más ajustadas a sus necesidades.

Es igualmente razonable pensar que varios factores pueden favorecer que algunas *normas de origen legislativo* evolucionen hacia la eficiencia. Se ha sostenido, por ejemplo, que la «competencia entre sistemas legales nacionales» puede propiciar que las soluciones que los mismos dan a determinados problemas tiendan a converger. Las personas muestran una cierta querencia a establecerse en aquellos países, a elegir aquellos sistemas legales, que mejor atienden sus intereses. Ello determinará que los Estados, en la medida en que pretendan atraer a cuantos más «clientes» mejor, traten de ofertar disposiciones que satisfagan óptimamente las necesidades de éstos, lo que determinará que las reglas jurídicas económicamente ineficientes tiendan a desaparecer<sup>57</sup>.

En otras circunstancias, por el contrario, lo que cabe esperar es que las normas jurídicas tengan un contenido *ineficiente*, sesgado a favor de ciertas posiciones<sup>58</sup>. Así puede ocurrir típicamente cuando una norma regula intereses contrapuestos de

<sup>53</sup> Paul H. RUBIN (1977), «Why is the Common Law Efficient?», *Journal of Legal Studies*, 6: 1, págs. 51-63; George L. PRIEST (1977), «The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules», *Journal of Legal Studies*, 6: 1, págs. 65-82; R. Peter TERREBONNE (1981), «A Strictly Evolutionary Model of Common Law», *Journal of Legal Studies*, 10, págs. 397-407; Thomas J. MICELI (2009), «Legal Change: Selective Litigation, Judicial Bias, and Precedent», *Journal of Legal Studies*, 38: 1, págs. 157-168.

<sup>54</sup> John C. GOODMAN (1978), «An Economic Theory of the Evolution of the Common Law», *Journal of Legal Studies*, 7: 2, págs. 393-406.

<sup>55</sup> Vid. Robert COOTER y Lewis KORNHAUSER (1980), «Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges?», *Journal of Legal Studies*, 9: 1, págs. 139-163.

<sup>56</sup> Vid. Todd J. ZYWICKI (2003), «The Rise and the Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply-Side Analysis», *Northwestern University Law Review*, 97: 4, págs. 1551-1633.

<sup>57</sup> Vid. Anthony OGUS (1999), «Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law», *International and Comparative Law Quarterly*, 48: 2, págs. 405 y ss.

<sup>58</sup> Vid. Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2013), «Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva», *InDret*, 1/2013.

dos grupos de personas. El primero, integrado por un número reducido de ellas, cada una de las cuales tiene por tal razón importantes incentivos para organizarse y presionar a la autoridad competente a fin de que ésta adopte decisiones que le sean propicias. El segundo, constituido por un número mucho más elevado de individuos, a cada uno de los cuales le cuesta más y le sale menos rentable formar un *lobby* con dicho fin<sup>59</sup>.

Pero también ocurre a veces que existe una divergencia, más o menos acusada, entre la solución vigente y la que respalda el AED. Este último puede cumplir entonces una función crítica, de *lege ferenda*<sup>60</sup>, al señalar por qué dicha solución no es la que mejor realiza ciertos principios jurídicos e indicar una alternativa preferible desde este punto de vista.

Finalmente, interesa resaltar que, en contra de lo que a veces se piensa, el AED puede y —nos atrevemos a decir— eventualmente debe ser empleado para resolver problemas de *lege lata*, para aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico vigente y precisar cuál es la solución que el mismo prescribe para un caso concreto. Ya hemos visto por qué. En primer lugar, porque hay disposiciones normativas que ordenan explícitamente que se adopte una decisión jurídica con base en un análisis económico de las consecuencias que la misma puede tener. En segundo lugar, porque, aunque no exista semejante previsión expresa, aplicar el ordenamiento jurídico vigente implica siempre ponderar los principios que le sirven de fundamento. Y, para efectuar esa ponderación, hay que llevar a cabo un análisis de los costes

y beneficios, de las consecuencias negativas y positivas que para la realización de esos principios puede suponer cada una de las interpretaciones o soluciones consideradas<sup>61</sup>.

En efecto, si concebimos los principios jurídicos como mandatos de optimización, que ordenan la realización de un valor en la mayor medida de lo posible, habida cuenta de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes<sup>62</sup>, el alcance que en cada caso tengan los mismos habrá de ser precisado mediante la máxima de la proporcionalidad, que normalmente requiere efectuar una ponderación: «el carácter de principio implica la máxima de proporcionalidad, y ésta implica aquél»<sup>63</sup>; una decisión desproporcionada es, por definición, una decisión no óptima, y viceversa. De acuerdo con la formulación canónica de esta máxima, sólo cabe restringir o limitar el alcance *prima facie* de un principio jurídico cuando ello resulte: *útil* para satisfacer un fin legítimo; *necesario*, de modo que de entre todas las alternativas útiles para lograr ese objetivo se escoja la menos restrictiva; y *ponderado* —o no excesivo— por superar los beneficios de la restricción a sus costes<sup>64</sup>. Y es claro que una limitación inútil, que menoscaba un principio jurídico sin reportar beneficio legítimo alguno, no resulta óptima, pues siempre hay otra solución más beneficiosa para el conjunto de los intereses en juego: omitir la limitación considerada. Una restricción innecesaria tampoco es óptima, pues entonces hay otras alternativas que permiten alcanzar el mismo objetivo con un coste menor. Y va de suyo que una restricción excesiva —cuyas desventajas

<sup>59</sup> *Vid.*, por todos, STIGLER (1971).

<sup>60</sup> Como advierte Pedro MERCADO PACHECO (2013), «Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, pág. 94, «la aportación del AED [es] de crucial importancia en lo que hace referencia a las cuestiones de política legislativa y en la creación y evaluación normativas».

<sup>61</sup> *Vid.*, por todos, José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000), *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid; Luis ARROYO JIMÉNEZ (2009), «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», *InDret*, 2/2009; Luis ORTEGA y Su sana DE LA SIERRA (coords.) (2009), *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons.

<sup>62</sup> *Vid.*, por todos, Robert ALEXY (1994), *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1994, págs. 75 y 76; Gloria Patricia LOPERA MESA (2004), «Los derechos humanos como mandatos de optimización», *Doxa*, 27, págs. 211-246.

<sup>63</sup> ALEXY (1994, pág. 100).

<sup>64</sup> Sobre el principio de proporcionalidad, *vid.*, por todos, Carlos BERNAL PULIDO (2008), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid.

superan a sus ventajas— tampoco alcanza el óptimo, pues siempre resulta más beneficioso abstenerse de llevarla a cabo.

Puede afirmarse, por lo tanto, que aplicar principios jurídicos es sinónimo de tomar una decisión que no suponga un menoscabo inútil, innecesario o excesivo para cualquiera de ellos, una decisión que maximice su satisfacción global. A estos efectos habrá que tratar de averiguar en qué medida se realizará cada uno de los principios aplicables según la alternativa que se siga, y escoger aquella que maximice dicha realización. Es decir, habrá que analizar los costes y beneficios que para los principios considerados se derivan de las posibles decisiones, y adoptar la que presente un mejor balance.

Nótese que este método no difiere sustancialmente del propio de la economía. La jerga y los instrumentos han sido tradicionalmente algo distintos, pero la esencia es la misma. Si aquélla es la ciencia que estudia cómo adoptar decisiones racionales en un mundo de recursos escasos, a fin de sacarles el mayor partido, a fin de maximizar su utilidad, a fin de satisfacer de la mejor manera posible los fines de los hombres, también los problemas de aplicación de los principios jurídicos pueden considerarse problemas económicos, de escasez, donde resulta imposible atender ilimitada y simultáneamente las exigencias *prima facie* de cada uno de los principios aplicables, donde debe tomarse una decisión que no restrinja inútil, innecesaria o excesivamente su realización, una decisión que optimice la satisfacción del conjunto de ellos.

Y, si esto es así, cabe pensar que algo provechoso podremos aprender los juristas de los cultivadores de la ciencia lúgu-

bre. No se trata sólo ni principalmente de emplear términos y conceptos económicos —coste, beneficio, precio, maximización, optimización, preferencia, curva de indiferencia, utilidad marginal decreciente, tasa marginal de sustitución, óptimo de Pareto, etc.<sup>65</sup>— para plantear y resolver los problemas suscitados por la aplicación de los principios jurídicos —vale decir, de la máxima de la proporcionalidad y de la ponderación—, lo cual puede hacerse sin violencia alguna<sup>66</sup>. Se trata, sobre todo, de utilizar aquí los conocimientos sustantivos y los instrumentos metodológicos que durante cientos de años los economistas han ido decantando, desarrollando y perfeccionando sistemáticamente con el objeto de tomar decisiones racionales que permitan aprovechar óptimamente nuestros limitados recursos y realizar en la mayor medida de lo posible nuestros diversos fines<sup>67</sup>. Mediante estas herramientas avanzadas, el AED puede racionalizar dicha ponderación, estructurar el discurso jurídico, elevar el rigor del análisis de costes y beneficios que hay que efectuar a la hora de aplicar los principios generales del Derecho.

Obviamente, las posibilidades de servirse del AED para resolver problemas *de lege lata* serán tanto más amplias cuanto mayor sea el margen que el ordenamiento jurídico vigente deje, premeditadamente o no, a los aplicadores del Derecho para efectuar semejantes ponderaciones en los casos concretos sometidos a su consideración. Serán especialmente amplias, por ejemplo, allí donde exista una profunda laguna normativa o donde la densidad de las reglas que regulan la materia en cuestión sea muy baja.

<sup>65</sup> *Vid.*, a modo de ejemplo, ALEXY (1994, págs. 143 y ss.).

<sup>66</sup> Como ha notado Bernhard SCHLINK (1976), *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, pág. 155.

<sup>67</sup> *Vid.*, en este sentido, Ekkehard HOFMANN (2007), *Abwägung im Recht. Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im Öffentlichen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen.

## VI. ALGUNAS CRÍTICAS DIRIGIDAS AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

### 1. Las personas no siempre actúan racionalmente

Durante las últimas décadas han aparecido incontables estudios empíricos, realizados inicialmente por psicólogos y luego también por economistas, que demuestran que las personas, en determinadas condiciones, actúan sistemáticamente de una manera distinta de la predicha por el tradicional modelo teórico de la elección racional.

En efecto, la gente posee una racionalidad limitada (*bounded rationality*). Incurrir una y otra vez en abundantes errores e inconsistencias al valorar la información disponible: a la hora de formular juicios sobre los costes y beneficios que entrañan sus alternativas de actuación, así como sobre la probabilidad de que tales resultados se produzcan<sup>68</sup>.

Las personas, en segundo lugar, suelen mostrar también una fuerza de voluntad limitada (*bounded willpower*). Toman decisiones temporalmente inconsistentes. Sus preferencias son cambiantes, inestables. La valoración que los individuos hacen en el presente de los resultados futuros de sus decisiones difieren de la valoración que esos mismos sujetos efectuarán en el futuro de tales resultados. Ello provoca que, muchas veces, el «yo» futuro, cuando se hace presente, se arrepienta de lo que hizo el «yo» pasado<sup>69</sup>.

La gente, finalmente, no siempre busca

actuar en el sentido que más conviene a su propio interés (*bounded self-interest*). En ocasiones, los individuos incurren conscientemente en costes personales al tomar decisiones que consideran justas o merecidas, y que ora benefician a otras personas (piénsese, por ejemplo, en el respeto de una norma cuya infracción se sabe es indetectable), ora las perjudican (piénsese en el individuo que deja de consumir un producto para boicotear a la empresa que lo fabrica)<sup>70</sup>.

Todo lo cual plantea un serio problema, pues significa que el modelo teórico en el que se ha basado la abrumadora mayoría de los estudios de AED no describe ni predice bien cómo se comporta realmente la gente y, por lo tanto, cuáles pueden ser sus reacciones frente a las normas jurídicas.

Pero ello no resta utilidad o validez al AED. Más bien al contrario. Lo que significa es que *si las referidas anomalías son predecibles y pueden tener un impacto significativo* sobre la conducta humana, como así ocurre efectivamente en muchas ocasiones, hay que ajustar los modelos teóricos del AED para reflejar dichas anomalías, a fin de describir y predecir mejor que antes cómo reacciona la gente frente a las normas jurídicas —o viceversa, qué factores sociales explican su contenido— y, por lo tanto, cómo tienen que ser diseñadas éstas si se pretende mover a los individuos a comportarse de una determinada manera.

De hecho, el AED no ha naufragado tras la tormenta desatada por los referidos estudios. Lo que ha ocurrido es que ha surgido una nueva rama del mismo, el *behavioral law and economics*, que trata igualmente de analizar económicamente

<sup>68</sup> Vid. Daniel KAHNEMAN, Paul SLOVIC y Amos TVERSKY (1998), *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, eds. Cambridge University Press, Cambridge; Daniel KAHNEMAN y Amos TVERSKY (2000), *Choices values and frames*, eds. Cambridge University Press, Cambridge; Thomas GILOVICH, Dale GRÍFFIN y Daniel KAHNEMAN (2002), *Heuristics and biases. The Psychology of Intuitive Judgment*, eds. Cambridge University Press, Cambridge. Vid. una presentación muy accesible de esta literatura en Daniel KAHNEMAN (2011), *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, New York (hay traducción al castellano: *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, Barcelona, 2012).

<sup>69</sup> Vid. David LAIBSON (1997), «Golden Eggs and Hyperbolic Discounting», *Quarterly Journal of Economics*, 112: 2, págs. 443-478.

<sup>70</sup> Vid. Colin CAMERER y Richard H. THALER (1997), «Anomalies: Ultimatums, Dictators, and Manners», *Journal of Economic Perspectives*, 9, págs. 209-219; David J. COOPER y John H. KAGEL (2013), «Other-Regarding Preferences: A Selective Survey of Experimental Results», en J. H. KAGEL y A. E. ROTH (eds.), *Handbook of Experimental Economics*, vol. 2, Princeton University Press, Princeton, págs. 615-691.



el Derecho, utilizando sustancialmente las mismas herramientas antes descritas a fin de comprender, explicar y predecir la influencia de las reglas jurídicas sobre la conducta humana, y de precisar cómo hay que configurar éstas para que la gente actúe en un determinado sentido. La única diferencia significativa es que esta nueva corriente parte de premisas relativas a cómo se comportan los individuos que, además de ser más realistas, permiten hacer predicciones más exactas y prescripciones más acertadas que las del modelo tradicional, al menos en determinadas circunstancias<sup>71</sup>. Es más, dicha corriente, al reemplazar presupuestos relativamente simples pero poco realistas por otros más ajustados a la realidad pero también más complejos, exige una utilización más intensiva de los métodos empíricos y una mayor sofisticación matemática a fin de modelar teóricamente la conducta humana. El *behavioral law and economics*, en fin, no ha venido a sustituir al AED, sino a robustecerlo y mejorarlo (a costa, eso sí, de complicarlo).

***“Hay varias maneras de conseguir una cierta distribución de la riqueza, y la más eficiente no tiene por qué ser que todas y cada una de las normas jurídicas se diseñen con ese objetivo”***

## **2. La cuestión de los fines**

Se ha dicho que el Derecho no es susceptible de ser analizado económicamente,

porque las personas y el ordenamiento jurídico persiguen fines no exclusivamente económicos, que no son tenidos en cuenta —en absoluto o no como es debido— por la ciencia lúgubre. En esta línea, ciertos juristas contraponen a veces los «intereses económicos» con intereses de otro tipo, y llegan a sostener incluso que algunos de éstos deben prevalecer sobre aquéllos. Recordemos la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la que se afirma la existencia de un «principio general... según el cual debe atribuirse incontestablemente un carácter preponderante a la protección de la salud pública frente a las consideraciones económicas»<sup>72</sup>.

Sin embargo, la economía es enteramente neutral respecto de los fines<sup>73</sup>. No hay fines económicos, ni tampoco extraeconómicos. Afirmar lo contrario encierra un malentendido. La economía pretende explicar cómo actúan las personas cuando los recursos de que disponen son escasos para el cumplimiento de sus fines, y qué decisiones deberían adoptar, cómo deberían emplear dichos recursos, para lograr maximizar la satisfacción de esos fines, cualesquiera que éstos sean. La economía no nos dice en modo alguno qué metas últimas debemos perseguir.

## **3. La eficiencia no lo es todo**

Al AED se le ha criticado su postulado de que la eficiencia debe ser el único objetivo de las normas jurídicas, pues —advierten los críticos— entre la eficiencia y la justicia (distributiva) hay un conflicto<sup>74</sup>. Sin embargo, aquí se está criticando una determinada versión del AED que no es

<sup>71</sup> Vid., por todos, Christine JOLLS, Cass R. SUNSTEIN y Richard THALER (1998), «A Behavioral Approach to Law and Economics», *Stanford Law Review*, 50, págs. 1471-1550; KOROBKIN y ULEN (2000); Jeffrey J. RACHLINSKI (ed.) (2009), *Behavioral Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham; Eyal ZAMIR y Doron TEICHMAN (eds.) (2014), *Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, New York.

<sup>72</sup> Vid., entre otras, las SSTJUE de 17 de julio de 1997 (Affish, C-183/95, § 43) y 19 de abril de 2012 (Artegodan, C-221/10 P, § 99).

<sup>73</sup> Vid. ROBBINS (1935, págs. 24 y ss.).

<sup>74</sup> Vid. Juan Carlos BAYÓN (1994), «Eficacia e inalienabilidad», *Doxa*, 15-16, págs. 971-991; Albert CALSAMIGLIA (1987), «Eficiencia y Derecho», *Doxa*, 4, págs. 267 y ss.; ídem (1989).

«Justicia, eficiencia y optimización de la legislación», *Documentación Administrativa*, 218-219, págs. 113 y ss.; Carmen HERRERO (1993), «Racionalidad individual-irracionalidad social: el conflicto justicia-eficiencia», *Doxa*, 13, págs. 49 y ss.; Liborio HIERRO (1994), «La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)», *Doxa*, 15-16, págs. 945 y ss.; ídem (1998), «Justicia, igualdad y eficiencia», *Isonomía*, 8, págs. 129 y ss.

obligado compartir. Richard POSNER sostuvo inicialmente, desde luego, que lo que el sistema jurídico debe perseguir no es la maximización de la utilidad, entendida como sinónimo aproximado de felicidad, sino la maximización de la riqueza, entendida aproximadamente como lo que estarían dispuestos a pagar los hombres por los bienes existentes<sup>75</sup>. Interesa resaltar que, de acuerdo con este criterio, lo importante es aumentar la riqueza global, poner cada recurso en manos de la persona que está dispuesta a pagar más por él, siendo indiferente el hecho de que los recursos queden más o menos repartidos; un sistema que produce diez billones de dólares de riqueza concentrada en unas pocas personas es preferible a otro que sólo genera nueve equidistribuidos entre toda la población. Este criterio coincide esencialmente con el de la eficiencia en sentido KALDOR-HICKS<sup>76</sup>: un resultado es más eficiente que otro si quienes ganan con él *pueden compensar* a los que pierden de modo que nadie salga perjudicado, si bien *no es necesario que los compensen efectivamente*.

Ésta es, sin embargo, una posición que ya ni siquiera el propio POSNER sostiene<sup>77</sup>. Hoy existe cierto consenso entre los juristas-economistas acerca de que las cuestiones distributivas importan. Lo que el Derecho debería maximizar no es la riqueza, sino el bienestar social, que también depende, entre otros factores, de cómo esté repartida la misma<sup>78</sup>. La distribución de la riqueza importa, cuando menos, por las siguientes razones. De un

lado, por la utilidad marginal decreciente de la renta, que hace que cada unidad adicional de renta reporte mayor bienestar a los pobres que a los ricos, por lo que transferirla desde estos segundos a los primeros incrementa, *ceteris paribus*, el bienestar agregado del conjunto de los individuos que integran la sociedad. De otro lado, por la circunstancia de que el bienestar de algunas personas puede depender directamente de cómo está distribuida la riqueza, por ejemplo porque éstas sufren al saber que hay gente pobre<sup>79</sup>.

Ahora bien, muchas veces resulta razonable obviar —y, *de facto*, se obvian— las cuestiones distributivas al analizar económicamente problemas jurídicos concretos<sup>80</sup>. En primer lugar, porque, como ya hemos visto, frecuentemente se formulan modelos simplificados de la realidad, que pretenden estudiar únicamente aspectos parciales de la misma, con el fin de comprenderla mejor. Así, por ejemplo, es legítimo construir un modelo dirigido específicamente a analizar el impacto que puede tener una determinada regulación —v.gr., tributaria— sobre la conducta de la gente, sin tener en cuenta sus efectos distributivos. Y, viceversa, uno puede centrarse en estudiar estos efectos, sin considerar, para no complicar en exceso el análisis, su eventual influencia disuasoria o favorecedora de ciertas conductas.

En segundo lugar, a veces los efectos distributivos de las normas jurídicas son prácticamente irrelevantes, por lo que no vale la pena considerarlos. Es el caso, por ejemplo, de muchas de las reglas que inte-

<sup>75</sup> Vid. Richard A. POSNER (1979), «Utilitarianism, Economics, and Legal Theory», *Journal of Legal Studies*, 8, págs. 119 y ss.; ídem (1980), «Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication», *Hofstra Law Review*, 8, págs. 487-507.

<sup>76</sup> Llamado así por haber sido sugerido por Nicholas KALDOR (1939), «Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility», *Economic Journal*, 49: 195, págs. 549-552, y John HICKS (1939), «The Foundations of Welfare Economics», *Economic Journal*, 49: 196, págs. 696-712. Cuando los economistas hablan de «eficiencia» suelen hacerlo en este sentido. Debe notarse, no obstante, que el término es equívoco. De acuerdo con el criterio de PARETO, un resultado es eficiente cuando nadie puede mejorar su situación sin que empeore la de al menos otra persona.

<sup>77</sup> En (1990), *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, pág. 375, Richard POSNER reconoce que «wealth maximization is inherently incomplete as a guide to social action because it has nothing to say about the distribution of rights».

<sup>78</sup> Vid., por todos, Louis KAPLOW y Steven SHAVELL (2002), *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge, págs. 1 y ss.

<sup>79</sup> KAPLOW y SHAVELL (2002, págs. 28 y ss.).

<sup>80</sup> Vid. Robert COOTER y Thomas ULEN (2011), *Law and Economics*, Addison-Wesley, Boston, pág. 8.

gran el Derecho societario, o de las que regulan operaciones comerciales realizadas entre ciertos empresarios.

Finalmente, por lo general, hay varias maneras de conseguir una cierta distribución de la riqueza, y la más eficiente no tiene por qué ser que todas y cada una de las normas jurídicas se diseñen con ese objetivo. Al contrario, la mejor a estos efectos suele ser emplear únicamente los sistemas tributario y de protección social<sup>81</sup>. Así, por ejemplo, las normas que regulan el justiprecio no atienden a razones distributivas. La cuantía del justiprecio no se hace depender de la riqueza del expropiado o del beneficiario. La mejor manera de corregir las desigualdades eventualmente existentes entre propietarios no es pagar un justiprecio mayor a los más pobres. Estas desigualdades se corrigen más adecuadamente haciendo pagar más impuestos a los propietarios más ricos o prestando más ayuda social a quienes más la necesitan.

Los sistemas tributario y de protección social presentan varias ventajas al respecto. La primera es que como tienen un alcance general y toman en cuenta específicamente la riqueza de todos los ciudadanos, pueden corregir más amplia y precisamente las desigualdades existentes entre ellos. Otras normas, en cambio —v.gr., las que regulan el justiprecio—, sólo se aplican a unos pocos individuos, por lo que sólo pueden efectuar una redistribución de alcance limitado. O no tienen en cuenta la riqueza real de cada uno de sus destinatarios, sino la del afectado «típico» —piénsese en una norma que otorga a los arrendatarios cierto beneficio frente

a los arrendadores, por ser aquéllos típicamente, aunque no siempre, más pobres que éstos—, lo que puede provocar que en ocasiones transfieran renta desde los más pobres a los más ricos. Una segunda ventaja es que dichos sistemas distorsionan en menor grado los incentivos que los individuos tienen para llevar a cabo conductas socialmente valiosas, tales como trabajar, arrendar viviendas de su propiedad, invertir en producir, conservar y mejorar cosas, etc. Cuanto más especial e intensa es una medida redistributiva, cuanto menor es el número de personas que han de soportar su coste o que se benefician de la misma, más se distorsionan los incentivos que la gente tiene para comportarse apropiadamente. En tercer lugar, los efectos redistributivos de algunas normas son difíciles de predecir y, a veces, quedan enervados por el mercado. Imaginemos, por ejemplo, que se establece para los fabricantes de un producto un régimen de responsabilidad objetiva por los daños que los consumidores hayan sufrido al utilizarlo. Puede ocurrir que los fabricantes repercutan íntegramente sobre el precio del producto el sobrecoste que les supone este régimen, de manera que no se transfiera renta desde los fabricantes hacia los consumidores, como era la intención del legislador, sino desde unos consumidores —los que no sufren daños— a otros —los que sí resultan dañados—<sup>82</sup>.

#### **4. Hay esferas de la actividad humana no susceptibles de análisis económico**

Se ha dicho que el análisis económi-

<sup>81</sup> KAPLOW y SHAVELL (2002, págs. 32 y ss.).

<sup>82</sup> *Ibid.* Louis KAPLOW y Steven SHAVELL (1994), «Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income», *Journal of Legal Studies*, 23, págs. 667-681; *idem* (2000), «Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income», *Journal of Legal Studies*, 29, págs. 821-835. En contra, Chris William SANCHIRICO (2001), «Deconstructing the New Efficiency Rationale», *Cornell Law Review*, 86, págs. 1003-1089; *idem* (2000), «Taxes Versus Legal Rules as Instruments For Equity: A More Equitable Approach», *Journal of Legal Studies*, 29, págs. 797-820.

co constituye una metodología apropiada para el estudio de ciertas ramas del ordenamiento jurídico pero no para el de otras. Gaspar ARIÑO, por ejemplo, ha postulado su utilización respecto del conjunto normativo que regula la intervención de los poderes públicos en las actividades de producción de bienes y servicios —lo que aquí se conoce como Derecho administrativo económico—, al tiempo que considera que no puede aplicarse a los ámbitos jurídicos que carecen de una dimensión económica, tales como el Derecho de familia y los derechos fundamentales<sup>83</sup>.

En esta opinión subyace la vieja tesis, muy desacreditada desde hace décadas, de que la economía se ocupa sólo de algunas materias o esferas de la actividad humana: de los negocios, la agricultura, el comercio, la industria, los tributos, la producción, distribución y consumo de la riqueza, etc.<sup>84</sup>.

Hoy, por el contrario, se considera mayoritariamente que la economía no limita su campo de atención a determinadas parcelas de la conducta del hombre. Si, como hemos visto, se estima que la economía estudia la asignación de recursos escasos, cualesquiera decisiones humanas son susceptibles de ser analizadas por esta ciencia, en la medida en que en prácticamente todas ellas se presenta normalmente el problema de que los medios disponibles para atender ciertos fines son escasos. De hecho, durante los últimos cincuenta años, la economía ha expandido notablemente su radio de actuación. Numerosos investigadores han ido analizando desde

una perspectiva económica incontables actividades y problemas que hasta hace bien poco se veían completamente ajenos a esta ciencia<sup>85</sup>. ¿Quién hubiera dicho hace un siglo que la misma podía ofrecer explicaciones interesantes relativas, por ejemplo, a las prácticas de los piratas<sup>86</sup>, la adicción al tabaco<sup>87</sup> y la religión?<sup>88</sup>.

Así las cosas, se comprende fácilmente que también cualesquiera ámbitos jurídicos pueden ser estudiados desde una perspectiva económica y con las herramientas de esta ciencia, pues en todos ellos los hombres aspiran a ver satisfechas diversas necesidades y sólo disponen a estos efectos de recursos limitados que pueden ser utilizados de distintas maneras. Es más, uno de los sellos distintivos del «nuevo» AED que surge en la segunda mitad del siglo xx es precisamente la aplicación de la economía no sólo a las normas que regulan mercados explícitos —esto ya se había hecho en décadas anteriores—, sino a todos y cada uno de los sectores del sistema jurídico, a las normas que regulan los daños, los contratos, la propiedad, los delitos y las penas, los procesos, las relaciones familiares, la organización y el funcionamiento de los poderes públicos, etc.<sup>89</sup>. Es cierto que la atención de los modernos cultivadores del AED se ha centrado predominantemente en algunos de esos ámbitos —sobre todo en el Derecho patrimonial privado, el Derecho penal y el Derecho procesal—, pero también podemos encontrar cada vez más publicaciones relativas a otras muchas materias, tales como el Derecho internacional públi-

<sup>83</sup> Gaspar ARIÑO (2004), *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Comares, Granada, pág. 30.

<sup>84</sup> *Vid.* BACKHOUSE y MEDEMA (2009).

<sup>85</sup> *Vid.*, por todos, Gary S. BECKER (1993), «The Economic Way of Looking at Life», *Journal of Political Economy*, 101: 3, págs. 383-409.

<sup>86</sup> *Vid.* el delicioso libro de Peter T. LEESON (2009), *The Invisible Hook: The Hidden Economics of Pirates*, Princeton University Press, Princeton.

<sup>87</sup> *Vid.* Gary S. BECKER y Kevin M. MURPHY (1988), «A Theory of Rational Addiction», *Journal of Political Economy*, 96: 4, págs. 675-700; Gary S. BECKER, Michael GROSSMAN y Kevin M. MURPHY (1994), «An Empirical Analysis of Cigarette Addiction», *American Economic Review*, 84: 3, págs. 396-418.

<sup>88</sup> *Vid.*, entre otros, Laurence R. IANNACCONE (1998), «Introduction to the Economics of Religion», *Journal of Economic Literature*, 36, págs. 1465-1496.

<sup>89</sup> POSNER (1992, § 2.1, pág. 21).

co<sup>90</sup>, el Derecho constitucional<sup>91</sup>, el Derecho de la Unión Europea<sup>92</sup>, la expropiación forzosa<sup>93</sup>, la ponsabilidad patrimonial del Estado<sup>94</sup>, el procedimiento administrativo<sup>95</sup>, el control judicial de la discrecionalidad administrativa<sup>96</sup>, etc.

Obviamente, el AED no ha sido recibido con el mismo calor en todas las disciplinas jurídicas (como tampoco lo ha sido en todos los países). La relevancia teórica y práctica que ha alcanzado en el Derecho de la competencia o de la responsabilidad civil es muy superior a la lograda en el Derecho de familia. Tal vez ello se deba, en parte, a que el modelo de la elección racional, que es el inicial y todavía mayoritariamente utilizado por los cultivadores del AED, explica la conducta humana mejor en algunos ámbitos que en otros. Es razonable pensar que las personas no actuamos siempre de la misma manera en cualesquiera circunstancias. El funcionamiento de las empresas privadas, por ejemplo, suele distar mucho respecto del de las públicas. Y puede ocurrir que un modelo permita describir y predecir aproximadamente cómo se comportan los individuos en determinadas condiciones, pero no en otras. Esto, sin embargo, no implica que el análisis económico carezca de validez o utilidad para el estudio de ciertas ramas del Derecho. Lo que significa es que hay que elaborar modelos teóricos que permitan dar cumplida cuenta de las eventuales diferencias observadas en la conducta humana en diferentes contextos, y que expliquen y predigan, con una exactitud

razonable, dicha conducta en cada uno de éstos.

### 5. El análisis económico del Derecho está ideológicamente sesgado

Al AED se le ha reprochado un sesgo ideológico conservador, manifestado en su exaltación del mercado como mecanismo de resolución de problemas sociales, en su defensa del criterio de maximización de la riqueza, en su despreocupación por la distribución de la misma<sup>97</sup>.

Curiosamente, también ha recibido duras críticas por parte de autores que sostienen concepciones del Derecho —v.gr., la del iusnaturalismo católico— que podríamos calificar como conservadoras. Se le ha objetado así su neutralidad respecto de los fines y valores que debe perseguir el Derecho. El AED prescribe que hay que maximizar la satisfacción de las preferencias de los individuos, cualesquiera que éstas sean. El AED no establece jerarquías apriorísticas entre fines. No considera que unos sean intrínsecamente mejores que otros<sup>98</sup>.

Es cierto que la ideología de algunos destacados cultivadores del AED —especialmente la de los miembros o simpatizantes de la llamada Escuela de Chicago— puede calificarse *grosso modo* como neoliberal. Y que en su rápida expansión en el seno de las Universidades estadounidenses de élite jugó un papel crucial el mecenazgo de una fundación de ideología netamente conservadora<sup>99</sup>. Pero, a pesar

<sup>90</sup> Vid., por ejemplo, Eric POSNER y Alan SYKES (2013), *Economic Foundations of International Law*, Harvard University Press, Cambridge.

<sup>91</sup> Vid., por ejemplo, Robert COOTER (2002), *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Princeton; Stefan VOIGT (ed.) (2012), *Design of Constitutions*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.

<sup>92</sup> Vid., por ejemplo, Thomas EGER y Hans BERND SCHÄFER (eds.) (2012), *Research Handbook on the Economics of European Union Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.

<sup>93</sup> Vid., por ejemplo, Thomas J. MICELI (2011), *The Economics of Eminent Domain*, Cambridge University Press, Cambridge.

<sup>94</sup> Vid., por ejemplo, Giuseppe DARI MATTIACCI, Nuno GAROUPA y Fernando GÓMEZ PÓMAR (2010), «State Liability», *European Review of Private Law*, 18, págs. 773-811.

<sup>95</sup> Vid., por ejemplo, Matthew C. STEPHENSON (2006a), «A Costly Signaling Theory of “Hard Look” Judicial Review», *Administrative Law Review*, 58: 4, págs. 753-813; idem (2006b), «The Strategic Substitution Effect: Textual Plausibility, Procedural Formality and Judicial Review of Agency Statutory Interpretations», *Harvard Law Review*, 119, págs. 1035-1070.

<sup>96</sup> Vid., por ejemplo, Nuno GAROUPA y Jud MATHEWS (2014), «Strategic Delegation, Discretion, and Deference: Explaining the Comparative Law of Administrative Review», *American Journal of Comparative Law*, 62: 1, págs. 1-33.

<sup>97</sup> Vid., a título de ejemplo, Morton J. HORWITZ (1980), «Law and Economics: Science or Politics?», *Hofstra Law Review*, 8, págs. 905-912.

<sup>98</sup> Vid. Mark A. SARGENT (2005), «Utility, the Good and Civic Happiness: A Catholic Critique of Law and Economics», *Journal of Catholic Legal Studies*, 44, págs. 35-55.

<sup>99</sup> Vid. TELES (2008, págs. 90 y ss. y 181 y ss.).

de lo que todavía parecen creer algunos, el AED no se reduce ni a POSNER ni a la Escuela de Chicago de los años setenta y ochenta del siglo pasado<sup>100</sup>. El AED es actualmente una disciplina en la que conviven individuos y comunidades situados en muy diversos y distanciados puntos del espectro ideológico<sup>101</sup>. También hay, en este sentido, un AED «progresista»<sup>102</sup>.

No creemos, en fin, que se pueda afirmar que la económica es una perspectiva intrínsecamente sesgada hacia determinadas posiciones políticas o ideológicas. Hay economistas de izquierdas y de derechas, conservadores y progresistas, nacionalistas y no nacionalistas, etc. Pero la economía, en cuanto tal, es ideológicamente neutra<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Como advierte Íñigo ORTIZ DE URBINA (2006), «El análisis económico del Derecho: ¿método útil, o ideología nefasta?», en Christian COURTIS (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, pág. 322, una de las varias infracciones de las normas elementales del debate académico que suelen cometerse al criticar el AED es la de juzgar «a todo el AED por las aportaciones que unos pocos autores [el sospechoso habitual es Richard Posner] realizaron hace ya algunos años, sin tan siquiera pararse a considerar la evolución de su pensamiento».

<sup>101</sup> *Ibid.*, TELES (2008, págs. 200 y ss. y 218), quien no es ni un adepto del AED ni sospechoso de ser conservador.

<sup>102</sup> *Ibid.*, por ejemplo, Susan ROSE-ACKERMAN (1988), «Progressive Law and Economics – And the New Administrative Law», *Yale Law Journal*, 98, págs. 341-368; Reza DIBAJ (2003),

«Beyond Facile Assumptions and Radical Assertions: A case for “Critical Legal Economics”», *Utah Law Review*, 4, págs. 1155-1199.

<sup>103</sup> Como señalan Emilio CONGREGADO RAMÍREZ DE AGUILERA, J. Ignacio POMARES HERNÁNDEZ y Elena RAMA MATÍAS (2001), «Análisis económico del Derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente», *Derecho y Conocimiento*, 1, pág. 352, «en lo que los economistas parecen haber alcanzado un cierto acuerdo es en la forma de hacer, no en el terreno de las ideas... Una integral no es un arma ideológica, tan sólo un instrumento que puede ser utilizado para modelizar cualquier tipo de comportamiento».

## Reseña del Artículo “*Esquizofrenia Jurídica*” de Alfredo Bullard

Confrontacional, pragmático y transgresor.

Estos son los tres principales adjetivos que saltan a la mente al intentar describir a *Esquizofrenia Jurídica*, un texto ya clásico en la literatura regional del Análisis Económico del Derecho (AED). En este artículo, bastante alejado de las discusiones “de Usted” a las que estamos acostumbrados en el mundo jurídico, *Alfredo Bullard*<sup>1</sup> agrega sal (y pimienta) a las más de una herida abierta entre defensores y detractores del AED.

Al más puro estilo de Yuval Noah Harari en el *best seller* “*Sapiens*”, el autor inicia *Esquizofrenia Jurídica* demostrándonos la dura realidad de que el derecho no es más que una construcción social (o en otras palabras, invento) que vive en nuestras mentes y carece de existencia propia. Si bien esta realidad no es nueva y no significa que el derecho carezca de importancia, parafraseando al autor, esta situación nos obliga a tener una mirada amplia del derecho, evitando los dogmas conceptuales en los que fácilmente caemos. Si alguien duda del carácter transgresor de este artículo, basta con advertir que, en él, *Alfredo Bullard* cuestiona directamente que el derecho sea considerado una ciencia, palabras que harían temblar a muchos juristas (o aprendices de mago, como se los denomina en el artículo).

El autor divide el artículo en 3 grandes secciones de contenido, de las cuales se hará una breve introducción a continuación, con el mismo objetivo de aquel heladero que otorga una cuchara de prueba, esperando que esto ayude a concretar la adquisición del cucurucho entero.

En la primera sección, *Alfredo Bullard* explica que el AED en verdad es más sencillo de lo que parece. En su análisis, el autor destaca que el AED no es más que una metodología para entender las instituciones jurídicas. A su vez, en estas líneas se resalta el estrecho vínculo del AED con la economía, situación que enorgullece a sus impulsores, considerando el apelativo de “reina de las ciencias sociales” que el autor le otorga a la ciencia económica.

En una segunda sección, el *paper* se centra en la historia del AED en Perú, país de donde el autor es originario y en cuya jurisdicción el AED ha alcanzado un desarrollo importante. En este apartado, *Alfredo Bullard* nos habla del importante impacto que ha tenido esta metodología en el mundo académico como en su aplicación práctica en ámbitos públicos y privados.

Finalmente, la cereza de la torta. En la tercera sección, *Alfredo Bullard* se centra en describir cuáles son los tipos de esquizofrenia que sufren los detractores acérrimos del AED que, de acuerdo con el autor, ven al AED como algo que en realidad no es. Según el artículo, lo más común de las “alucinaciones esquizofrénicas” es creer que los conceptos jurídicos tienen existencia real y que el AED viene a destruir estas realidades. En esa lógica, *Alfredo Bullard* se centra en diagnosticar algunas de estas reacciones esquizofrénicas.

Con esta breve introducción, se espera que el lector se anime a comprar el cucurucho entero, se zambulla en el artículo completo, y lo disfrute.

<sup>1</sup> Abogado por la Pontificia Universidad del Perú. Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Socio Fundador de la firma Bullard Escurra+. Árbitro. Miembro del Consejo Académico del Máster Universitario en Derecho de la Unión Europea (Programa de Maestría de la Universidad Carlos III de Madrid, España).

# ESQUIZOFRENIA JURÍDICA. EL IMPACTO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN PERÚ

*Alfredo Bullard G.\**

La polémica en torno al análisis económico del derecho ha existido desde su misma aparición, a inicios de la década del 60. Ello no ha sido obstáculo para que, demostrando ser una poderosa herramienta de acercamiento al derecho, tenga una gran influencia tanto en un entorno académico como en la creación y aplicación del derecho.

El Perú no ha sido la excepción. Efectivamente, el análisis económico no sólo ha calado hondamente en las más prestigiosas facultades de derecho, sino que tiene un creciente desarrollo en el ámbito administrativo y en el diario quehacer del abogado.

A pesar de su reconocida utilidad, el análisis económico del derecho ha sido objeto de innumerables críticas. Pero junto a críticas con sustento y bien informadas encontramos un sinnúmero de temores y de ideas extrañas y confusas, propias más bien, como señala el autor del presente artículo, de diversas clases de esquizofrenia jurídica.

A pesar de su reconocida utilidad, el análisis económico del derecho ha sido objeto de innumerables críticas. Pero junto a críticas con sustento y bien informadas encontramos un sinnúmero de temores y de ideas extrañas y confusas, propias más bien, como señala el autor del presente artículo, de diversas clases de esquizofrenia jurídica.

---

Nota: El presente artículo es un extracto literal de la obra "Esquizofrenia jurídica. El impacto del análisis económico del derecho en Perú" publicada por Alfredo Bullard González en THEMIS Revista De Derecho. Por este motivo, podrían presentarse referencias no coincidentes con los números de páginas y/o capítulos.

\* Profesor de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho de la Universidad Católica y de la UPC. Socio Fundador del Instituto de Derecho y Economía Aplicados-IDEAS. El autor desea agradecer la valiosa colaboración de Gerardo Solís en la elaboración del presente artículo.



## 1. INTRODUCCIÓN

Ihering tuvo un sueño. Soñó que había muerto y que era conducido a un paraíso especial reservado para los teóricos del Derecho. En él se encontraba uno, frente a frente, con numerosos conceptos de la teoría jurídica en su absoluta pureza, libres de la contaminación de la vida humana. Allí estaban los espíritus incorpóreos de la buena y la mala fe, de la propiedad, de la posesión. Estaban así mismo los instrumentos lógicos para manipular y transformar esos conceptos, pudiéndose así resolver los más apasionados problemas del Derecho. Una prensa hidráulica dialéctica para la interpretación nos permitía extraer a presión un ilimitado número de interpretaciones de cualquier norma jurídica. Un aparato para construir ficciones y una máquina para partir cabello en 999,999 partes iguales, en manos de los juristas más expertos, podía dividir cada una de las partes resultantes en, a su vez, 999,999 partes. Las posibilidades de este paraíso eran ilimitadas para los juristas más calificados, siempre que los mismos bebieran un líquido lácteo de las cosas terrenales de los hombres. Pero para los juristas más expertos el líquido era superfluo, pues nada tenían que olvidar<sup>1</sup>.

En ese mundo no hay nada real. Todo es imaginario. Los conceptos se pasean como personajes inexistentes a los que el jurista les habla mientras el lego, el cliente, el ciudadano común y corriente, mira al abogado como si estuviera conversando con el vacío. Son “cosas” que no se ven, que no están allí, salvo para el jurista experto que queda sujeto al riesgo de ser considerado un genio o un loco. Este mundo conceptual sujeta a los abogados a una suerte de “esquizofrenia jurídica”, un mirar a un vacío en el que se mueven vi-

siones inexistentes e imperceptibles para los demás, conformadas por una serie de conceptos que encuentran y confirman su consistencia sólo consigo mismos.

Y nada asusta más al esquizofrénico que la realidad, lo tangible, lo demostrable. La realidad entra de inmediato en contradicción con su visión, con sus alucinaciones. Muchas cosas no pueden explicarse si esos conceptos son traídos a la tierra, porque en ella las “reglas de la física” rompen los conceptos elementales sobre los que se han construido. La realidad atormenta al esquizofrénico. De la misma manera como traer al mundo real a quien se cree Napoleón lo lleva a descubrir que este murió en el siglo XIX o a quien cree que lo persiguen espías rusos en la época de la guerra fría lo lleva a descubrir que eso no está ocurriendo y le crea una crisis existencial, el jurista de conceptos, traído a la tierra, si no es capaz de comprender la naturaleza instrumental de tales conceptos, pasa por un proceso similar.

Los esquizofrénicos tratan de negar la realidad como una forma de defender su propia “realidad”, esa realidad perfecta que sólo ellos ven y que defienden como si fuera la única existente. Muchos juristas, o abogados “aprendices de mago”, pasan por el mismo proceso.

La irrupción de formas de ver el mundo de lo jurídico desde una perspectiva más real, como la sociología jurídica, la antropología jurídica, o más recientemente, el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED), agudiza la esquizofrenia y asusta a quien ve cuestionado su “mundo imaginario”.

El sueño de Ihering nos recuerda que los abogados solemos usar dos conceptos que son una suerte de lugares comunes de

<sup>1</sup> Citado por COHEN, Felix. “El Método Funcional en el Derecho”. Buenos Aires, Abelado-Perrot, pp. 11-12.

nuestra esquizofrenia. El primero es el de “ciencia jurídica”. El segundo, el de “naturaleza jurídica”.

Ambos conceptos reflejan una visión determinada del Derecho, una que como veremos, es bastante irreal. Por un lado está la idea de que el Derecho es una ciencia y que como ciencia tiene un objeto propio. Dado que tiene su propio objeto es posible descubrir en el mismo “cosas naturales”, como quien descubre un nuevo elemento químico, una ley física o una nueva especie animal o vegetal.

Entonces aparece el concepto de “naturaleza jurídica”, como el descubrir un objeto nuevo en la realidad capaz de ser definido conceptualmente.

Pero el Derecho no tiene un objeto natural; es un sistema de regulación de conductas y solución de conflictos antes que una ciencia. Su objeto, lejos de ser natural, es consecuencia de la creación del hombre. El Derecho es creado por el hombre y su “naturaleza” y la de las instituciones cambian tan pronto el legislador cambia la ley que las regula. Como bien dice Kirchmann, “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura”<sup>2</sup>.

Así, los abogados (o los “juristas”, que no son sino los abogados con aspiración de científicos) envidiamos de otras ciencias el que tengan un objeto propio que antecede al conocimiento que lo estudia, y tratamos de “neutralizar” esa envidia inventándonos “naturalezas jurídicas” inexistentes, verdaderas “alucinaciones”, porque a fin de cuentas el objeto de nuestra “ciencia” no precede al conocimiento, sino que es consecuencia del mismo. Y en ese mundo las cosas son manipulables y cambiantes, como si un físico pudiera por decreto derogar la ley de la gravedad o un químico añadir a su entera voluntad una

docena de nuevos elementos a la Tabla Periódica. Como expresión de esa “locura”, el jurista piensa que la realidad cambia por que él “descubre” un concepto nuevo.

Genaro Carrió, al presentar la monografía de Eugenio Bulygin, “La naturaleza jurídica de la letra de cambio”, comentaba esos esfuerzos por encontrar “naturalezas jurídicas”: “El saldo es desconsolador: tales empresas –las afanosas pesquisas de ‘naturalezas jurídicas’- están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe”<sup>3</sup>.

Entonces el Derecho se convierte en una suerte de mixtura entre una religión y una ciencia metafísica, donde los conceptos mismos son los que son objeto de estudio por otros conceptos. Como señala Felix Cohen:

“Los razonamientos jurídicos expresados en estos términos son necesariamente circulares, dado que estos términos son en sí creaciones del derecho, y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del médico de Moliere de que el opio hace dormir a los hombres por que contienen un principio somnífero.

Ahora bien, la proposición de que el opio hace dormir a los hombres porque tiene un principio somnífero es científicamente útil si ‘principio somnífero’ es definido física o químicamente. De otra manera sólo sirve para obstruir el acceso a la comprensión de un falso conocimiento. (...) Los conceptos jurídicos (...) son entidades sobrenaturales que no tienen una existencia verificable salvo a los ojos de la fe”<sup>4</sup>.

En esa línea, los razonamientos jurídicos suelen ser una suerte de razonamientos sobrenaturales y circulares, porque usan conceptos creados para definir y

<sup>2</sup> Citado por HERNÁNDEZ GIL, Antonio. “*Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica*.” Madrid, Editorial Civitas, 1981. p. 17.

<sup>3</sup> BULYGIN, Eugenio. “*Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio*”. Abeledo Perrot, 1961. p. 7.

<sup>4</sup> COHEN, Felix. “*El Método Funcional en el Derecho*”. Op.cit., pp. 46-48

crear otros conceptos. En pocas palabras, solemos contener el elemento definido en la definición, porque los elementos de realidad son escasos (o inexistentes) en el quehacer diario de los juristas.

Un ejemplo claro es el concepto de acto o negocio jurídico. Una vez traté de explicar a un profesor en Estados Unidos de qué se trataba ese concepto que, creía yo en ese entonces, le ayudaría a entender el difícil problema de la *consideración* que se había discutido en clase. Como sabemos, el acto o negocio jurídico es toda una compleja y muy apreciada doctrina de nuestro sistema legal que trata de encontrar conceptos comunes a todos los casos en los que la expresión de voluntad de una persona crea una obligación o relación jurídica. Bajo ese concepto están los contratos, los testamentos, el matrimonio, las promesas unilaterales, el reconocimiento de un hijo, la adopción y, por aplicación supletoria del Código Civil, los actos administrativos del gobierno y hasta las sentencias de los jueces. Se busca una sola teoría que explique todo.

Al terminar mi explicación el profesor me dijo “Muy interesante. ¿Para qué sirve?”. Luego de una breve discusión sobre la utilidad práctica, no supe qué contestar pues su única utilidad era para hacer más complejos los conceptos. Es que el acto jurídico no es ni siquiera un concepto, sino un “supraconcepto”, es decir un concepto de conceptos. Trata de explicar qué tienen en común cosas totalmente distintas que, a su vez, no tienen existencia verificable. Sus reglas, en lugar de ayudarnos a encontrar soluciones prácticas, sólo alejan el lenguaje de los abogados del lenguaje de los hombres. Con ello no se crea ciencia, se crea metafísica. El abogado se vuelve entonces una suerte de mago, cuya magia radica en su capacidad de usar palabras que nadie entiende para describir una rea-

lidad que nadie ve.

En esta línea, Kantorowicz plantea un ejercicio mental interesante: “Preguntarse respecto de cada enunciado (...) qué consecuencias nocivas experimentaría la vida social si en lugar de tal enunciado se adoptara el contrario. Examinar luego todos los tratados, comentarios, monografías y repertorios de decisiones y ver cuántas preguntas de ese tipo reciben respuesta y cuántas de ellas son siquiera formuladas”<sup>5</sup>.

Como se verá en el presente trabajo, el AED es una forma de dar respuesta a algunas de las preguntas que el Derecho, visto sólo como jurisprudencia de conceptos, no puede contestar. Es una forma de contar con herramientas que permitan, en términos de Cohen, “definir somnífero en base a un principio químico o físico” o, en términos de Kantorowicz, poder responder a la pregunta de qué efectos nocivos tendría un enunciado si se adoptará precisamente el contrario.

Esta presunción de que el Derecho es una ciencia ni siquiera ha sido adoptado con coherencia. Las ciencias construyen una hipótesis de trabajo, la aplican y luego evalúan que pasó. Si un médico diseña una nueva operación quirúrgica, una vez operado el paciente irá a verlo al hospital y evaluará sus síntomas, como reaccionó, si la operación sirvió de algo y si el paciente sobrevivió. De no hacerlo, nunca sabrá si su esfuerzo sirvió para algo. Pero los abogados “operamos” la realidad con nuestros nuevos conceptos y nunca visitamos a nuestro paciente para, de manera sistemática, saber que pasó con él. No es de extrañar que con tal procedimiento haya tantas normas inaplicables y el Derecho se encuentre tan desprestigiado.

Pero incluso si el “jurista” tuviera la responsabilidad de revisar al paciente, carece del bagaje de conocimientos su-

<sup>5</sup> Citado por COHEN, Felix. Op.cit., pp.131-132.

ficientes para evaluar el resultado de su “operación”. El AED no es otra cosa que tratar de poner al alcance del abogado herramientas para poder diseñar mejor su “operación” mediante la predicción de su resultado y para poder, luego de “operado el paciente”, medir si tuvo o no éxito.

A pesar de que el AED no es más que eso, la dogmática (o mejor dicho algunos dogmáticos o aprendices de dogmáticos) le temen y lo consideran una amenaza o en todo caso algo a lo que no se le debe hacer el menor caso. Y no es extraño que otras disciplinas que buscaban crear herramientas similares como la Sociología Jurídica o la Antropología Jurídica, hayan sido víctimas de reacciones similares. Finalmente no es otra cosa que temer a ampliar nuestro conocimiento.

Como trataré de demostrar en este trabajo, gran parte de la resistencia que muchos abogados y profesores de Derecho muestran hacia el AED no es otra cosa que síntomas de una suerte de esquizofrenia. No quiero que se me malinterprete. No pretendo decir que estar en contra del AED es ser un esquizofrénico. De hecho muchas posiciones en contra se sustentan en un estudio detallado de sus alcances y en una comprensión adecuada de sus principios metodológicos. La discrepancia informada no sólo es aceptable, es estimulante y necesaria y empuja a perfeccionar los alcances de una idea o de una forma de pensar. Sin duda esas discrepancias serias han contribuido tanto o más al desarrollo del AED que las ideas de sus más destacados defensores. Hay críticas no sólo respetables, sino que desnudan los límites que, como toda forma de pensamiento, el AED tiene para ayudarnos a comprender cómo funciona el Derecho.

Pero debajo de estas críticas inteligentes, se encuentran una inmensidad de reacciones esquizofrénicas parecidas a la del loco al que le dicen que no es Napoleón y asume desde una argumentación circular y sin sentido hasta la reacción agresiva para demostrar que sí es Napoleón y que su mundo es el real por más que la realidad le demuestre todo lo contrario.

A fines de analizar estas posiciones me propongo desarrollar un esquema de tres pasos. En el primero describiré a muy grandes rasgos y de una manera superficial, dado el espacio disponible, qué es y qué caracteriza al AED. En el segundo haré una reseña muy apretada del desarrollo del AED en el Perú, mostrando cómo se encuentra entre los países más desarrollados en el tema en Latinoamérica, lo que explica por qué hay reacciones tan marcadas en su contra. Finalmente, analizaré muy brevemente las distintas formas de “esquizofrenia” que se han desarrollado en nuestro país y por qué esas críticas no son sino la muestra de un desconocimiento de los alcances del AED.

*“El AED no es otra cosa que tratar de poner al alcance del abogado herramientas para poder diseñar mejor su “operación” mediante la predicción de su resultado y para poder, luego de “operado el paciente”, medir si tuvo o no éxito”*

## 2. ¿QUÉ ES EL AED?

De la misma manera como los esquizofrénicos crean leyendas sobre la realidad, algunos “juristas” crean leyendas sobre el AED. Sin embargo el AED es algo más sencillo de lo que parece. Se trata de una metodología o, más concretamente, de la aplicación del método económico para entender a las instituciones jurídicas.

Sin duda la economía se ha ganado, mercedamente, el apelativo de ser la “reina de las ciencias sociales”. Tal galardón lo ha obtenido por haber desarrollado un marco analítico bastante sofisticado, capaz de traducir la conducta humana en modelos, los cuales llegan incluso a reflejarse en gráficas o en fórmulas matemáticas bastante complejas. Con ello ha logrado entender mejor el mundo real, a pesar de que paradójicamente estén simplificando dicha realidad.

Tradicionalmente, la economía ha sido definida como la ciencia encargada de evaluar la asignación de recursos escasos entre usos alternativos. Sin embargo los avances últimos han llevado a una redefinición del objeto de esta ciencia. Así, en palabras de Gary Becker<sup>6</sup>, el enfoque económico tiene como núcleo central la combinación de tres supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y las preferencias estables.

La aproximación beckeriana a la economía revolucionó lo que la economía piensa de sí misma y la vinculó con lo que tiene en común con las demás ciencias humanas: la capacidad de predecir la conducta humana.

El punto de partida de ese análisis es que los individuos reaccionan a ciertos incentivos de una manera predecible. En general, los beneficios motivan a alguien a desarrollar conductas que los generan (es decir llevan a las personas a buscarlos)

y los costos desalientan a desarrollar conductas que llevan a incurrir en ellos (es decir llevan a las personas a evitarlos). Si ello es así, es posible predecir que mayores beneficios traerán una mayor cantidad de ciertas conductas y determinados costos una menor cantidad de ciertas conductas. Ello no indica, sin embargo, certeza. Sólo indica tendencias. La gente tenderá, en el agregado, a buscar beneficios y reducir costos, a pesar de que muchos individuos en particular no se comporten siempre así.

Sobre la base de estos elementos es posible desarrollar modelos de predicción sumamente sofisticados que, con la ayuda incluso de ciencias exactas como las matemáticas, consiguen asombrosos resultados en la práctica. Un ejemplo nos demuestra este punto.

Que el Ministro de Economía nos diga que la inflación al final del año será de 3.5% parece no asombrar a nadie. Sin perjuicio de que muchas veces se equivoca, especialmente cuando es un Ministro poco serio, lo cierto es que puede acercarse a la cifra final con un asombroso nivel de precisión. ¿Somos conscientes de qué significa eso?

La inflación es un hecho que no depende de nadie en particular, pero sí de todos en general. Si bien el gobierno puede tomar una serie de decisiones importantes que afectan el aumento de precios, la verdad de los hechos es que la inflación depende de millones de decisiones de producción, consumo e intercambio tomadas por una multitud de personas diferentes. Cada vez que alguien decide subir o bajar un precio afecta la inflación. Cada vez que un consumidor decide comprar o dejar de comprar a un precio dado afecta la inflación. ¿Cómo puede predecirse como se van a comportar millones de personas distintas en un futuro respecto de su propensión a vender y comprar a determinados precios?

<sup>6</sup> BECKER, Gary. “El enfoque económico del comportamiento humano”. En: Información Comercial Española No. 557, enero 1980.

La respuesta sólo puede encontrarse si uno comprende el nivel de sofisticación que ha alcanzado la ciencia económica. Las técnicas de predicción desarrolladas por esta ciencia permiten predecir cómo un número elevado de personas va a tender a comportarse a partir de ciertas premisas dadas (liquidez y volumen de masa monetaria, comportamiento de las importaciones y exportaciones, niveles de inversión, etc.).

La nueva definición propuesta por Becker permitió que la economía avanzara sobre áreas tradicionalmente consideradas no económicas, pudiendo predecirse conductas como casarse o divorciarse, suicidarse, fumar, efectos de la pena de muerte en el nivel de delincuencia, procrear hijos, adoptar, etc. Si uno entiende que los beneficios y costos no son sólo elementos expresables en términos monetarios, sino en general todo elemento positivo o negativo que alguien recibe o sufre (como el placer y el sufrimiento, la comodidad o la incomodidad) podrá ampliar el campo de la economía, casi sin límites, a virtualmente toda forma de conducta humana.

¿Cómo ha desarrollado la economía esta capacidad de predicción sobre algo tan complejo como la conducta humana, que depende de tantos factores, la mayoría totalmente subjetivos y hasta arbitrarios? La respuesta está en el uso de modelos. Cuando algo es muy complejo, el arte de comprenderlo está en simplificarlo. Cuando muchas variables afectan un resultado, identificar un conjunto de variables relevantes y dejar de lado las que no lo son es una forma de avanzar en la comprensión del problema. Eso es lo que hace la economía: simplificar la realidad para comprenderla mejor en su complejidad.

El uso de modelos, a pesar de ser una de las fortalezas más claras del análisis económico, es también la fuente de las críticas más duras. La simplificación es, sin embargo, la única forma de acercarnos

a la comprensión de algo, a pesar de que, paradójicamente, implica alejar ese algo de la realidad.

Un buen economista sabrá elegir las variables adecuadas para que el modelo le permita predecir la conducta humana en el agregado, en el mundo real. Para ello presumirá algunos aspectos sobre la base de los cuales formulará sus conclusiones. Por ejemplo, presumirá que los individuos actúan racionalmente, colocando los recursos a su alcance para orientarlos a la consecución de sus fines. Sobre la base de ello, predecirá cómo se comportarán normalmente los individuos ante determinada situación.

Cuando uno comprende que el Derecho es un sistema de regulación de la conducta humana que persigue orientar dicha conducta sobre la base de incentivos que solemos llamar “consecuencia jurídica”, descubrirá de inmediato la utilidad de contar con una metodología para predecir la conducta. Redactar una ley, preparar una sentencia o decisión administrativa o simplemente redactar un contrato, son actos respecto de los cuales los abogados necesitamos saber cómo influirán en la conducta de los involucrados. Identificar los incentivos correctos contribuirá con alcanzar o no los fines que nos proponemos.

Una predicción simple es aquella que indica que si se sube la multa por cruzar una luz roja debería disminuir el número de personas que cruzan una luz roja. Es una simple aplicación de la regla que a mayor el precio menor la cantidad demandada. Subir la multa equivale a subir el precio de cruzarse una luz roja, con lo que el incremento de costo llevará a que menos personas “demanden” cruzar una luz roja.

Pero el análisis es aún más sofisticado. El costo de cruzar la luz roja no es igual a todas horas. Los individuos, para tomar la decisión de cruzar una luz roja, no toman en cuenta la magnitud total de la sanción,

sino la magnitud esperada. La magnitud esperada depende no sólo de la multa establecida, sino de la posibilidad de ser detectado cometiendo la infracción, lo que depende a su vez de la capacidad de las autoridades y de la habilidad del infractor.

Este presupuesto de análisis tiene sólido sustento en la evidencia empírica. Los cruces de luces rojas son más frecuentes a las tres de la mañana que a mediodía. La razón es obvia. A mediodía la posibilidad de detección crece. Hay más policías en las calles y las posibilidades de un accidente se incrementan por el tráfico, con lo que en la realidad la multa es mayor que a las tres de la mañana, donde la posibilidad de ser detectado es sustancialmente menor. Así, si bien nominalmente la multa es la misma a ambas horas del día, es menor a las tres de la mañana porque la menor posibilidad de ser detectado genera que el infractor descuenta de la sanción dicha posibilidad.

Una alternativa es subir las multas en circunstancias en que la posibilidad de detección cae. Así, para ser consistentes, la multa a las tres de la mañana debería ser mayor que la del mediodía. Otras áreas del derecho, como la del derecho penal, incorporan ese factor. Por ejemplo, es común encontrar en los códigos penales como una agravante que amerita un incremento de la pena el cometer el delito en la oscuridad. Ello porque la oscuridad dificulta la detección del delito, teniendo un efecto de descuento en la sanción esperada.

Quizás lo que ocurre y explica por qué no se incrementa la sanción a los cruces de luz roja en la madrugada es que si bien la pena es menor a las tres de la mañana por efecto de la menor capacidad de detección, también lo es la posibilidad de causar daño, porque hay menos carros circulando a esa hora, con lo que la sociedad está dispuesta a tolerar un número mayor de cruces de luz roja a esas horas.

El AED nos permite aún sofisticar más la evolución de los efectos de una decisión legal. Hace unos años, la entonces congresista Susy Díaz planteó un proyecto de Ley para sancionar a los violadores de menores con cadena perpetua. El proyecto recogió las simpatías de la población. Finalmente, la violación de menores es un delito tan grave que parecería haber consenso para que sea sancionado ejemplarmente.

Como dijimos, la propensión a cometer un delito baja si el “precio” a pagar (sanción) sube. En esa línea la propuesta de Susy Díaz parece lógica para desincentivar ese tipo de delitos.

Sin embargo el análisis debe ser integral, para contemplar todos los incentivos que afectan la conducta del potencial delincuente. El costo de delinquir se reduce con menor capacidad de detección.

La posibilidad de ser detectado depende, como ya señalamos, de dos factores. El primero es la capacidad del sistema para identificar y sancionar al infractor (habilidad de la policía, fiscales, sociedad civil y sistema judicial para capturar y aplicar la ley a los delincuentes). El segundo factor es la habilidad del delincuente para evadir a la justicia. Este último a su vez depende de dos factores. Uno es la propia capacidad y habilidad del delincuente. Por ejemplo, será difícil encontrar a un carterista que pese ciento cincuenta kilos. La razón es simple: si es identificado no podría escapar porque carecerá de la habilidad suficiente.

El segundo factor, vinculado al anterior, es cómo desarrolla su conducta el delincuente. Si va a cometer un homicidio, lo llevará a cabo en circunstancias en que no haya testigos y tratará de desaparecer todas las evidencias que apunten a su culpabilidad.

En el caso de un violador de menores, además de cometer el delito fuera de la vista de terceros que puedan ser testigos,

la víctima por definición será siempre un testigo. Si ese testigo no existiera las posibilidades de detección caerían dramáticamente.

Una forma de que ese testigo no exista sería matándolo luego de cometido el delito. Por ello, si se hubiera aceptado la propuesta de Susy Díaz, el homicidio no tendría sanción adicional. Si se me condena a cadena perpetua, no es posible imponerme en los hechos una segunda cadena perpetua. No se puede aumentar la sanción. Por el contrario, matar a la víctima reduce la posibilidad de detección. El resultado es que matar a la víctima es un excelente negocio para el delincuente, porque le genera el beneficio de reducción de la posibilidad de detección y ningún costo adicional desde el punto de vista legal, pues no se puede incrementar la pena.

Así, asumamos que antes de matar a la víctima existe una posibilidad entre cinco de ser detectado. Si ello es así, el costo esperado para el violador es del 20% de una cadena perpetua. Luego de matar a la víctima la posibilidad de detección cae a una entre 20, es decir sólo 5% de una cadena perpetua. Dado que 20% es más que 5%, el hecho de matar a la víctima produjo una rebaja de la pena a una cuarta parte de la que hubiera sido si no la mataba. El resultado final del análisis muestra que el proyecto de Susy Díaz crea incentivos para matar a la víctima.

Habrá quienes cuestionarán el análisis diciendo que no todos los delincuentes actúan así. De hecho, habrá siempre delincuentes que delincan así se incrementen las penas y la posibilidad de detección a niveles óptimos. Pero en todo caso ello no deslegitima el análisis efectuado, pues es evidente que, al menos en el caso de quienes actúan con esa racionalidad, el resultado será el señalado.

La metodología seguida por el AED es incómoda para mantener la insania men-

tal de los juristas esquizofrénicos. La metodología permite incorporar al análisis cómo se comportan seres de carne y hueso y cuáles son las consecuencias de la decisión que se tome. Ello puede conducir a perder consistencia conceptual, como si lo que importara es la consistencia entre dos conceptos y no la consistencia entre el concepto y la realidad.

Cuando alguien queda en capacidad de demostrar que la aplicación de la naturaleza jurídica de una institución conduce a que los individuos se comporten de una manera inadecuada, la “alucinación conceptual” queda en evidencia como tal y el jurista queda “mirando al vacío” frente a los ojos de los demás.

Como veremos más adelante, esto se refleja en distintos tipos de “esquizofrenia jurídica” que cuestionan un método por ser “demasiado realista”.

### 3. UN POCO DE HISTORIA

Como ya hemos dicho, el avance del AED en el Perú ha sido admirable y quizás no tenga parangón en Latinoamérica. Ello muestra que ha tenido acogida e impacto, aunque no necesariamente la popularidad de algo habla de sus méritos. Para quienes no son positivistas, por ejemplo, el nivel de difusión del positivismo no es una buena noticia. Pero es innegable que nuestros sistemas son básicamente positivistas. Estar en desacuerdo con el positivismo es una cosa, negar el impacto del positivismo es algo totalmente distinto.

La difusión actual del AED en el Perú no es signo de que haya despertado consenso. De hecho, creo que gran parte de su relativa popularidad se debe precisamente a la existencia de una serie de posiciones discrepantes que generan interés en el tema. Pero sí creo que es signo de su impacto, el cual, como veremos a continuación, ha dejado sus marcas en nuestro



sistema jurídico. Por ello, incluso discrepar de sus propuestas no es excusa para no conocer y estudiar sus contenidos.

### 3.1. LOS INICIOS

Las primeras manifestaciones identificadas de AED en el Perú se dan en la década de los 80, centradas principalmente en los trabajos del Instituto Libertad y Democracia (ILD), liderado por Hernando de Soto. Debemos tener en cuenta que, si bien no hay consenso sobre cuál es la partida de nacimiento del AED, los primeros trabajos del tema claramente son de la década de los 60's. Esto quiere decir que el AED llega con más o menos 20 años de atrasó a nuestro país.

Los trabajos del ILD se centraron principalmente en el análisis de la informalidad en el Perú y en el diagnóstico de que la economía informal incluía no sólo actividad de comercio e industrias, sino además la construcción de grandes áreas urbanas en los denominados pueblos jóvenes y barrios marginales. Estos estudios del ILD evaluaron los costos de la legalidad, los costos de transacción<sup>7</sup> que la sobrerregulación y los trámites burocráticos generaban y la mala definición de derechos de propiedad. A partir de ello se sostenía la existencia de una economía informal que desarrollaba sus propias reglas y creaba su propio mercado para superar los costos que el sistema legal generaba.

El punto más importante de esta etapa fue la publicación de "El Otro sendero"<sup>8</sup>, en 1986, cuyos autores, Hernando de Soto, Enrique Ghersi y Marco Ghibellini recogieron gran parte de los estudios realizados por el ILD.

Estos trabajos del ILD influyeron tam-

bién en el hecho de que a fines de los 80's el Estado, bajo la asesoría del Instituto, promulgara una serie de normas dirigidas a generar un proceso de simplificación administrativa, cuya norma central fue la Ley 25305 del 10 de junio de 1989, Ley de Simplificación Administrativa, dirigida a reducir los costos de la actuación de la administración pública a los ciudadanos, buscando reducir a su vez los costos de transacción en la economía.

Adicionalmente, en este mismo período, se dieron normas para facilitar el acceso a la llamada propiedad informal y al crédito a través de la creación de la denominada hipoteca popular, un derecho de garantía que no recaía sobre la propiedad, sino sobre la posesión, recogiendo la situación generalizada de los pueblos jóvenes y asentamientos marginales cuyos ocupantes carecían de títulos de propiedad en el sentido convencional del término.

Los trabajos del ILD pueden ser definidos básicamente como "cousianos", es decir, inspirados en las teorías de Ronald Coase, Premio Nobel de Economía en 1991, cuyo aporte principal es la teoría de los costos de transacción. Casi podríamos decir que los trabajos del ILD son una simple aplicación práctica de las ideas de Coase, quien puede ser considerado uno de los fundadores del AED, en los años 60's<sup>9</sup>.

A la publicación de varios trabajos en la década de los ochenta por parte del Instituto Libertad y Democracia, se suma el trabajo de Aníbal Sierralta "Introducción a la luseconomía" en 1988<sup>10</sup>, un libro bastante básico que mezcla en su contenido, en nuestra opinión de una manera bastante confusa, el tema del AED con el llamado Derecho Económico, que constituye más que una aproximación metodológica, una pretendida rama especial del Derecho.

<sup>7</sup> En términos sencillos, los costos de transacción pueden ser definidos como los costos de celebrar un contrato, y que en ciertas circunstancias son tan altos que pueden evitar que se perfeccione el acuerdo, o llevar a que éste se perfeccione en términos ineficientes.

<sup>8</sup> DE SOTO, Hernando. "El otro sendero". Lima, Instituto Libertad y Democracia, 1986.

<sup>9</sup> Quizás la obra fundacional del AED sea "El Problema del Costo Social". En: The Journal of Law and Economics, vol. 3, 1960. En dicho trabajo, Coase aplica el concepto de costos de transacción a las instituciones legales. De este trabajo se derivaría luego el famoso Teorema de Coase que lo haría mundialmente conocido.

<sup>10</sup> SIERRALTA, Anibal. "Introducción a la luseconomía". Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.

Sin embargo, pocas personas asociaban el trabajo del ILD con el AED. Es recién en los últimos años de la década de los 80's y sobre todo en los primeros años de los 90's, es decir casi 30 años después de su aparición, que el AED comienza a ser reconocido como una tendencia importante en el Derecho Peruano.

En esta etapa, que se prolonga por toda la década de los 90's, una serie de abogados jóvenes viajan a seguir estudios de maestría a los Estados Unidos, especialmente a las Universidades de Yale, Chicago, Harvard y Virginia. Estos abogados concentran parte importante de sus estudios en cursos de AED.

*“El punto más importante de esta etapa fue la publicación de “El Otro sendero”, en 1986, cuyos autores, Hernando de Soto, Enrique Ghersi y Marco Ghibellini recogieron gran parte de los estudios realizados por el ILD”*

### **3.2. EL IMPACTO EN EL MUNDO ACADÉMICO**

A inicios de los 90's aparecen las publicaciones de los primeros artículos que parten de esta perspectiva de análisis en las principales revistas jurídicas del país, en especial Themis y Ius Et Veritas, seguidas de traducciones al español de importantes estudiosos de AED, especialmente norteamericanos, tales como Guido Calabresi, Ronald Coase, Richard Posner, George Priest, Richard Epstein, entre otros.

Inicialmente se publican artículos que explican aspectos básicos de la teoría (en particular las tesis de Ronald Coase, aspecto reforzado por el interés generado

con la obtención del Premio Nobel por este autor). Sin embargo, la mayoría de trabajos se orientan al estudio de instituciones de Derecho Civil, especialmente temas de derechos de propiedad, responsabilidad civil y contratos. Ya entrando a la segunda mitad de la década aparece un nuevo tema en juego referido a las regulaciones estatales y al rol del Estado en la economía. En dicho periodo se estudian especialmente las regulaciones antimonopolios, las actividades regulatorias sectoriales (en especial telecomunicaciones) y las normas de protección al consumidor, competencia desleal y publicidad. Este fenómeno se refuerza con la creación en el Perú de organismos y agencias encargadas de aplicar estas regulaciones, en especial el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual, Indecopi, en 1992.

A estos temas se fueron sumando otros menos convencionales como Derecho Penal, mercados de valores, “public choice”, corrupción, Derecho Laboral, Derecho Administrativo, entre otros.

Como se dijo, las revistas de Derecho se preocupan también de la traducción de trabajos vinculados al AED, en especial de autores norteamericanos. Es especialmente notoria la traducción de una serie de artículos de Guido Calabresi. Esto es un claro síntoma del interés existente por ampliar el conocimiento y análisis de estos temas en el mundo académico.

Actualmente es difícil encontrar algún número de alguna de las principales revistas de Derecho que no publiquen algún trabajo de AED. Los trabajos de AED tienen un alto nivel de demanda en el mundo académico y son continuamente utilizados en tesis y trabajos de investigación.

En 1993 se publica el libro titulado “El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales” editado por Luis Pizarro Aranguren, y que constituye una recopilación de trabajos que en su mayoría parten

de la perspectiva del AED<sup>11</sup>. En 1996 se publica “Estudios de Análisis Económico del Derecho”<sup>12</sup> del autor del presente trabajo, que recopila una serie de trabajos sobre la misma temática. A estos trabajos se suma recientemente “¿Por qué Hay que Cambiar el Código Civil?”, publicado por la UPC, que recoge un seminario en el que se abordó el tema de la reforma del Código Civil Peruano principalmente desde la perspectiva del AED.

Es de destacar la visita al Perú en 1995 del profesor Douglas North, Premio Nobel de Economía en 1993, quien dicta una serie de conferencias vinculadas a la tesis de la economía neo institucional, en especial referidas al Indecopi, institución que encontró como un fenómeno interesante de reforma institucional.

Ello despertó un renovado interés por el desarrollo del marco institucional, lo que se reflejó también en la actividad académica de la segunda mitad de la década de los 90.

Como contrapartida, han aparecido artículos de crítica al AED, reivindicando otras aproximaciones al problema jurídico, en especial desde el punto de vista dogmático más tradicional. Ello ha enriquecido el debate sobre el particular. Sin embargo, algunas aproximaciones constituyen críticas que denotan un desconocimiento de qué es el AED, críticas a las que hemos llamado “reacciones esquizofrénicas”.

Asimismo, comienza a aparecer la influencia del AED en diversos cursos. Curiosamente su influencia es mucho más notoria en las facultades de Derecho que en las facultades de Economía. Inicialmente, la presencia del AED aparece en cursos como Reales y Responsabilidad Civil, en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. En 1990 se dicta, como electivo, el primer curso de AED bajo el nombre de Temas de Derecho

Civil, curso diseñado como un seminario con contenido variable. A partir de 1992 se dicta en la Católica ya bajo del nombre de Análisis Económico del Derecho.

Inicialmente el número de matriculados era relativamente bajo (entre 15 y 20 alumnos por semestre) y se dictaba un solo semestre al año. Pero desde 1999 el curso se dicta ambos semestres gracias a un incremento notorio de su demanda. Actualmente se matriculan cerca de 40 alumnos por semestre (el máximo cupo disponible) lo que totaliza cerca de 80 alumnos al año que llevan el curso en dicha Universidad.

Pero en la Universidad Católica la influencia no se ha limitado al referido curso. Una de las secciones de Responsabilidad Civil suele dictarse usando la perspectiva del AED, a fin de contrastar con una aproximación más dogmática en la otra sección.

En el curso de Derecho Reales varios de sus contenidos han sido influenciados por el AED, en especial en temas de definición de derechos de propiedad y transferencia de titularidades. No salen de su influencia otros cursos del área civil y del área mercantil. A ello naturalmente se añaden los cursos vinculados a regulación económica (Derecho de la Competencia, Telecomunicaciones, entre otros).

Asimismo, el programa de Maestría en Derecho con Mención en Derecho Civil fue reformulado en 1993 a fin de incorporar cuatro cursos vinculados a Análisis Económico del Derecho. Estos fueron Introducción al Análisis Económico del Derecho (que incluía temas de responsabilidad civil extracontractual), Titularidades (que analizaba desde el punto de vistas económico los derechos de propiedad), Derecho Contractual y Sistema Económico (que además del tema de contratos abordaba algunos aspectos de regulación de

<sup>11</sup> PIZARRO, Luis (ed.), “El Derecho Civil Peruano: Perspectivas y problemas actuales”. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1993.

<sup>12</sup> BULLARD, Alfredo. “Estudios de Análisis Económico del Derecho”. Lima, ARA Editores, 1996.

mercados, en especial legislación de libre competencia, regulación de publicidad y protección a los consumidores) y Derecho de Familia (que abordaba las normas de familia desde la perspectiva económica).

En el año 2000 se ha abierto una nueva Maestría en Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia que incluye cursos de economía para abogados y un curso introductorio a AED. Además, el contenido de los demás cursos está bastante influenciado por el AED.

En otras universidades la evolución no ha sido muy distinta. La Universidad de Lima incorporó un curso de Derecho y Economía a su plan de estudios como curso electivo en 1994. Adicionalmente, en la Maestría en Derecho Empresarial de dicha Universidad se incorporaron cursos con influencia de AED, en especial el curso llamado Competencia y Mercado, que incluye una introducción al AED y el uso de la metodología de AED para evaluar las regulaciones Antimonopolio, las normas de protección al consumidor y las normas de regulación publicitaria.

Finalmente, donde más influencia se puede apreciar del AED es en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Todo el plan de estudios tiene una marcada influencia de AED. Tal influencia es muy clara especialmente en los cursos de Derecho Civil Patrimonial y Derecho Comercial. El plan de estudios se ha basado en modelos curriculares norteamericanos. Por primera vez se incluye un curso de AED como curso obligatorio en el quinto semestre. Asimismo, en el primer semestre se dicta otro curso obligatorio llamado Razonamiento Económico, que persigue familiarizar a los abogados con el método de análisis económico. A ello se suma un curso de Economía para Abogados que busca dotar al abogado de herramientas para realizar un mejor análisis económico de los problemas legales.

Adicionalmente a los programas curriculares, es común la organización de seminarios y congresos académicos y profesionales en los que se desarrollan temas de AED o a partir de su perspectiva. Además, en convenios con las universidades, muchas instituciones públicas y privadas han organizado cursos en los que se incluyen materias de AED. Ello ha ocurrido con instituciones como los Registros Públicos, la Superintendencia de Banca y Seguros, el Indecopi, el OSIPTEL, CONASEV, entre otros.

La mayor difusión de los contenidos de AED entre el alumnado ha permitido en los últimos años ir superando uno de los problemas principales que se presentaban en un inicio: la falta de profesores en estos temas. Así, ya no se depende sólo de aquellas personas que estudien postgrados en el extranjero sobre estos temas, sino que ya existe un nivel de formación básico e incluso en nivel de maestría que ha permitido ampliar la plana docente que, si bien aún presenta restricciones, permite dar una mayor cobertura.

Sin duda se han desarrollado sólidas bases académicas que han contribuido a una notable difusión del AED en el país y que cada vez su estudio y conocimiento por parte de los abogados se vaya tornando en una necesidad indispensable. Hoy, muchos de los abogados que egresan de las universidades más prestigiadas del país reciben al menos un bagaje mínimo de conocimientos en AED y es posible especializarse en el área en algunos de los programas de postgrado existentes.

*“En el curso de Derecho Reales varios de sus contenidos han sido influenciados por el AED”*

### 3.3. EL IMPACTO DEL AED EN LA GESTIÓN PÚBLICA.

La influencia del AED en la gestión pública ha sido importante, lo que ha contribuido a la identificación de algunas de las reformas económicas, en especial la privatización y apertura de la economía, y en la definición del rol de las agencias estatales y los organismos reguladores. De allí se origina principalmente la vinculación efectuada entre el AED y supuestas posturas económicas liberales o mal llamadas neoliberales.

A ello se suma la clara influencia de expertos del Banco Mundial quienes, sobre la base de marcos teóricos propuestos por la económica neoinstitucional, propusieron paquetes de reforma que se han tendido a identificar como producto del AED. A continuación, se analizan las implicancias e influencia del AED en diversas áreas de gestión pública, en particular en la administración pública, en el Poder Legislativo y en el Poder Judicial.

#### 3.3.1. EL AED EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Quizás en el área de la gestión pública en la que mayor influencia ha tenido el AED es en la administración pública, es decir en el Poder Ejecutivo. Así, una serie de reformas implementadas durante los años 1991 a 1993 utilizaron herramientas de este tipo en su desarrollo y concepción.

Ya la legislación de simplificación administrativa implementada desde finales de los años 80 había evaluado los costos de cumplimiento de trámites burocráticos y la existencia de costos de transacción generados por estos trámites. Así, la Ley 25305

del 10 de Junio de 1989 y su Reglamento (Decreto Supremo 070-89.PCM de Septiembre del mismo año) habían, sobre la base de las propuestas del Instituto Libertad y Democracia, reconocido la importancia que simplificar trámites tenía para la reducción de costos de transacción en la economía. Este proceso terminó de consolidarse con la promulgación de la Ley del Procedimiento Administrativo General que tiene una marcada influencia del AED, en particular en la formulación de los principios que permiten la reducción de los costos de transacción.

Este proceso también se aprecia con la promulgación en 1991 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, que reconoce un marco institucional básico orientado a reducir los costos de operación (costos de transacción) del sector privado en la economía, incluyendo una profundización en el proceso de simplificación administrativa.

Estos cambios pretendieron una administración pública más racional y basada en evaluaciones de costo beneficio para justificar su actuación.

En 1996 se crea la Comisión de Acceso al Mercado en el Indecopi, la que en base a lo establecido en el artículo 26 BIS<sup>13</sup>, incorporado en el Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Indecopi en base a la modificación introducida por el artículo 53° del Decreto Legislativo 807, podía declarar la ilegalidad e irracionalidad de las barreras burocráticas creadas por la administración pública. Este órgano funcional del Indecopi, en base a evaluaciones costo beneficio de la actuación de la administración pública centradas prin-

<sup>13</sup> Artículo 26° BIS. - La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones son de la materia establecidas en los Decretos Legislativos 283°, 668°, 757°, el Artículo 61° del decreto legislativo 776 y la Ley 25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su Artículo 2°, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo. La Comisión podrá imponer sanciones y multas al funcionario o funcionarios que impongan la barrera burocrática declarada ilegal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y la formulación de la denuncia penal correspondiente, de ser el caso. La escala de sanciones es la siguiente: falta leve con sanción de amonestación; falta grave con multa de hasta dos (2) UIT y falta muy grave con multa de hasta cinco (5) UIT. En caso que la presunta barrera burocrática haya sido establecida en un Decreto Supremo o Resolución Ministerial, la Comisión no podrá ordenar su derogatoria o inaplicación ni imponer sanciones. En tal supuesto el pronunciamiento de la Comisión se realizará a través de un informe que será elevado a la Presidencia del Consejo de Ministros para ser puesto en conocimiento del Consejo de Ministros a fin de que éste adopte las medidas que correspondan. Lo dispuesto en el párrafo que antecede también será de aplicación a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales a que se refiere el artículo anterior.

principalmente en la creación de costos de transacción por parte de entidades de la propia administración, está en posibilidad de corregir estos problemas, incluyendo a las entidades del ámbito regional y municipal.

En paralelo, se crea una serie de organismos cuyos marcos de actuación y gestión propias se sustentan en muchas de las herramientas conceptuales concebidas por el AED. Ejemplos de ello son el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) encargado de la aplicación de las normas de libre competencia, competencia desleal, publicidad, protección al consumidor, reglamentos técnicos, eliminación de barreras burocráticas y paraarancelarias, dumping y subsidios y el sistema concursal, así como las normas de propiedad intelectual en todas sus formas; el Organismo Supervisor de Inversión en Telecomunicaciones (Osiptel), encargado de la regulación de las telecomunicaciones; el Organismo Supervisor de Inversión en Energía (Osiner), encargado de la supervisión de los sectores de energía eléctrica e hidrocarburos; la Superintendencia Nacional de Servicios de Agua y Saneamientos (Sunass), a cargo de la supervisión de los servicios de agua y saneamiento; el Organismo Supervisor de Inversión en Infraestructura de Transportes (Ositran), entre otros. Estos organismos (en especial Indecopi Osiptel y Ositran) utilizan herramientas de análisis económico en sus decisiones e incluso constituyen tribunales y órganos de decisión legal de casos compuestos tanto por abogados como economistas.

La forma de decisión de casos recoge expresamente el análisis de externalidades, costos de transacción y otras herramientas conceptuales del AED. El uso de estas herramientas ha despertado incluso críticas al Indecopi, que ha sido considerado por algunos abogados como una ins-

titución “excesivamente economicista” y demasiado orientado a usar argumentos supuestamente “extralegales”, calificados incluso en algunos casos como “neoliberales”.

El uso de estas herramientas se ha producido no sólo en áreas como libre competencia y dumping y subsidios, de obvio contenido económico, sino en otras áreas como protección al consumidor, competencia desleal, publicidad, acceso al mercado, derecho concursal e incluso en propiedad intelectual.

El uso del AED por Indecopi ha servido para establecer criterios dirigidos a crear incentivos adecuados para generación de información (corrigiendo asimetrías de información), establecer responsabilidad administrativa objetiva de las empresas a fin de crear incentivos adecuados a la toma de precauciones (utilizando la teoría de Calabresi del “*cheapest cost avoider*” como su sustento), utilizar la teoría económica de productos defectuosos para determinar estándares de idoneidad de productos, efectuar una evaluación de costo-beneficio de la acción estatal para la eliminación de barreras burocráticas, flexibilizar los criterios en publicidad comparativa para reducir costos de acceso al mercado, utilizar la teoría de los costos de transacción para favorecer acuerdos en Juntas de Acreedores de empresas en situación de insolvencia, realizar evaluaciones económicas de las cargas probatorias, calcular las multas y sanciones eficientes, entre otros casos. Adicionalmente, el Indecopi efectúa periódicamente la publicación de los denominados “Documentos de Trabajo”, que suelen contener diagnósticos legales/ económicos de diversos aspectos de su competencia en temas referidos al sistema concursal, protección a los consumidores, dumping y subsidios, discriminación en el consumo, mercado aéreo, entre otros.

Como se podrá apreciar, dichos docu-

mentos reflejan el uso de herramientas del AED y muestran no sólo posiciones académicas, sino enfoques dirigidos a utilizar el AED en mejorar la gestión pública.

La influencia, sin embargo, se ha extendido a los reguladores sectoriales (Osip-tel en telecomunicaciones, Ositran en infraestructura de transporte, Sunass en agua y saneamiento y Osinerg en energía) así como en algunas áreas funcionales de Ministerios.

Si bien hay una disparidad notoria en el uso de herramientas de AED por parte de éstas y otras entidades, su influencia y presencia es cada vez mayor.

Otra institución pública que ha utilizado herramientas de AED es la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (Cofopri). Esta entidad fue creada para formalizar y entregar títulos de propiedad en asentamientos informales a fin de incorporar estas tierras al mercado inmobiliario y al mercado de créditos.

Cofopri ha conseguido éxitos muy interesantes en su proceso de formalización, el mismo que se basa en gran parte en el diagnóstico y propuestas formuladas por el Instituto Libertad y Democracia a finales de los 80 y durante la década de los 90. Toda la base conceptual de Cofopri se sustenta en la teoría de derechos de propiedad desarrollada al interior del AED y ha constituido uno de los aportes más notorios de esta teoría a la gestión pública. A la fecha, Cofopri ha entregado alrededor de un millón de títulos de propiedad debidamente registrados, incorporando un importante activo al sistema económico.

Este proceso de dinamización de la gestión de la administración pública se ha visto favorecida por la incorporación como funcionarios públicos de diversos abogados que han seguido estudios de postgrado en los Estados Unidos en materias vinculadas al AED, en especial en Indecopi y Cofopri.

### 3.3.2. PODER LEGISLATIVO

El cambio más significativo a este nivel fue la incorporación en el Reglamento del Congreso de la República, a propuesta del Congresista Arturo Salazar Larraín, de un artículo que establece como requisito de admisibilidad de un proyecto de ley que el mismo venga acompañado de un análisis costo—beneficio que determine el impacto económico de la ley<sup>14</sup>.

Lamentablemente, la falta de precisión de la norma condujo a que dicho análisis se efectúe sin parámetros definidos, cumpliéndose con el requisito legal adjuntando simplemente un breve texto que, con variantes, dice básicamente: “El presente proyecto no irrogará gastos al Estado y generará evidentes beneficios a la población”.

La superficialidad del análisis condujo a que en el año 1998, con la colaboración de la USAID, el Instituto Apoyo publicara el trabajo de Gabriel Ortiz de Zevallos y Gustavo Guerra García titulado “Análisis Costo Beneficio de las Normas”, que buscaba precisamente dar herramientas adecuadas a los congresistas para cumplir con el requisito legal de análisis costo-beneficio de una mejor manera.

En el proceso de reforma las leyes más importantes y en las que mejor se usó el AED, fueron aprobadas mediante delegación de facultades al Poder Ejecutivo.

A pesar de ello, algunas leyes fueron elaboradas en el Congreso mediante la contratación de consultores que utilizaron el AED como herramienta, lo que se refleja tanto en el texto de las leyes como en las exposiciones de motivos de las mismas.

Por ejemplo, la Ley General de Tránsito y Transporte, Ley 27181, recogió un cuidadoso análisis de las externalidades generadas y la forma de corregir sus efectos en el tránsito y el transporte, lo que se refleja en las regulaciones aprobadas y en la ex-

<sup>14</sup> Reglamento del Congreso (REG. 30-5-98).

posición de motivos de la norma.

Otro ejemplo interesante es el proceso de aprobación del nuevo Código Civil. Existe una Comisión Reformadora del Código Civil nombrada por el Congreso de la República y que viene trabajando un nuevo proyecto. En especial en el tema de Derechos Reales la subcomisión a cargo de ese libro viene utilizando herramientas de AED para determinar el impacto que tendría la definición de derechos reales, en especial la propiedad y el sistema de garantías, en la actividad económica. El resultado viene siendo un cambio de la clasificación de los bienes a fin de favorecer la publicidad de la titularidad, la reducción de costos de transacción en el sistema de garantías reales y la aparición de un sistema de transferencia de propiedad mucho más moderno y seguro que abandona el sistema consensual francés y se orienta a reforzar el sistema registral.

A pesar de ello, aún hay muchos espacios en los que el AED puede aportar herramientas que mejoren los procesos de diseño, preparación y aprobación de nueva legislación. Sin duda se han dado pasos importantes, pero aún queda mucho por hacer.

### 3.3.3. PODER JUDICIAL

Lamentablemente, la influencia del AED en el Poder Judicial es virtualmente nula. Si bien se han incorporado algunas clases y lecturas en la Academia de la Magistratura, a cargo de la capacitación de los magistrados, el uso de herramientas de AED en las sentencias es casi inexistente.

Los jueces se muestran suspicaces para aplicar estas herramientas y prefieren usar categorías más formales y tradicionales, más cercanas a la “esquizofrénica jurisprudencia de conceptos”.

Existe una visión judicial muy centrada en la idea “lo que no está en el expediente no es de este mundo”, lo que hace perder de perspectiva, al momento de resolver

casos, los efectos e impactos económicos de las decisiones judiciales, en especial su efecto en inversión y en reducción de costos de transacción.

### 3.4. EL BALANCE

El AED ha tenido un avance importante e interesante en el Perú en todos los campos y sin duda su influencia continuará profundizándose en los años siguientes. Como dijimos, se puede discrepar de él, pero no se puede negar su existencia. Creo, además, que su presencia ha sido positiva, al haber enriquecido el análisis legal con nuevas perspectivas. Quizás el punto más importante de este enriquecimiento sea precisamente el haber contribuido a mediatizar los efectos de la “jurisprudencia de conceptos”, rompiendo los llamados “razonamientos circulares”. Recordemos la cita de Moliere de que el opio hace dormir porque contiene un principio somnífero y el comentario de Cohen de que ello no añade nada a nuestro conocimiento salvo que “principio somnífero” sea definido física o químicamente. Bajo esa perspectiva, el AED ayuda a que la definición no contenga el término definido al abrirnos la perspectiva del uso de definiciones reales para dar contenido a los razonamientos jurídicos. La propiedad es algo más que una entelequia conceptual. Es una institución que desarrolla una función económica y social. Y sin definición económica y social la propiedad carece de contenido real.

Por ello la llegada del AED debe ser vista con optimismo y como una buena noticia. Tener otras perspectivas para ver lo mismo es una forma de ampliar nuestro conocimiento y la posibilidad de usarlo.

Pero sin duda ha traído preocupación y esas reacciones que hemos llamado “esquizofrénicas”. En el punto siguiente analizaremos algunas de ellas para ver por qué la crítica se parece más a una alucinación que a un argumento.



## 4. LOS TIPOS DE ESQUIZOFRENIA

Como en la auténtica esquizofrenia, los “jurídicamente esquizofrénicos” no pertenecen a una sola categoría. Los hay de diferentes tipos y experimentan síntomas distintos.

La mayoría parte de una o más “alucinaciones”. Por un lado, suelen ver en el AED algo que el AED no es. A partir de allí, tejen toda una historia sobre los riesgos, peligros o problemas que consideran el AED tiene. Por otra parte, suelen asumir una visión incompleta o, en el mejor de los casos extraña, de lo que es el Derecho en sí mismo. La más común de estas alucinaciones es creer que los conceptos jurídicos tienen existencia real, tienen “naturaleza”, y su rol de abogados es ser “científicos” entrenados en el difícil arte de descubrir sus misterios.

Los distintos tipos de esquizofrenia pueden también ser objeto de clasificaciones. Algunos “esquizofrénicos” reaccionan agresivamente y de manera vehemente, usando fuertes calificativos contra el AED. Otros, en cambio, reaccionan con calma, casi con desinterés, como si la cosa no fuera con ellos, usando frases como: “Es otra locura a la que no hay que prestar mayor atención. Ya pasará la moda”.

En el medio, los puntos son infinitos. Pero lo que es común en estos casos y que diferencia la esquizofrenia de las críticas serias al AED, es el nivel de conocimiento y comprensión que se tiene de esta forma de razonamiento.

A continuación, vamos a “diagnosticar” algunas de las diferentes reacciones esquizofrénicas detectadas en esta última década en el Perú.

### 4.1. “LA INVASIÓN GRINGA”

Esta es quizás una de las reacciones más curiosas y anecdóticas, pero no por ello menos frecuente. El argumento que se arma es relativamente simple, al menos en su base.

El mundo está dividido en dos grandes sistemas legales, el romano-germánico y el sistema anglo-sajón, más precisamente el “*common law*”. El AED es una creación anglosajona que es propia de un sistema de precedentes de observancia obligatoria, en el que la jurisprudencia es la fuente del Derecho por excelencia y la ley es sólo un complemento. En ese contexto, el AED es inaplicable al Perú, porque el Perú es un país que pertenece a la tradición romano-germánica. Fin del argumento.

En sus versiones más agresivas (que llega a generar “esquizofrénicos peligrosos”) se ve al AED como una suerte de intento de imperialismo intelectual, en el que, al mejor estilo de la guerra fría, ha sido planeado para imponer a los ciudadanos de los países del sistema romano-germánico, en especial de los menos desarrollados, una forma de pensar y de regular la vida social. Con ello han creado una suerte de “doctrina transnacional” diseñada para seducir y conquistar otros países.

Lo que digo no es una exageración. Sino veamos la siguiente cita: “Queremos terminar esta breve introducción recordando las palabras de Fernando de Hinestrosa, refiriéndose al abandono de la dogmática y a la creciente negativa influencia del Análisis Económico del Derecho en nuestra realidad Latinoamericana, en el marco del Congreso Internacional realizado en la Universidad de Lima con motivo de la discusión del Proyecto de Reforma al Código Civil. Dijo el egregio autor colombiano ‘no abandonemos nunca nuestras propias convicciones y lógica de nuestro sistema, que es aquel romano-germánico (expresado en la dogmática), y no permitamos

el infiltrar de orientaciones extrañas a nosotros mismos, porque si no puede llegar el momento en que las reglas vengán impuestas a través del Gran País del Norte. Esa es la lucha a la que los invito”<sup>15</sup>.

Estas reacciones me recuerdan a las de John Nash en la película “Una Mente Brillante”, cuando ve en todo, hasta en las publicaciones más inofensivas, actos del espionaje ruso dirigidos a atentar contra su país. Sólo que en este caso las alucinaciones hacen ver “espías norteamericanos”.

Existe incluso una versión más curiosa, en la que no sólo se le acusa de imperialismo, sino de “imperialismo pirata” o simple copia de lo que algún europeo ya había descubierto antes. Así, según esta posición, los norteamericanos han copiado algo que se llama “método estímulo respuesta” y han ocultado su copia bajo el nombre de AED para ocultar su acto de piratería. Así como en las películas de espías estos se roban los planos de las armas para usarlas contra los países que las inventaron, los anglosajones han hecho lo mismo y nos están dando una “sopa de nuestra propia medicina”.

Tampoco exagero. Basta revisar la siguiente cita: “Como se ha demostrado, los verdaderos y auténticos creadores del método de investigación jurídica “estímulo-respuesta” han sido los juristas alemanes Ihering y Heck, quienes sentaron las bases; y fue perfeccionado finalmente por Juristas hispanos: Manuel García Amigo, Luis Recasens Siches y Jaime Guasp. Esto es necesario recalcarlo bien porque este método ha sido, copiado y rebautizado por los anglosajones como “Análisis Funcional”. dicha copia pretende disfrazar su supuesta originalidad en el fundamento de “Law and Economics” en el que se exagera el aspecto económico de la realidad

social”<sup>16</sup>.

La cita es curiosa porque, si bien identifica los orígenes del AED en el llamado Análisis Funcional, pierde la perspectiva de cuáles son sus aportes. Desconozco a qué se refieren con el llamado “método estímulo-respuesta: nunca he oído hablar de ese método como una corriente de pensamiento. Pero sí queda claro que los fundadores y cultivadores del AED ya han obtenido varios premios Nobel de Economía (Coase, Becker, Buchanan, Stiglitz, entre otros) y dudo mucho que los autores de un acto de piratería privada de originalidad pudieran haber merecido un galardón atribuible a los juristas alemanes. En todo caso, lo que puedan tener en común con otras posiciones basadas en concepciones realistas o funcionalistas, no privan al AED de su originalidad y del reconocimiento que merece por el aporte que ha hecho al pensamiento económico.

Lo que queda claro es que bajo este tipo de esquizofrenia, los académicos dogmáticos suelen reaccionar frente al AED como los mexicanos reaccionaron en la época de la guerra con los Estados Unidos cuando gritaban: “Green go home” (“Verdes, váyanse a casa”, en alusión al color de sus uniformes), expresión de la que luego se derivaría la palabra “gringo”. Piden así que se lleven el AED a otro lado y que dejen a la teoría del razonamiento circular vivir en paz y a la jurisprudencia de conceptos intocada.

El punto de partida de todas estas posiciones parte de un serio error de comprensión. El AED no es el sistema del “common law” y está muy lejos de serlo. Si usted evalúa qué hace un abogado norteamericano en su ejercicio profesional, descubrirá que no es un experto en AED y que está además muy lejos de serlo. Muchos abogados en los Estados Unidos tienen un

<sup>15</sup> PALACIOS, Eric. “La conversión y la heterointegración de los negocios jurídicos”. Lima, Tesis para optar por el título de Abogado, 1995.

<sup>16</sup> TORRES MÉNDEZ, Miguel. Estudios sobre el Contrato de Compraventa. Lima, Grijley, 1993.

conocimiento tan rudimentario del AED como el que muchos abogados peruanos tenemos de las teorías de Santo Tomás de Aquino. Y pueden ejercer razonablemente su profesión sin saber nada de AED como cualquier de nosotros puede ir tranquilo a litigar un caso o absolver una consulta sin saber nada de lo que dijo Santo Tomás. Si bien algunos conceptos del AED se han incorporado al sistema legal y ya gozan de cierta aceptación general, el AED está lejos de ser una aproximación extremadamente popular y mucho más lejos aún de ser la tendencia dominante. Es una forma de pensamiento con un gran valor instrumental, pero no tiene que ver con cómo se concibió el “*common law*”, el que ni siquiera es una creación norteamericana, sino inglesa, que apareció en el mundo literalmente siglos antes de que Coase, Calabresi y Posner comenzarán a formar las bases del AED en la década de los 60’s.

Es más, si alguien quisiera trasladar el pensamiento jurídico anglosajón a otro país, usar el AED para lograr ese objetivo es una muy mala idea. Y es que el AED no tiene nada que ver, al menos en su estructura, con el sistema de precedentes jurisprudenciales. Es como pretender que porque Kelsen era austriaco, el positivismo fue diseñado como un mecanismo para imponer el derecho austriaco en el mundo.

Así, que haya sido en los Estados Unidos donde se desarrolló esta línea de pensamiento sólo ha implicado que los ejemplos más comunes citados en los libros de texto de AED se refieran a jurisprudencia o normas norteamericanas. Pero las herramientas conceptuales pueden ser usadas, sin perder en nada su capacidad analítica, a cualquier otra forma de sistema jurídico.

No olvidemos que el AED es antes que un conjunto de propuestas sobre cómo debe ser el Derecho, una metodología para analizarlo. Como tal, no propone en sí mismo adoptar ningún esquema legal particular,

y es posible encontrar académicos que defienden con tanta fuerza la superioridad del sistema de “*common law*” sobre el sistema romano-germánico, como otros académicos (muchos norteamericanos) que defienden precisamente la tesis contraria.

### ***“El AED no es el sistema del “common law” y está muy lejos de serlo”***

#### **4.2. “LA INVASIÓN NEOLIBERAL”**

En esta versión de la esquizofrenia los autores de la invasión no son precisamente (o solamente) los norteamericanos, sino un grupo de pensadores “neoliberales” que han visto en el AED la posibilidad de vender sus ideas con un esquema seductor y efectista. La alucinación, en este caso, es la existencia de una suerte de “cofradía” o “hermandad” ideológicamente determinada que tiene como propósito convencer a todos de que la intervención del Estado es mala.

Pero si recordamos que, a fin de cuentas, el AED no es otra cosa que la aplicación del método económico al Derecho, veremos cuan absurdo es el planteamiento esbozado. Existen economistas para todos los gustos. Los hay ortodoxos y heterodoxos, liberales y marxistas, keynesianos y austriacos. Y de la misma manera hay gente que hace análisis económico desde todas esas diferentes perspectivas. Así, existen posiciones marxistas o socialistas dentro de AED.

Existen incluso representantes de gran impacto en el AED y en particular en el Perú, como Guido Calabresi, que son considerados bastante alejados de las llamadas “tesis neoliberales”. Calabresi es considerado un académico de centro izquierda en su país y sin duda que lo califiquen como un “neoliberal” es algo que él no entendería.

Si bien es cierto que existen importantes representantes del AED que profesan ideas de defensa de la libertad económica, el AED es una herramienta que en su variante normativa, puede ser utilizada para generar marcos regulatorios bastante intervencionistas, justificando la intervención del Estado en la actividad económica (sino basta revisar el uso de la teoría de las externalidades para justificar la intervención del Estado en temas como derecho ambiental o protección al consumidor). Muchas de las agencias regulatorias, ninguna de las cuales sería defendida por un liberal, usan continua y activamente el AED. Así, el AED, como la economía misma, se han utilizado tanto para sustentar posiciones de liberalización y reducción de la presencia del Estado como para sostener la necesidad de una participación activa de ese mismo Estado.

No se puede negar que el AED, en la experiencia histórica peruana, ha servido para sustentar propuestas de liberalización y privatización. Muchos de los académicos peruanos involucrados en AED propugnan ideas de libertad y menos presencia del Estado. Pero incluso hasta el uso del término “neoliberal” tiene una connotación efectista. No conozco ningún académico que se precie de ser calificado como “neoliberal”. Se califican como liberales. El llamado neoliberalismo es una suerte de “rebautizo” del liberalismo para darle una connotación de algo que fue superado y ahora regresa. Es casi como hablar de “neonazis”, es decir, gente que trata de rescatar algo que nadie aceptaría.

En síntesis, la “alucinación” de la “invasión neoliberal” no es sino una confusión de la herramienta con la ideología o percepción del mundo que puede estar detrás para dirigirla. Y, al hacerlo, se pierde la oportunidad de usar una herramienta que es útil.

### 4.3. “VAN A EXTINGUIR LOS UNICORNIOS”

En una época la gente creía en los unicornios. Como los demás animales, vivían en las profundidades del bosque. Se les consideraba animales especialmente inteligentes y era muy difícil encontrarlos. Rara vez habían sido vistos y, cuando ello ocurría, había sido en la penumbra de la oscuridad y por una fracción de segundo. A pesar de estas dificultades, se escribieron tratados completos que los estudiaban y que hacían conjeturas sobre su apariencia y hábitos.

De pronto, un día, la gente dejó de creer en los unicornios, lo que los convirtió en una suerte de símbolo de lo imaginario, que existía sólo en leyendas y mitos. La especulación sobre ellos toma la dimensión no de lo real, sino de lo imaginario, de lo creado por la mente humana.

¿Son los unicornios reales? Sí lo son y, como bien señala el profesor Paul Campos, autor de esta metáfora de los unicornios, la pregunta es ¿reales en qué sentido? Es evidente que sabemos que no encontraremos unicornios deambulando por los bosques. En ese sentido ya no son reales. Pero los unicornios siguen existiendo en un sentido más limitado, para algunos propósitos. Se estudian como creación de la imaginación humana. Se estudia cómo se concibió, cómo se reflejaron en las leyendas y mitos, y qué motivó su aparición y simbolismo. Es sólo en este aspecto que los unicornios son una realidad.

En ese sentido, los unicornios no son como los caballos. No se pueden encontrar en un lugar determinado y describirlos en base a una constatación por nuestros sentidos. Pero pueden ser estudiados y analizados como una idea creada por la mente humana<sup>17</sup>.

A veces entendemos el Derecho como

<sup>17</sup> CAMPOS, Paul. “Jurismania. *The Madness of American Law*”. Oxford University Press, 1998. pp. 104-107.

un caballo y no como un unicornio. Pero el Derecho se parece más a los unicornios que a los caballos. Las instituciones jurídicas son, en términos de Campos, un estado de la mente, una idea que sólo existe como tal<sup>18</sup>. Por tanto, mueren (se extinguen) tan pronto aparece una nueva idea que la reemplaza. Su muerte es inevitable cuando una institución, al perder fondos en la moneda de los hechos, se quiebra, y es entonces reemplazada por otra diferente.

Pero algunos creen que el Derecho es como los caballos y temen que nuevas ideas “los extingan” y convierta a las instituciones jurídicas en una suerte de “pájaros Dodos prehistóricos”.

Algunos esquizofrénicos ven a quienes propugnan el AED como una suerte de cazadores furtivos de unicornios, personas que, aprovechándose de la oscuridad e imprecisión en la se mueven los conceptos, van a disparar sobre ellos y matarlos para eliminarlos de la vida del hombre. Van a extinguir los unicornios.

Este razonamiento se expresa en términos tales como “va contra todo lo establecido”, “atenta contra toda nuestra tradición jurídica”, “pretenden sustituir al Derecho por instituciones económicas”, entre otras.

Pero los unicornios no existen en la forma que se ven en este tipo de esquizofrenia. Aquí la alucinación inicial es cómo ven al Derecho mismo, cómo se imaginan al derecho como un unicornio que vive, y que como tal puede morir.

Pero la alucinación no termina ahí, sino que sigue con ver al AED como un intento de cometer ese homicidio conceptual.

El AED no propone, sin embargo, acabar con el Derecho ni eliminar el uso de conceptos. Sólo propone entender que esos conceptos no tienen vida en sí mismos, sino que son instrumentales y su valor radica en su capacidad para permitirnos regular de manera adecuada la conducta humanan. No pretende eliminar los unicornios (que dicho sea de paso no pueden ser “matados” en el sentido que se percibe en este tipo de esquizofrenia), pero sí tener unicornios útiles.

Dar un baño ácido de realismo a estos “unicornios jurídicos” no puede ser percibido como un intento de matar al Derecho, sino de acercar el Derecho al hombre y a las soluciones que esos hombres necesitan.

*“La especulación sobre los unicornios toma la dimensión no de lo real, sino de lo imaginario, de lo creado por la mente humana ”*

Es posible que quienes investigaban y estudiaban los unicornios cuando se creía que ellos existían, se hayan escandalizado de manera parecida a como cuando a alguien se le ocurrió la idea de que los unicornios eran sólo creación del hombre y

que, como tales, debían ser estudiados en esa limitada percepción de la realidad. Quizás hayan criticado el realismo de considerar que los unicornios dejaron de pertenecer a la categoría de los caballos, para pasar a la categoría del producto de la imaginación humana. Pero esos esquizofrénicos no le temen al AED, le temen a la realidad, porque se sienten más seguros en su paraíso de conceptos.

#### 4.4. “TODO ES IRREAL”

Casi todas las esquizofrenias tienen en común considerar al AED como irreal. Señalan que su afán por simplificar la realidad lo aleja de ser una herramienta útil. La

<sup>18</sup> Ibidem.

crítica central bajo esta perspectiva es que el uso de modelos es la debilidad principal del AED frente a las visiones más dogmáticas.

Bajo este tipo de esquizofrenia se pierde la perspectiva que el punto de partida es aún más irreal. La dogmática parte también de modelos, es decir de esquemas que se abstraen de la realidad. Sólo que al hacerlo pierden totalmente la función explicativa de un modelo.

En este tipo de esquizofrenia se trata de convertir la mayor fortaleza del AED en una debilidad, sin advertir el “efecto bumerang” de la crítica.

El “paraíso de conceptos” también se basa en “modelaje”. Los conceptos jurídicos, en su supuesta pureza conceptual, son simplificaciones, aunque no me atrevería siquiera a llamarlas “simplificaciones de la realidad”.

Así lo que diferencia al AED de otras aproximaciones al Derecho no es el uso o no de simplificaciones, sino la técnica de simplificación. El AED trata de identificar los elementos relevantes para explicar un problema, para a partir de ellos construir su modelo de predicción. Por el contrario otras aproximaciones simplifican sin explicar el porqué del uso de ciertas premisas.

Se suele decir que el mundo no es como lo dibuja el AED. Pero es esa precisamente su ventaja. Los modelos no se construyen para pretender que ellos reemplacen a la realidad. Los modelos se construyen para explicar un aspecto de esa realidad.

Cuando un arquitecto hace una maqueta de una casa no pretende decir que dicha maqueta es la realidad, y quien critique la maqueta por ser muy pequeña o estar hecha de cartón y no de cemento como la casa real que se quiere construir, está perdiendo el punto central. Precisamente se simplifica el tamaño y los materiales para explicar sólo un aspecto: la distribución y perspectiva de la casa. Permite visualizar-

la, siempre que se sea consciente de que no se hace la maqueta para vivir en ella.

La crítica así formulada cae por su propio peso, y sólo muestra la desesperación por cuestionar algo sin darse cuenta que lo mismo se puede decir de la propia concepción conceptual del Derecho, con el agravante de que en ella no se considera siquiera cuáles son las variables relevantes.

Todo modelo se basa en ciertos presupuestos cuyo valor no está en su realismo, sino en su capacidad explicativa. Uno de los más criticados es el que los seres humanos actúan racionalmente para maximizar beneficios. Se contesta que el mundo real los individuos no se comportan racionalmente ni necesariamente tratan de maximizar su bienestar. Pero ello es como criticar la maqueta por que la mayoría de las casas no son de ese tamaño.

Incluso si se aceptara (cosa que en principio creo que es equivocada) que no todos los individuos son racionales, sí es posible usar esa premisa para demostrar que en el agregado las personas se comportan racionalmente. Ni siquiera es necesario demostrar que la mayoría de los individuos son racionales para concluir que los agentes económicos no se comportan en el agregado racionalmente. Si asumieramos que los individuos son irracionales, entonces estos se comportan “*random*”, es decir aciertan o no aciertan medidos por el azar y no por la inteligencia.

Asumamos a los individuos agrupados bajo la categoría de consumidores. ¿Se puede concluir que los consumidores en el agregado se comportan irracionalmente? La experiencia parecería conducirnos a una respuesta negativa a la pregunta. Nada explicaría la continua mejora de precios y calidades de los productos en los últimos años si los consumidores se comportaran irracionalmente. Y para demostrar que el modelo de individuos racionales tiene capacidad explicativa no es

necesario demostrar que la mayoría son racionales. Basta un número relativamente reducido de racionales para que el modelo de predicción sea útil.

Si los consumidores irracionales actúan “random”, entonces los proveedores no se preocuparán en ofrecer mejores términos y condiciones para ganar a esos consumidores. Si deciden en base al azar, entonces nada se consigue ofreciendo mejores términos a ellos. Pero si hay un grupo de consumidores racionales que sí analiza esos aspectos, sí se podrá mejorar las ventas si se hacen mejores productos a mejores precios. Dado que hay un grupo de racionales (a los que vamos llamar “*searchers*” o “buscadores”) los competidores buscarán capturar sus preferencias. Pero dado que en muchos mercados no es posible diferenciar “*searchers*” de irracionales, las condiciones generadas por la actitud de los racionales benefician a los irracionales que se vuelven *free riders* o beneficiados por una externalidad positiva generada por un grupo reducido de racionales. Basta pensar en una tienda de abarrotes, en la que una vez colocado el producto en el escaparate no es posible diferenciar cuándo el que compra es irracional para venderle más caro o bajarle la calidad o condiciones. Todos los consumidores se beneficiarían de que un pequeño grupo de consumidores sean exigentes.

Si eso es así, el modelo de consumidores racionales tiene capacidad explicativa así se demostrará que la mayoría de los consumidores no son racionales (que como dijimos es algo de por sí cuestionable). Y la observación empírica muestra que el modelo funciona. La premisa de que a mayores precios la cantidad demandada cae se basa en la idea de racionalidad individual y es consistente con el modelo explicado. La gente trata de gastar menos y trata de obtener lo más posible al menor costo posible. Si todos tratan de hacer ello, es irrelevante si es que la acción de un grupo

reducido logra el mismo efecto en el mercado.

Lo que ocurre es que este tipo de esquizofrenia ve fantasmas donde no existen. Confunde al modelo con la realidad, quizás guiado por el hecho de que confunde conceptos (alucinaciones) con realidades. Al no distinguir una cosa de la otra no es de extrañar que se critique aquello que es precisamente la debilidad principal de su forma de pensar: convertir conceptos en realidades, es decir, creer en sus alucinaciones.

La “trampa” en los modelos no está en su uso, sino en confundirlos con la realidad. Es evidente que un modelo es utilizado conscientemente para alejarnos de la realidad, pero con el fin de comprenderla. Pero cuando se quiere que modelo sea como la realidad, le privamos de su capacidad explicativa, y con ello renunciamos a intentar comprender la realidad al menos en parte de su complejidad. A veces para saber hay que renunciar a ser como Dios, y asumir que nuestra imperfecta naturaleza humana no nos permite entender todo, sino sólo una parte mínima de la realidad. Pretender saber y entender todo nos conducirá a no saber ni entender nada, error en el que el AED intenta no caer.

#### 4.5. LOS “HOMICIDAS DE LA JUSTICIA”

Finalmente, y aunque consideramos que pueden aún hacerse más caracterizaciones de las esquizofrenias vinculadas al AED, trataremos una última referida a la idea de que esta tendencia del pensamiento se orienta a desplazar la justicia de los ideales que inspiran al Derecho.

La crítica, además de su contenido esquizofrénico, lleva implícita una objeción moral al AED, al que acusa de sustituir valores por un concepto utilitarista al que se denomina “eficiencia”.

No dudo que existen tendencias utilita-

ristas dentro del AED. Pero extender la crítica al AED en general es, paradójicamente para quienes levantan esa crítica, injusto.

En primer lugar el propio concepto de eficiencia tiene un contenido valorativo. Como bien dice Calabresi, si bien se dice que el AED puede estar tratando de reemplazar la justicia por la eficiencia, tal posición pierde de vista que en un mundo donde los recursos son escasos, desperdiciar es injusto<sup>19</sup>.

Si se considera que desperdiciar no importa, entonces uno puede entender la crítica. Pero las decisiones legales conducen a que unos ganen y otros pierdan. Y cuando los recursos se desperdician, puede ser que todos pierdan o que se pierda más de lo que se gana. Ello conduce no sólo a que haya menos riqueza, sino a que haya más pobreza. Si evitar que aumente la pobreza carece de contenido valorativo, entonces la crítica podría comenzar a tener algún fundamento.

Pero el tema no culmina allí. Incluso si se asumiera que la eficiencia carece de todo contenido valorativo, ello no descalifica al AED. Incluso si uno quiere decidir sobre la base de criterios de justicia, que dicho sea de paso son casi imposibles de definir de manera pacífica, saber cuánto cuesta ser justo es un elemento central. Ello porque no se puede invertir lo que no se tiene, y medir la escasez de los recursos como un elemento a considerar pone a la justicia en contexto de realidad. No toda solución deseable es posible. Si uno considera que es justo que todos tengan una casa con piscina, menudo favor haríamos a la humanidad si creemos que dar una ley que diga eso conseguirá por sí sola el efecto deseado. Construir casas con piscina tiene un costo evidente que el mero texto de la ley no puede solventar.

En esa línea, no considerar que una norma que protege al deudor y que se con-

sidera justa, puede reducir los niveles de crédito y generar menor inversión y desarrollo, es sacar la justicia de la realidad, lo que a su vez nos impide visualizar muchas otras probables injusticias que rodean una solución aparentemente justa. Descubrir y evaluar las ineficiencias de una decisión aparentemente justa es una manera de descubrir otras formas de injusticia.

En esa línea, poner las decisiones aparentemente justas en el contexto de la escasez que nos presenta el mundo real, es asumir la justicia con responsabilidad. Si finalmente se opta por la decisión considerada justa a pesar que se piensa que es ineficiente, se tomará una decisión informada y, por tanto, responsable. En cambio, una justicia irresponsable puede convertirse en la peor de las injusticias.

Así, como en otros casos, los esquizofrénicos ven en el AED algo que el AED no es. Nada en el AED lleva a descartar concepciones valorativas. Lejos está en la concepción del AED descartar la justicia como valor, menos aún está la intención de matarla. Por el contrario está en su base poner al servicio de la justicia una herramienta adicional que los abogados solemos pasar por alto: aquella dirigida a evitar el desperdicio.

## 5. CONCLUSIÓN

Como en la física, la Ley de la Inercia esté presente en la vida del Derecho. Cambiar el *status quo* implica enfrentar la energía estática y se requiere una fuerza dinámica mayor para impulsar el cambio. La resistencia al cambio toma muchas formas. Y así, nada llamado a tener un impacto está libre de controversia. En ocasiones esa resistencia es el ejercicio legítimo de quienes creen en lo que existe luego de haber comprendido lo nuevo. Pero en ocasio-

<sup>19</sup> CALABRESI, Guido. Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto? En: *Ius et Veritas*. No. 4, 1992, p. 90.



nes la resistencia es consecuencia de una suerte de flojera intelectual que rechaza lo nuevo sólo por no darse el trabajo de comprenderlo y estudiarlo. Finalmente quedarse con lo existente termina siendo más cómodo y enfrentar el cambio implica un esfuerzo que no necesariamente se está dispuesto a emprender.

Pero rechazar lo nuevo sin conocerlo implica dar razones para rechazar lo que no se conoce. Y como no se conoce y algo hay que decir, se viven alucinaciones que explican lo inexplicable. En esas alucinaciones se recrea el AED para hacerlo parecer como algo que no es.

Pero esa esquizofrenia no es atribuible sólo al AED. En realidad, la locura no está tanto en la percepción de lo nuevo, sino en cómo se percibe lo antiguo, es decir cómo se percibe el Derecho desde la perspectiva tradicional. La verdadera locura está en la “jurisprudencia de conceptos”, en su irrealismo y en su incapacidad de renunciar a ser lo que es.

Alguna vez un médico formado en medicina oriental me comentó que toda enfermedad no era otra cosa que un desequilibrio entre lo que el cuerpo o la mente necesita y lo que tiene. Salud es entonces equilibrio, su ruptura es enfermedad.

La esquizofrenia jurídica puede también ser calificada como una enfermedad de la vida social, aquella generada por un desequilibrio entre la dosis de realidad que la sociedad necesita del Derecho y la realidad que el Derecho, tal como lo hemos concebido, está en capacidad de darle. La cura a esta esquizofrenia no está en aceptar o no el AED. Está en aceptar que el Derecho puede ser distinto a como lo hemos concebido siempre. Quizás eso sea lo único por lo que el AED debe ser estudiado y aprendido: el ayudarnos a pensar el Derecho de otra manera a aquella a la que estamos acostumbrados.

## Reseña del Artículo “*El Problema del Costo Social*” de Ronald H. Coase

De todas las catástrofes naturales que ha conocido la historia de la humanidad, el tsunami del océano Índico del año 2004, que arrasó con gran parte de las costas de Indonesia, Tailandia, Sri Lanka, India, Malasia, Bangladesh, Birmania e incluso Somalia (continente africano), sin dudas ocupa uno de los puestos más importantes del podio, tanto por la magnitud del terremoto acuático, como por el número de vidas que se llevó consigo, alrededor de 230.000.

Un sinfín de preguntas e interrogantes toman vida luego de este tipo de acontecimientos. Entender las catástrofes naturales o, si se quiere, aquellos episodios que marcan un “antes y un después” en cualquier aspecto de la humanidad, necesariamente nos conduce a la pregunta quizás más importante de todas: ¿cuál es la causa del desastre? ¿cuál es el origen?

En el caso de los terremotos, sean acuáticos o no, el origen del movimiento sísmico, que ayuda a los científicos y expertos a entender mejor el fenómeno (y por supuesto a tratar de anticiparlo) es el epicentro. El epicentro no es más que el inicio desde el cual se desencadena luego un suceso de hechos que, en el caso del tsunami del 2004, terminaron siendo catastróficos.

En este contexto, “*El Problema del Costo Social*” de Ronald H. Coase<sup>1</sup>, representa, nada más y nada menos, que uno de los epicentros académicos de lo que hoy conocemos como “El Análisis Económico del Derecho” (en adelante AED). Desde este artículo (junto con otros) en adelante, el entendimiento interdisciplinario entre las ciencias sociales del Derecho y la Economía marcaría un nuevo rumbo. En palabras del profesor Bruce Ackerman de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale sobre el AED: “El desarrollo más importante de la ciencia jurídica en el siglo XX”<sup>2</sup>.

Así pues, para los interesados en entender a una de las “piedras angulares” de esta disciplina mixta, el artículo escrito por el economista británico en el año 1960 es sin dudas una pieza ineludible.

¿Qué debe esperar el lector en este trabajo?

Si bien su lectura en algunos pasajes se torna arduamente técnica, bajo una serie de hipotéticos y análisis de algunos casos legales de las cortes británicas, lo más relevante es que Coase resalta la importancia de identificar algunos conceptos fundamentales, tales como: las externalidades (o efectos no deseados provocados por personas/empresas), los costos de transacción, y la función de la justicia en la asignación de derechos, teniendo presentes estos factores, que llevan a un examen de “costos vs. beneficios” del sistema legal.

Las conclusiones más importantes de este trabajo, sin embargo, vinieron como consecuencia del “tsunami” provocado por las enseñanzas del economista, que terminaron sentando los cimientos académicos de lo que hoy conocemos como el AED. En este sentido se ha identificado al posteriormente denominado “Teorema de Coase” que, en palabras del profesor Alfredo Bullard, se resume en dos postulados esenciales<sup>3</sup>:

<sup>1</sup> Premio Nobel de Economía 1991. Fue Profesor en el London School of Economics en Gran Bretaña y en las Universidades de Buffalo y Virginia en Estados Unidos. Desde 1964 se desempeñó como profesor en la Universidad de Chicago, específicamente en la Escuela de Derecho, de la cual fue Profesor Emérito en la cátedra Clifton R. Musser.

<sup>2</sup> COOTER / ULEN, *Law and Economics*, Pearson Addison Wesley, 2004; p. 2. (traducción no oficial de la edición de la Revista).

<sup>3</sup> BULLARD, A., *Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía 1991*. Revista Universidad del Pacífico del Perú, 1991, Apuntes 28, Primer Semestre; p. 68.

1. Si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas, a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente.
2. Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí importa la solución legal que se adopte para llegar a la solución más eficiente.

## ■ EL PROBLEMA DEL COSTO SOCIAL\*

**Ronald H. Coase \*\***

Este estudio tuvo un profundo impacto en la ciencia económica. En opinión de George Stigler, Premio Nobel de Economía 1982, los planteamientos que Coase expresa en estas páginas tuvieron para los economistas la importancia que los descubrimientos de Arquímedes tuvieron para el desarrollo de las ciencias naturales. En este artículo se aborda una serie de temas, aunque Coase sostiene que su objetivo principal es corregir un concepto erróneo en la forma que los economistas enfocan cuestiones de política. Según Coase, el error de análisis de los economistas radica básicamente en considerar al gobierno como una fuerza correctiva de las fallas de mercados que no tiene costos, lo que está muy lejos de la realidad. Pero si el aporte de este artículo fue para la ciencia económica inconmensurable, no lo fue menos para el derecho. Coase argumenta que, en la medida que los costos de transacción sean bajos o inexistentes y que los derechos de propiedad establecidos en los fallos judiciales no permitan una solución económica eficiente, se producirá una reasignación de estos derechos hacia aquellos que los valoran más, aunque las cortes fallen en contra de éstos. Esta proposición es la que se conoce como Teorema de Coase. Indudablemente, son muchos los casos en los que los altos costos de transacción impiden una reasignación de los derechos establecidos en los fallos judiciales. Coase sostiene que en estos casos las cortes deben intentar minimizar los costos asociados a sus fallos, siempre que ello no altere la tesis de la ley. Esta observación, que generalmente se olvida al analizar el trabajo de Coase, puede considerarse como la segunda parte del teorema y demuestra la importancia que Coase atribuye a la estabilidad de la ley.

---

Nota: El presente artículo es un extracto literal de la obra "El problema del costo social" publicada por Ronald H. Coase en The Journal of Law and Economics. Por este motivo, podrían presentarse referencias no coincidentes con los números de páginas y/o capítulos.

\* Trabajo publicado originalmente en The Journal of Law and Economics (octubre 1960), pp. 1-44. Esta traducción se basa en dicha publicación y cuenta con la debida autorización. Premio Nobel de Economía 1991.

\*\*Fue Profesor en el London School of Economics en Gran Bretaña y en las Universidades de Buffalo y Virginia en Estados Unidos. Desde 1964 se desempeña en la Universidad de Chicago, específicamente en la Escuela de Derecho, de la cual es Profesor Emérito en la cátedra Clifton R. Musser.

## 1. EL PROBLEMA A EXAMINAR

Este trabajo se refiere a las actividades de una empresa que tienen efectos perjudiciales en otras<sup>1</sup>. El ejemplo más común es el del humo de una fábrica que provoca efectos nocivos en los que ocupan las propiedades vecinas. El análisis económico de tal situación se ha realizado usualmente en términos de una divergencia entre el producto privado y social de la fábrica, siguiendo el tratamiento de Pigou en *The Economics of Welfare*. La conclusión a la que parece haber conducido este tipo de análisis a la mayoría de los economistas es que sería deseable responsabilizar al dueño de la fábrica por el daño causado a los afectados por el humo, o, alternativamente, fijar un impuesto variable al propietario de la fábrica según la cantidad de humo producido, equivalente en términos monetarios al daño que causa, o, finalmente, excluir a las fábricas de los distritos residenciales (y presumiblemente de otras zonas en las que el humo tendría efectos perjudiciales). Mi opinión es que los cursos de acción sugeridos son inadecuados porque llevan a resultados que no son necesariamente deseables.

## 2. LA NATURALEZA RECÍPROCA DEL PROBLEMA

El enfoque tradicional ha tendido a obscurecer la naturaleza de la elección que encierra. El problema se formula comúnmente como uno en el que A ocasiona daño a B y lo que tiene que decidirse es:

¿Cómo se puede restringir a A? Pero esto es erróneo. Estamos tratando un caso de naturaleza recíproca. Evitar daño a B infligiría un perjuicio a A. La cuestión real que debe decidirse es: ¿Debe permitirse que A dañe a B o que B dañe a A? La cuestión es evitar el daño mayor. Usé un ejemplo en mi artículo anterior<sup>2</sup> que consistía en el caso de un panadero cuya maquinaria, con sus ruidos y vibraciones, perturbaba el trabajo de un médico. Evitar daños al médico ocasionaría perjuicios al panadero. El problema presentado en este caso era básicamente si se valoraban más, como resultado de restringir los métodos de producción del panadero, los mayores servicios del médico cuyo costo es una oferta reducida del producto del panadero. Otro ejemplo es el del ganado que se desbanda y destruye los sembrados de campos vecinos. Si es inevitable que algunos animales se dispersen, un incremento de la oferta de carne sólo puede obtenerse a expensas de una disminución de la oferta de granos. La naturaleza de la elección es clara: carne o granos. Por supuesto, la respuesta que debe darse no es muy clara, a menos que conozcamos el valor de lo que se obtiene, y también el valor de lo que se sacrifica para obtenerlo. Para dar otro ejemplo, el profesor George J. Stigler habla de la contaminación de un arroyo<sup>3</sup>. Si suponemos que ésta mata peces, lo que se tiene que decidir es lo siguiente: ¿Es el valor de los peces perdidos mayor o menor que el valor del producto que origina la contaminación del arroyo? Se deduce que el problema debe ser considerado en su totalidad y marginalmente.

<sup>1</sup> Este artículo, aunque concierne a un problema técnico del análisis económico, surgió de un estudio sobre la Política Económica de la Radiodifusión. El argumento estaba implícito en un artículo anterior que se refería al tema de la asignación de las frecuencias de radio y televisión (*"The Federal Communications Commission"*, Journal of Law & Economics 2 [1959]), pero recibí sugerencias sobre la conveniencia de tratar el problema en forma más explícita y sin referencia al problema original para el cual había desarrollado esta solución.

<sup>2</sup> Coase, *"The Federal Communications Commission"*, Journal of Law & Economics (octubre 1959), pp. 26-27.

<sup>3</sup> G. J. Stigler, *The Theory of Price*, (1952), p. 105.

### 3. EL SISTEMA DE PRECIOS CON RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO

Propongo comenzar mi análisis examinando un caso en el que la mayoría de los economistas estarían presumiblemente de acuerdo en que el problema puede resolverse de una forma completamente satisfactoria: cuando el negocio que daña debe pagar todo el daño causado y el sistema de precios funciona correctamente (de modo estricto, esto significa que la operación de un sistema de precios es sin costo).

Un buen ejemplo del problema que se discute es el caso del ganado extraviado que destruye cosechas de tierras vecinas. Supongamos que un granjero y un ganadero están operando en propiedades vecinas. Supongamos, además, que, sin bardas entre las propiedades, un incremento en el tamaño de la manada del ganadero

aumenta el daño total a los cultivos del granjero. Lo que ocurre con el daño marginal al aumentar el tamaño del rebaño no es claro. Esto depende de si las reses tienden a seguir una a otra o a pastar una al lado de otra, de si tienden a ser más o menos inquietas al aumentar el tamaño del rebaño y de otros factores similares. Para los fines inmediatos no tienen ninguna importancia los supuestos que se hagan acerca del daño marginal.

Para simplificar el argumento, propongo que se use un ejemplo aritmético. Supondré que el costo anual de cercar la propiedad del granjero es de \$ 9 y que el precio de la cosecha es \$ 1 por tonelada. Además, supongo que la relación entre el número de reses en la manada y la pérdida anual en la cosecha es la siguiente:

Número de reses (novillos)	Pérdida anual en la cosecha (toneladas)	Pérdida de la cosecha por novillo adicional (toneladas)
1	1	1
2	3	2
3	6	3
4	10	4

Si el ganadero es responsable del daño causado, el costo anual adicional impuesto al ganadero si, por ejemplo, incrementa su manada de 2 a 3 novillos, es de \$ 3, y, al decidir el tamaño de la manada, tomará en cuenta este hecho, además de sus otros costos. O sea, no incrementará el tamaño de su manada a menos que el valor de la carne adicional producida (suponiendo que el criador de ganado sacrifica el ganado) es mayor que los costos adicionales que éste le significan, incluyendo el valor de las cosechas adicionales destruidas. Por supuesto, si mediante el empleo

de perros, pastores, aeroplanos, radios u otros medios puede disminuirse el daño, estos medios se adoptarán sólo si su costo es menor que el valor de las cosechas que evitan que se pierdan. Dado que el costo anual de cercar es de \$ 9, el ganadero que desea tener una manada con cuatro novillos o más pagaría para construir y mantener una barda, a no ser que los otros medios para lograr el mismo fin fuesen más baratos. Cuando se construye la barda, el costo marginal por la responsabilidad por daño se hace cero, salvo que un incremento en el tamaño del rebaño necesite una

barda más fuerte, y, por lo tanto, más cara, porque pueden apoyarse en ella más novillos al mismo tiempo. Puede ser más barato para el criador de ganado no cercar y pagar por las cosechas destruidas (ejemplo aritmético) con tres novillos o menos.

Puede pensarse que el hecho de que el criador de ganado pague todas las cosechas destruidas llevará al granjero a incrementar su plantación si un ganadero viene a ocupar la propiedad vecina. Pero esto no es así. Si la cosecha se vendía anteriormente en condiciones de competencia perfecta, el costo marginal era igual al precio para el tamaño de plantación que tenía y cualquier expansión hubiese reducido los beneficios del granjero. En la nueva situación, la existencia de daño en las plantaciones significaría que el granjero vendería menos en el mercado, pero que sus ingresos permanecerían iguales, ya que el ganadero pagaría el precio de mercado por cualquier cosecha dañada. Por supuesto, si la cría de ganado requiriera comúnmente la destrucción de las cosechas, la aparición de una industria de cría de ganado podría aumentar el precio de las cosechas y los granjeros extenderían entonces sus plantaciones. Pero deseo centrar mi atención en el granjero individual.

*“Si la cosecha se vendía anteriormente en condiciones de competencia perfecta, el costo marginal era igual al precio para el tamaño de plantación que tenía y cualquier expansión hubiese reducido los beneficios del granjero”*

He dicho que la ocupación de la propiedad vecina por un criador de ganado no causará un aumento de producción, o quizá más exactamente, de lo sembrado. En realidad, si la cría de ganado tiene algún efecto, será el de disminuir lo plantado. La razón de esto es que para cualquier parcela de tierra, si el valor de la cosecha dañada es tan grande que los ingresos de la venta de las cosechas sin dañar son menores que los costos totales de cultivar esa parcela de tierra, será beneficioso para el granjero y para el criador de ganado formalizar un acuerdo por el que se deje dicha parcela sin cultivar. Esto puede aclararse con un ejemplo aritmético. Inicialmente, supongamos que el valor de la cosecha obtenida por cultivar una parcela de tierra es de \$ 12 y que el costo incurrido por cultivarla es de \$ 10, siendo la ganancia neta del cultivo \$ 2. Supongamos, para simplificar, que el granjero es dueño de la tierra. Supongamos ahora que el ganadero comienza las actividades en la propiedad vecina y que el valor de la cosecha dañada es de \$ 1. En este caso, el granjero obtiene \$ 11 por la venta en el mercado y \$ 1 del ganadero por el daño sufrido, la ganancia neta continúa siendo \$ 2. Supongamos ahora que el ganadero halla beneficioso incrementar el tamaño de su rebaño, aun cuando el valor del daño aumenta a \$ 3, lo que significa que el valor de la carne adicional producida es mayor que los costos adicionales. Esto incluye el pago adicional de \$ 2 por daño, dado que el pago total por daño es ahora \$ 3. La ganancia neta para el granjero por cultivar la tierra es aún \$ 2. El ganadero estará mejor si el granjero decide no cultivar esta tierra por un pago menor de \$ 3. El granjero estará de acuerdo en no cultivar la tierra por cualquier pago mayor que \$ 2. Claramente, hay oportunidad de un convenio mu-

tuamente satisfactorio que conduciría al abandono del cultivo<sup>4</sup>. Pero el mismo argumento se aplica no sólo a toda la parcela cultivada por el granjero, sino también a cualquier subdivisión de la misma. Supongamos, por ejemplo, que el ganado tiene una ruta bien definida, digamos hacia un arroyo o hacia una zona sombreada. En estas circunstancias, la cantidad de daño a la cosecha a lo largo de esta ruta puede ser grande, y si lo es, puede ocurrir que el granjero y el ganadero encuentren beneficioso realizar un convenio por el cual el granjero estará de acuerdo en no cultivar esa franja de tierra.

Pero esto origina otra posibilidad. Supongamos que existe tal ruta bien definida. Supongamos, además, que el valor de la cosecha que se obtendría de esta franja de tierra es \$ 10, pero que el costo del cultivo es \$ 11. En ausencia del criador de ganado la tierra no se cultivaría. Sin embargo, dada la presencia del criador de ganado, bien podría ser que si la franja se cultivase, toda la cosecha se destruiría por el ganado. En cuyo caso, el ganadero se vería forzado a pagar \$ 10 al granjero. Es cierto que el granjero perdería \$ 1. Pero el ganadero perdería \$ 10. Claramente, esta es una situación que no es probable que dure indefinidamente, ya que ninguna de las partes desearía que esto ocurriese. La meta del granjero sería inducir al ganadero a pagarle una recompensa por dejar esta tierra sin cultivar. El granjero no podrá obtener un pago mayor que el costo de cercar esta franja de tierra, o uno tan alto que lleve al ganadero a abandonar el uso de la propiedad vecina. El pago que en realidad se realizará dependerá de la habilidad negociadora del granjero y del ganadero. Pero como el pago no será tan alto como para hacer que el ganadero abando-

ne esta zona y como no variará con el tamaño del rebaño, tal acuerdo no afectará la asignación de recursos, sino solamente alterará la distribución del ingreso y la riqueza entre ambas partes.

Pienso que está claro que si el ganadero es responsable por el daño causado y el sistema de precios funciona correctamente, la reducción en el valor de la producción será tomada en cuenta al computar el costo adicional de incrementar el tamaño del rebaño. Este costo será comparado con el valor de la carne adicional producida y, en presencia de competencia perfecta en la industria ganadera, la asignación de recursos a la cría de ganado será óptima.

Lo que debe tenerse presente es que la disminución del valor de la producción que se tomaría en cuenta en los costos del ganadero puede ser menor que el daño que el ganado causará a las cosechas en el curso común de los acontecimientos. Esto se debe a que es posible, como resultado de transacciones de mercado, dejar el cultivo de la tierra. Esto es deseable en todos los casos en los que el daño que pueda causar el ganado, y por los que el ganadero estará deseoso de pagar, exceda de la suma que el granjero pagaría por el uso de la tierra. En condiciones de competencia perfecta, el monto que el granjero pagaría por el uso de la tierra es igual a la diferencia entre el valor de la producción total cuando los factores se emplean en esta tierra y el valor del producto adicional obtenido en su mejor uso alternativo (que sería lo que el granjero tendría que pagar por los factores). Si el daño es mayor que la suma que el granjero pagaría por el uso de la tierra, el valor del producto adicional de los factores empleados en otra parte excedería del valor del producto total en este uso, después que se

<sup>4</sup> El argumento del texto se ha derivado del supuesto de que la alternativa de cultivar es el abandono total del cultivo. Pero no es necesario que así sea. Puede haber cosechas que son menos propensas a daños ocasionados por el ganado, pero que no serían tan beneficiosas como las cosechas que crecen en ausencia de daño. Así, si el cultivo de una nueva cosecha ocasionaría al granjero un rendimiento de \$ 1 en vez de \$ 2, y el tamaño de la manada que causaría \$ 3 de daño en la vieja cosecha causaría \$ 1 de daño en la nueva, sería beneficioso para el ganadero pagar cualquier suma menor que \$ 2 para inducir al granjero a cambiar su cosecha (ya que esto reduciría la responsabilidad por daño de \$3 a \$1) y le convendría al granjero si la cantidad recibida fuese superior a \$ 1 (la reducción de su rendimiento ocasionada por cambiar de cosecha). En realidad, habrá motivo para un convenio mutuamente satisfactorio en todos los casos en los que el cambio de cosecha reduzca el daño en más de lo que reduce el valor de la cosecha (excluyendo el daño) -en todos los casos en los que un cambio de la cosecha conduzca a un incremento del valor de la producción.



deduce el daño. Sería deseable entonces abandonar el cultivo de la tierra y dejar los factores para otra producción. Un procedimiento que permita el pago del daño causado por el ganado a la cosecha, pero no la posibilidad de dejar el cultivo, provocaría un empleo demasiado reducido de los factores de producción en la cría de ganado y un empleo demasiado grande de los factores en el cultivo. Pero dada la posibilidad de transacciones de mercado, una situación en la que el daño a la cosecha excediese de la renta de la tierra no duraría. Si el ganadero paga al granjero para dejar la tierra sin cultivar o si alquila la tierra, pagando al propietario una cantidad levemente mayor que la que pagaría el granjero (si el granjero está arrendando la tierra), el resultado final sería el mismo y maximizaría el valor de la producción. Aun cuando el granjero sea inducido a plantar granos que no le producirían utilidades en el mercado, este será un fenómeno puramente de corto plazo y puede esperarse que conduzca a un acuerdo por el cual cese la siembra. El ganadero permanecerá en esa ubicación y el costo marginal de la producción de carne será el mismo que antes, no teniendo, por lo tanto, ningún efecto de largo plazo sobre la asignación de recursos.

#### 4. EL SISTEMA DE PRECIOS SIN RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

Me refiero ahora al caso en el que, aunque se suponga que el sistema de precios funciona correctamente (o sea, sin costos), el negocio que ocasiona el daño no es responsable por él. No debe realizar un pago a los perjudicados por sus actos. Me propongo demostrar que la asignación de recursos será igual en este caso que cuando el negocio causante del daño era

responsable por el daño causado. Como demostré en el caso anterior que la asignación de recursos era óptima, no será necesario repetir esta parte del argumento.

Vuelvo al caso del granjero y el ganadero. El granjero sufrirá un daño mayor en sus cosechas al aumentar el tamaño de la manada. Supongamos que el tamaño de la manada del ganadero es de tres novillos (y que este es el tamaño de la manada que se mantendría si no se tuviese en cuenta el daño a la cosecha). Entonces, el granjero desearía pagar hasta \$ 3 si el ganadero redujese su manada a dos novillos, hasta \$ 5 si la manada se redujera a un novillo y pagaría hasta \$ 6 si se abandonase la cría de ganado. El ganadero recibiría, por lo tanto, \$ 3 del granjero si tiene dos novillos en vez de tres. Estos tres dólares sacrificados son parte del costo incurrido por tener el tercer novillo. Si \$ 3 es un pago que el ganadero debe realizar si agrega el tercer novillo a su manada (lo que ocurriría si el ganadero fuese responsable ante el granjero por el daño causado a la cosecha) o si es una suma de dinero que él hubiese recibido si no tuviese un tercer novillo (lo que ocurriría si el ganadero no fuese responsable ante el granjero por el daño causado a la cosecha) no afecta al resultado final. En ambos casos, \$ 3 es parte del costo de agregar un tercer novillo, y debe sumarse a los demás costos. Si el incremento en el valor de la producción en la cría de ganado por incrementar el tamaño de la manada de dos a tres es mayor que los costos adicionales en que debe incurrirse (incluyendo los \$ 3 de daño a la cosecha), el tamaño de la manada se incrementará. De otro modo, no. El tamaño de la manada será el mismo si el ganadero es o no responsable por el daño causado a la cosecha.

Puede argüirse que el punto de partida -una manada de tres novillos- fue arbitrario. Y es cierto. Pero el granjero no desearía pagar para evitar un daño a la cosecha

que el ganadero no fuese capaz de causar. Por ejemplo, la suma anual máxima que el granjero puede ser inducido a pagar no podría exceder de \$ 9, el costo anual de instalar el cercado. Además el granjero sólo desearía pagar esta suma si no reduce sus ingresos a un nivel que haría que abandonase el cultivo de esta parcela de tierra. Por otra parte, el granjero sólo desearía pagar esta cantidad si creyese que en ausencia de un pago de su parte, el tamaño de la manada que tiene el ganadero sería de cuatro o más novillos. Supongamos que este sea el caso. Entonces, el granjero desearía pagar hasta \$ 3 si el ganadero redujese su manada a tres novillos, hasta \$ 6 si la manada se redujese a dos novillos, hasta \$ 8 si se tuviese sólo un novillo y hasta \$ 9 si se abandonase la cría de novillos. Debe notarse que el cambio en el punto de partida no ha alterado la cantidad que obtendría el ganadero si redujese el tamaño de su manada en una cantidad dada. Aun es cierto que el ganadero podría recibir \$ 3 más del granjero si estuviese de acuerdo en reducir su manada de tres novillos a dos y que los \$ 3 representa el valor de la cosecha que se destruiría agregando el tercer novillo a la manada. Una creencia distinta de parte del granjero (justificada o no) sobre el tamaño de la manada que el ganadero mantendría en ausencia de pagos de su parte puede afectar al pago total que se vea inducido a realizar, pero no es cierto que esta creencia distinta ejercerá efecto en el tamaño de la manada que tendrá el ganadero. Esta será igual que si el ganadero tuviese que pagar por el daño causado por su ganado, ya que el ingreso sacrificado de una cantidad dada es equivalente a un pago de la misma cantidad.

Podría pensarse que le convendría al ganadero aumentar su manada por encima del tamaño que él desearía poseer,

una vez que se ha realizado el convenio, para inducir al granjero a realizar un pago total mayor. Y esto puede ser cierto. Es similar por su naturaleza a la actitud del granjero (cuando el ganadero era responsable del daño) de cultivar la tierra en la que, como resultado de un acuerdo con el ganadero, se abandonaría luego la plantación (incluyendo la tierra que no se cultivaría de cualquier modo en ausencia de cría de ganado). Pero tales maniobras son preliminares a un acuerdo y no afectan a la posición de equilibrio de largo plazo, que es la misma, ya sea que el ganadero fuese responsable o no del daño a la cosecha ocasionado por su ganado.

Es necesario conocer si la actividad perjudicial es responsable o no del daño causado, ya que sin establecer esta delimitación inicial de derechos no pueden existir transacciones de mercado para transferirlos y recombinarlos. Pero el resultado final (que maximiza el valor de la producción) es independiente de la tesis de la ley, si se supone que el sistema de precios actúa sin costos.

## 5. EL PROBLEMA ILUSTRADO NUEVAMENTE

Los efectos dañinos de las actividades de una firma pueden asumir una amplia variedad de formas. Un antiguo caso inglés se refería a un edificio que, obstruyendo las corrientes de aire, obstaculizaba la operación de un molino de viento<sup>5</sup>. Un reciente caso en Florida fue el de un edificio que daba sombra sobre la cabaña, la piscina de natación y zonas para tomar el sol de un hotel vecino<sup>6</sup>. El problema del ganado y el daño a las cosechas, que

<sup>5</sup> Véase Gale en Easements, 131 ed. (M. Bowles, 1959), pp. 237-239.

<sup>6</sup> Véase 2a ed. (1959), ep 357 Fontainebleau Hotel Corp. v. Forty-Five Twenty-Five, Inc., 114 So.

fue objeto de examen detallado en las dos secciones precedentes, aunque parezca un caso bastante especial, es, en realidad, sólo un ejemplo de un problema que surge con muchos aspectos diferentes. Para aclarar la naturaleza de mi argumento y demostrar su aplicabilidad general, propongo ilustrarlo nuevamente con referencia a cuatro casos reales.

Consideremos primero el caso de *Sturges vs Bridgman*<sup>7</sup> que usé como ilustración del problema general en mi artículo “*The Federal Communications Commission*”. En este caso, un *panadero* (en la calle Wigmore) usaba dos amasadoras en su negocio (una había estado en la misma ubicación más de 60 años y otra más de 26 años). Un médico vino a ocupar el predio vecino (en la calle Wimpole). La maquinaria del panadero no le causó daño al médico hasta que, ocho años después de haber ocupado el predio, construyó un consultorio en la parte posterior de su jardín contiguo a la panadería. Entonces notó que el ruido y la vibración causados por la maquinaria del panadero le hacían difícil usar su nuevo consultorio. “En especial... el ruido le impedía examinar a sus pacientes auscultando<sup>8</sup> para diagnosticar enfermedades del pecho. También halló imposible ocuparse efectivamente de cualquier actividad que le requiriera atención y concentración”. El médico inició entonces acción legal para forzar al panadero a cesar el uso de la maquinaria. Las cortes tuvieron poca dificultad en otorgar al médico la solicitud que hacía. “Pueden ocurrir casos individuales de perjuicios al llevar a cabo el principio sobre el que sentamos nuestro juicio, pero la negación del principio llevaría a mayores perjuicios individuales, y produciría, al mismo tiempo, un efecto perjudicial en la urbanización de la tierra con fines residenciales”.

El fallo de la Corte estableció que el médico tenía derecho de evitar que el panadero usara su maquinaria. Pero, por supuesto, podría haber sido posible modificar el resultado de aplicar las disposiciones legales mediante un convenio entre las partes. El médico hubiese deseado renunciar a sus derechos y permitir que la maquinaria continuara actuando si el panadero le hubiese pagado una suma de dinero que fuese mayor que la pérdida de ingresos que sufriría por tener que trasladarse a una ubicación más costosa o menos conveniente o por tener que reducir sus actividades en esta ubicación o, como se sugirió, por tener que construir una pared separada que amortiguara el ruido y la vibración. El panadero hubiese deseado hacerlo si la cantidad que debería pagar al médico fuese menor que la disminución del ingreso que sufriría si tuviese que cambiar su forma de operación en esta ubicación, abandonar su operación o trasladar su negocio de panadería a otro lugar. La solución del problema depende principalmente de si el uso continuado de la maquinaria agrega más al ingreso del panadero que lo que disminuye el ingreso del médico<sup>9</sup>. Pero ahora consideremos la situación si el panadero hubiese ganado el caso. El panadero hubiese tenido entonces derecho a continuar operando su maquinaria ruidosa y generadora de vibraciones sin tener que pagar nada al médico. El zapato hubiese estado en el otro pie; el médico hubiese tenido que pagar al panadero para inducirle a dejar de usar la maquinaria. Si el ingreso del médico hubiese disminuido más por el uso continuado de esta maquinaria que lo que agregase al ingreso del panadero, claramente hubiese dado lugar a una renegociación en la cual el médico pagase al panadero para que dejase de usar la maquinaria. Es

<sup>7</sup> Véase cap. 11 D, 852 (1879).

<sup>8</sup> Auscultar es el acto de escuchar con el oído o el estetoscopio para juzgar, por el sonido, el estado del cuerpo.

<sup>9</sup> Nótese que lo que se toma en cuenta es el cambio del ingreso después de producidas las alteraciones en los métodos de producción, en la ubicación, carácter del producto, etc.

decir, las circunstancias en que no le convendría al panadero continuar usando la maquinaria y compensar al médico por las pérdidas que esto le ocasionaría (si el médico tuviese derecho a evitar que el panadero use la maquinaria) serían aquellas en las que sería de interés del médico realizar un pago al panadero que le induciría a abandonar el uso de la maquinaria (si el panadero tuviese derecho a operar su maquinaria). Las condiciones básicas son exactamente iguales en este caso que en el ejemplo del ganado que destruía las cosechas. Con transacciones de mercado sin costo, la decisión de las cortes respecto de la responsabilidad por daño no tendría efecto sobre la asignación de recursos. Por supuesto, la visión de los jueces era que su decisión estaba afectando al funcionamiento del sistema económico, y en una dirección deseable. Cualquiera otra decisión hubiese tenido “un efecto perjudicial en la urbanización de la tierra para fines residenciales”, un argumento que se elaboró examinando el ejemplo de una fundición operando en un paraje inhóspito, que más tarde se urbanizó para fines residenciales. La opinión de los jueces de que estaban fijando cómo debía usarse la tierra sería cierta sólo en el caso de que los costos de realizar las transacciones de mercado necesarias excediesen de la ganancia que podría lograrse mediante cualquier reasignación de derechos. Y sería deseable preservar las zonas (la calle Wimpole o el páramo) para uso residencial o profesional (dando a los usuarios no industriales el derecho de paralizar el ruido, las vibraciones, el humo, etc., mediante pleitos) sólo si el valor de las instalaciones residenciales adicionales obtenidas fuese mayor que el valor del pan o del hierro perdido. Pero parece que los jueces desconocieron este hecho.

Otro ejemplo del mismo problema es el

caso de *Cooke vs. Forbes*<sup>10</sup>. Un proceso del tejido de la fibra de coco consiste en sumergirla en líquidos blanqueadores, después de lo cual se la cuelga para que se seque. El humo proveniente de un fabricante de sulfato de amonio modificaba el acabado de la fibra de un color brillante a un color opaco y negruzco. La razón era que el líquido blanqueador contenía cloruro de estaño que cuando era afectado por el ácido sulfhídrico se volvía de un color más oscuro. Se pensó que una demanda haría que el fabricante cesara de emitir estos humos. Los abogados del demandado arguyeron que si el demandante “no usase... un líquido blanqueador en particular, sus fibras no serían afectadas; que sus procesos eran inusuales, no de acuerdo con la costumbre del gremio, y aun dañinos para sus propios tejidos”. El juez comentó: “... me parece bastante evidente que una persona tiene derecho a realizar en sus propiedades un proceso manufacturero en el que use cloruro de estaño, o cualquier tipo de tinte metálico, y que su vecino no tiene la libertad de lanzar gases que perjudiquen su industria”. Pero en vista de que el daño fue accidental y ocasional y que se tomaron cuidadosas precauciones y que no había riesgo excepcional, se rechazó la demanda, dejando en libertad al demandante para iniciar una acción por daños, si lo deseaba. Lo que ocurrió luego no lo conozco. Pero está claro que la situación es esencialmente la misma que vimos en *Sturges vs. Bridgman*, salvo que el fabricante de fibras de coco no pudo lograr un mandato, sino que tendría que cobrar los daños del productor del sulfato de amonio. El análisis económico de la situación es exactamente el mismo que en el caso del ganado que destruía la cosecha. Para evitar el daño, el fabricante de sulfato de amonio podía incrementar sus precauciones o trasladarse a otro lugar.

<sup>10</sup> L. R. 5 Eq. 166 (1867-1868).

Cualquiera de las posibilidades presumiblemente incrementaría sus costos. Alternativamente, podría pagar por el daño. Esto lo haría si los pagos por daños fueran menores que los costos adicionales en que incurriría para evitar el daño. Los pagos por daños se transformarían entonces en parte del costo de producción del sulfato de amonio. Por supuesto, si, como se sugirió en los procedimientos legales, la cantidad de daño podía ser eliminada cambiando el agente blanqueador (lo que presumiblemente incrementaría los costos del productor de fibras) y si el costo adicional era menor que el daño en que se incurriría de otro modo, sería posible que los dos fabricantes firmaran un convenio mutuamente satisfactorio promoviendo el uso de un nuevo agente blanqueador. Si la Corte se hubiese pronunciado contra el fabricante de fibras, como consecuencia de lo cual hubiese tenido que sufrir daños sin compensación, la asignación de recursos no hubiese sido afectada. Al productor de fibras le hubiese convenido cambiar su agente blanqueador si el costo adicional resultaba menor que la reducción del daño. Y puesto que el productor de fibras deseaba pagar al fabricante de sulfato de amonio una cantidad hasta su pérdida de ingresos (el incremento en los costos o el daño sufrido) si cesaba sus actividades, esta pérdida de ingresos permanecería como un costo de producción para el fabricante de sulfato de amonio. Este caso es, en realidad, analíticamente idéntico al ejemplo del ganado.

*Bryant vs. Lefever*<sup>11</sup> presentó el problema de la molestia del humo en una forma nueva. El demandante y los demandados ocupaban casas vecinas, que eran aproximadamente de la misma altura.

Antes de 1876 el demandante podía encender fuego en cualquier habitación de su casa sin que saliera humo por la chimenea;

las dos casas permanecieron en las mismas condiciones 30 o 40 años. En 1876, los demandados demolieron su casa y comenzaron a reconstruirla. Levantaron una pared al lado de la chimenea del demandante, mucho más alta que su altura original, y apilaron madera sobre el techo de su casa, haciendo así que la chimenea del demandante humeara cada vez que encendía el fuego.

La razón, por supuesto, de que las chimeneas echaban humo fue que la erección de la pared y la pila de madera evitaban la libre circulación del aire. En un juicio se falló a favor del demandante por 40 libras. El caso pasó luego a la Corte de Apelaciones, donde fue invertida la sentencia. *Bramwell, L. J.*, arguyó:

... se dice, y el jurado ha dictaminado, que los demandados hicieron lo que causó una molestia a la casa del demandante. Pensamos que no hay pruebas de esto. No hay duda de que existe una molestia, pero no la causan los demandados; no han hecho nada para causar la molestia.

Su casa y la madera son bastante inofensivas. Es el demandante el que causa la molestia encendiendo fuego de carbón en un lugar ubicado tan cerca de la pared del demandado, que el humo no escapa, sino que vuelve a entrar a la casa. Si el demandante no enciende más el fuego, o traslada su chimenea o la hace más alta, no habrá molestia. ¿Quién la causa entonces? Sería muy claro que es el demandante, si éste hubiese construido su casa o chimenea después que los demandados hubiesen puesto la madera sobre la suya, y es realmente lo mismo aunque lo haya hecho antes. Pero (lo que es en realidad la misma respuesta) si los demandados causaron la molestia, tienen derecho a hacerlo. Si el demandante no tiene derecho al paso de aire, excepto sujeto al derecho de los demandados a construir o colocar madera sobre su casa,

<sup>11</sup> 4. C.P.D. 172 (1878-1879).

entonces el derecho de él está sujeto al derecho de ellos y aunque surge una molestia por el ejercicio del derecho de ellos, no son responsables.

**Y Cotton, L. J., dijo:**

Aquí se ha dicho que la erección de la pared de los demandados ha interferido sensible y materialmente en el *confort* de la existencia humana en la casa del demandante, y se dijo que es una molestia de la cual es responsable el demandado. Ordinariamente esto es así, pero los demandados lo han hecho, no enviando sobre la propiedad del demandante humo o vapor nocivo, sino interrumpiendo la salida de humo de la casa del demandante en una forma a la que... el demandante no tenía derecho. El demandante crea el humo, que interfiere con su *confort*. A menos que tenga... un derecho para liberarse de esto en una forma particular que ha sido interferida por los demandados, no puede demandar a los vecinos, porque el humo originado por él mismo, para el cual no ha ofrecido un medio efectivo de escape, le causa molestias. Es como si un hombre tratara de liberarse del líquido sucio que surge en su propia tierra mediante una cañería que desemboca en tierra del vecino. A menos que el usuario haya adquirido un derecho, el vecino puede detener la cañería sin incurrir en responsabilidad por hacerlo. No hay duda que se le crearía gran inconveniente al propietario del lugar en que surge el líquido sucio. Pero el acto de su vecino sería un acto legal, y no sería responsable por las consecuencias atribuibles al hecho de que el hombre hubiese acumulado suciedad sin proporcionar un medio efectivo para liberarse de ella.

**No me propongo demostrar que cualquier modificación subsiguiente de la situación, como resultado de negociaciones entre las partes (condicionadas por el costo de apilar madera, el costo de aumentar la altura de la chimenea, etc.), hubiese tenido exactamente el mismo resultado,**

cualquiera que hubiese sido el fallo de la justicia, ya que este punto ha sido tratado adecuadamente en la discusión del ejemplo del ganado y en los dos casos anteriores. Lo que discutiré es el argumento de los jueces de la Corte de Apelaciones, en lo que se refiere a la afirmación de que la molestia causada por el humo no fue originada por el hombre que construyó la pared, sino por el que encendió el fuego. Lo novedoso de la situación es que la molestia del humo fue sufrida por quien encendía el fuego, y no por alguna tercera persona. La cuestión no es trivial, ya que en ella se encuentra el meollo del problema que discutimos. ¿Quién causó la molestia del humo? La respuesta parece muy clara. La molestia era causada tanto por el hombre que construyó la pared como por el que encendió el fuego. Con el fuego, no hubiese habido molestia por el humo sin la pared; con la pared, no hubiese habido molestia por el humo sin el fuego. Eliminando la pared o el fuego desaparecería la molestia del humo. Sobre el principio marginal está claro que ambos eran responsables y que ambos debían ser forzados a incluir la pérdida de agrado debida al humo como un costo para decidir si continuar la actividad que daba lugar al humo. Y dada la posibilidad de transacciones de mercado, esto es lo que, en realidad, ocurriría. Aunque el constructor de la pared no era responsable legalmente por la molestia, como el hombre con la chimenea presumiblemente estaría deseoso de pagar una suma igual al valor monetario que tiene para él la eliminación del humo, esta suma se convertiría entonces para el constructor de la pared en un costo para mantener la pared alta, con madera sobre el techo.

El dictamen de los jueces de que era el hombre que encendía el fuego quien causaba la molestia por el humo es verdadero sólo si suponemos que la pared es el factor dado. Esto es lo que los jueces hi-

cieron decidiendo que el hombre que elevó la pared alta tenía un derecho legal a hacerlo. El caso hubiera sido mucho más interesante si el humo hubiese dañado la madera. Entonces, hubiese sido el constructor de la pared quien sufriría el daño. El caso hubiese sido entonces semejante al de *Sturges vs. Bridgman* y hubiese existido poca duda de que el hombre que encendía el fuego era responsable del daño a la madera, a pesar del hecho de que no había ocurrido daño hasta que construyó la pared alta quien tenía la madera.

Los jueces tienen que decidir sobre la responsabilidad legal, pero esto no debe confundir a los economistas sobre la naturaleza del problema económico. En el caso del ganado y la cosecha, resulta evidente que no existiría daño a la cosecha sin el ganado. Es igualmente cierto que no existiría daño a la cosecha sin la cosecha. El trabajo del médico no hubiese sido perturbado si el panadero no hubiese trabajado con su maquinaria; pero la maquinaria no hubiese perturbado a nadie si el médico no hubiese construido su consultorio en esa ubicación particular. Las fibras eran ennegrecidas por el humo proveniente del fabricante de sulfato de amonio; pero no hubiese ocurrido daño si el productor de fibras no hubiese decidido colgar sus fibras en un lugar particular y usar un agente blanqueador específico. Si vamos a discutir el problema en términos de causas, ambas partes causan el daño. Si nos vamos a atener a una asignación óptima de los recursos, es deseable entonces que ambas partes tomen en cuenta el efecto dañino (la molestia) al decidir sobre su curso de acción. Uno de los aspectos positivos de un sistema de precios que opera sin problemas es que, como ya ha sido explicado, la disminución del valor de la producción debida al efecto dañino es un

costo para ambas partes.

*Bass vs. Gregory*<sup>12</sup> servirá como una excelente ilustración final del problema. Los demandantes eran los propietarios y el arrendatario de una hostería llamada *Jolly Anglers*. El demandado era el propietario de algunas casas y un lote vecino a *Jolly Anglers*. Bajo la hostería había un sótano excavado en la roca. En el sótano se había abierto un gran orificio que daba a un viejo pozo ubicado en el lote del demandado. El pozo se transformaba entonces en la ventana de ventilación para el sótano. El sótano había sido “usado para elaboración de cerveza, que sin ventilación no podría llevarse a cabo”. La causa de la acción fue que el demandado quitó una reja de la boca del pozo “de modo de detener el libre paso de aire desde el sótano a través del pozo...” Lo que determinó que el demandado hiciera esta reforma no está muy claro en el informe del caso. Quizá “el aire... impregnado por las operaciones de la elaboración de cerveza” que “pasaba por el pozo y se esparcía en el aire libre” era ofensivo para él. De cualquier modo, decidió eliminar el pozo de su jardín. La Corte tuvo que determinar primero si los propietarios de la hostería tenían derecho a una corriente de aire. Si tenían este derecho, el caso debe ser diferenciado del de *Bryant vs. Lefever* (ya considerado). Esto no presentó dificultades. En este caso, la corriente de aire estaba confinada a un “canal estrictamente definido”. En el caso de *Bryant vs. Lefever*, lo que estaba involucrado era “la corriente de aire común a toda la humanidad”. El juez sostuvo entonces que los propietarios de la hostería podían tener derecho a una corriente de aire, en tanto que el propietario de la casa privada en *Bryant vs. Lefever* no lo tenía. Un economista podría inclinarse a agregar: “pero el aire se movía de todos mo-

<sup>12</sup> 25 Q.B.D. 481 (1890).

dos”. Sin embargo, todo lo que se había decidido en esa etapa de la discusión era que podía haber derecho legal, no que los propietarios de la hostería lo tuviesen. Pero las pruebas demostraron que la ventana del sótano hacia el pozo había existido desde hacía casi 40 años y que el uso del pozo como ventilación debía haber sido conocido por los propietarios del lote, dado que el aire, cuando emergía, olía a las operaciones de la elaboración de cerveza. El juez, por lo tanto, sostuvo que la hostería tenía ese derecho por la “doctrina del privilegio perdido”. Esta doctrina establece “que si un derecho legal se prueba que ha existido y ha sido ejercitado durante un cierto número de años, la ley debe presumir que tuvo un origen legal”<sup>13</sup>. Por lo tanto, el propietario de las casas y el lote tuvo que abrir el pozo nuevamente y soportar el olor.

El razonamiento empleado por la Corte para determinar los derechos legales a menudo parecerá extraño a los economistas porque muchos de los factores sobre los que se toma la decisión son, para el economista, irrelevantes. Debido a esto, situaciones que son, desde el punto de vista del economista, idénticas, serán tratadas muy distintamente por las cortes. El problema económico en todos los casos de efectos nocivos es cómo maximizar el valor de la producción. En el caso de *Bass vs. Gregory* el aire fresco era obtenido a través del pozo que facilitaba la producción de cerveza, pero el aire viciado era expelido a través del pozo que tornaba desagradable la vida en las casas vecinas. El problema económico era decidir qué elegir: un costo más bajo de la cerveza y vida menos agradable en las casas vecinas, o mayor costo de la cerveza y una vida

más agradable. Al decidir esta cuestión “la doctrina del privilegio perdido” es tan relevante como el color de los ojos del juez. Pero debe recordarse que la cuestión inmediata enfrentada por las cortes *no* es lo que se hará, *sino* quién tiene derecho legal a hacerlo. Siempre es posible modificar mediante transacciones de mercado la delimitación legal inicial de los derechos. Y, por supuesto, si tales transacciones de mercado no tienen costo, siempre tendrá lugar la reasignación de los derechos si conduce a un incremento del valor de la producción.

## 6. CONSIDERACIÓN DEL COSTO DE LAS TRANSACCIONES DE MERCADO

Hemos seguido hasta aquí el argumento bajo el supuesto (explícito en las secciones III y IV, y tácito en la sección V) de que no existían costos para llevar a cabo las transacciones de mercado. Este es, obviamente, un supuesto muy irreal. Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario, entre otras cosas, descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente que deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos de que los términos del contrato se observan. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionase

<sup>13</sup> Puede preguntarse por qué no se podría también presumir una pérdida en el caso del panadero que había trabajado con una mezcladora durante más de 60 años. La respuesta es que hasta que el médico construyó el consultorio en el fondo de su jardín, no había molestia. Por lo tanto, la molestia no había durado muchos años. Es cierto que el panadero en su testimonio se refirió a “una señora inválida que ocupó la casa en cierta ocasión”, 30 años antes, “quien le solicitaba si era posible abandonar el uso de las mezcladoras antes de las ocho de la mañana” y que había ciertas pruebas de que la pared del jardín había estado sometida a vibraciones. Pero la Corte tuvo poca dificultad para deshacerse de este argumento: “... esta vibración, aun cuando hubiese existido, era tan débil, y la queja, si es que puede llamarse queja, de la señora inválida... fue tan insignificante que... los actos del demandado no hubiesen dado lugar a ningún procedimiento, ya sea de ley o de equidad” (11, cap. D 863). O sea, el panadero no había molestado, hasta que el médico construyó su consultorio.



sin costos.

En secciones anteriores, cuando tratamos el problema de reordenamiento de los derechos legales a través del mercado, se sostuvo que tal reordenamiento se haría a través del mercado cada vez que esto condujera a un incremento del valor de la producción. Pero esto suponía transacciones de mercado sin costo. Una vez que son tomados en cuenta los costos de llevar a cabo transacciones de mercado, es claro que tal reordenamiento de los derechos sólo se emprenderá cuando el incremento en el valor de la producción a consecuencia del reordenamiento sea mayor que los costos en que se incurriría por este hecho. Cuando es menor, la concesión de un requerimiento judicial (o el conocimiento que se concederá) o la responsabilidad de pagar daños (o puede evitar que se comience) puede hacer que se suspenda una actividad, que se llevaría a cabo si las transacciones de mercado no tuviesen costo. En estas condiciones, la delimitación inicial de los derechos legales tiene un efecto en la eficiencia con que opera el sistema económico. Un ordenamiento de los derechos puede ocasionar un valor mayor de la producción que cualquier otro. Pero si este arreglo de derechos no es establecido por el sistema legal, los costos de alcanzar el mismo resultado alterando y combinando los derechos a través del mercado pueden ser tan grandes que este arreglo óptimo de los derechos, y el mayor valor de la producción que ocasionaría, puede que nunca se logre. El papel desempeñado por las consideraciones económicas en el proceso de delimitar los derechos legales se discutirá en la sección siguiente. En esta sección consideraré la delimitación inicial de los derechos y los costos de llevar a cabo las transacciones de mercado como dadas.

Está claro que una forma alternativa de

organización económica que podría lograr el mismo resultado, a un costo menor que el que se incurriría usando el mercado, permitiría que se aumentase el valor de la producción. Como expliqué hace muchos años, la empresa representa una alternativa a la organización de la producción a través de las transacciones de mercado<sup>14</sup>. Dentro de la empresa individual se eliminan los convenios entre los distintos factores cooperantes en la producción y las transacciones de mercado se substituyen por una decisión administrativa. El reordenamiento de la producción tiene lugar entonces sin necesidad de convenios entre los propietarios de los factores de la producción. Un terrateniente que controla una gran parcela de tierra puede dedicarla a distintos usos teniendo en cuenta el efecto que ejercerán las interrelaciones de las distintas actividades en el rendimiento de la tierra, tornando así innecesarias las negociaciones entre quienes llevan a cabo las distintas actividades. Los propietarios de un gran edificio o de varias propiedades vecinas en una zona dada pueden actuar del mismo modo. En efecto, usando nuestra terminología anterior, la empresa puede adquirir los derechos legales de todas las partes y el reordenamiento de las actividades no se realizaría sobre un reordenamiento de los derechos mediante contrato, sino como resultado de una decisión a nivel administrativo sobre cómo deben usarse los derechos.

Por supuesto, no se deduce que los costos administrativos de organizar una transacción a través de la empresa son inevitablemente menores que los costos de las transacciones de mercado. Pero cuando los contratos son muy difíciles de lograr y el intento de describir lo que las partes han acordado o no hacer (por ejemplo, la cantidad y tipo de humo o ruido que pueden o no hacer) requeriría de un do-

<sup>14</sup> Véase Coase, "The Nature of the Firm", *Económica*, 4 Nueva Serie, (1937), p. 386. Reproducido en *Readings in Price Theory*, (1952), p. 331.

cumento extenso, y donde, como es probable, sería deseable un contrato de larga duración<sup>15</sup>, sería poco sorprendente si la solución adoptada en muchas ocasiones para enfrentar problemas de efectos dañinos no fuese el surgimiento de una empresa o la extensión de las actividades de una empresa existente. Esta solución se adoptaría cuando los costos administrativos de la empresa fueran menores que los costos de las transacciones de mercado que reemplaza y las ganancias que resultarían del reordenamiento de las actividades fuesen mayores que los costos de organizárlas para las empresas. No necesito examinar con gran detalle el carácter de esta solución, ya que la he explicado en mi artículo anterior.

Pero la empresa no es la única solución posible para este problema.

Los costos administrativos de organizar las transacciones dentro de la firma pueden también ser altos, y particularmente cuando se realizan muchas actividades distintas dentro del control de una sola organización. En el caso de la molestia del humo, que puede afectar a un gran número de personas comprometidas en una amplia variedad de actividades, los costos administrativos pueden ser tan altos que hagan imposible cualquier tentativa de manejar el problema dentro de los confines de una sola empresa. Una solución alternativa es la regulación directa por parte del Gobierno.

En vez de instituir un sistema legal que puede ser modificado por transacciones en el mercado, el Gobierno puede imponer regulaciones que establezcan lo que la gente debe hacer o no, y cuáles deben ser obedecidas. Así, el Gobierno (mediante leyes o quizá más probablemente a través de un organismo administrativo) puede encarar el problema de la molestia del humo, decretar que ciertos métodos de

producción deben o no usarse (por ejemplo, que deben instalarse métodos para eliminar el humo o que no debe quemarse carbón o petróleo) o puede confinar algunos tipos de negocios a ciertos distritos (regulación zonal).

El Gobierno es, en cierto sentido, una superempresa (pero de una clase muy especial), ya que es capaz de influir en el uso de los factores de producción mediante decisiones administrativas. Pero la empresa ordinaria está sujeta a controles en sus operaciones debido a la competencia de otras empresas que pueden administrar las mismas actividades a un costo más bajo, y también porque siempre existen las transacciones de mercado como alternativa a la organización dentro de la empresa si los costos administrativos se hacen demasiado grandes. El Gobierno puede, si lo desea, evitar el mercado; lo que una empresa nunca puede hacer. La empresa debe realizar acuerdos de mercado con los propietarios de los factores de producción que usa. Así como el Gobierno puede reclutar o determinar el tamaño de la propiedad, también puede decretar que los factores de producción deben usarse de tal y cual forma. Tal método autoritario evita muchos problemas (para quienes realizan la organización). Además, el Gobierno tiene a su disposición la policía y otros organismos para la observancia de la ley, de modo de asegurarse de que sus medidas son llevadas a cabo.

Está claro que el Gobierno tiene poderes que lo capacitan para obtener ciertas cosas a un costo menor que una organización privada (una sin los poderes especiales del Gobierno). Pero la máquina administrativa del Gobierno no es, en sí misma, sin costo. Puede, en realidad, ser en ocasiones extremadamente costosa. Además, no hay razón para suponer que las regulaciones zonales y restrictivas, realizadas

<sup>15</sup> Por las razones explicadas en mi artículo anterior, véase Readings in Price Theory, n. 14, en p. 337.

por una administración falible sujeta a presiones políticas y operando sin el aliciente competitivo, será necesariamente siempre aquella que incremente la eficiencia con que opera el sistema económico. Además, tales regulaciones generales que deben imputarse a una amplia variedad de casos serán aplicadas en algunos de ellos de forma claramente inadecuada. De estas consideraciones se deduce que la regulación gubernamental directa no necesariamente presentará mejores resultados que la solución de mercado o a través de la empresa. Pero igualmente, no hay razón por la que, en ocasiones, tal regulación administrativa gubernamental no deba conducir a un aumento de la eficiencia económica. Esto parecería particularmente probable cuando, como es normalmente el caso con la molestia por el humo, un gran número de personas son afectadas y en el que, por lo tanto, los costos de manejar el problema a través del mercado o la empresa pueden ser altos. Existe, por supuesto, otra alternativa, que es no hacer nada por el problema. Y aceptado que los costos involucrados en la solución del problema mediante las regulaciones de la máquina administrativa gubernamental serán a menudo pesados (particularmente si los costos incluyen todas las consecuencias que se deducen de la dedicación del Gobierno a este tipo de actividad), sin duda que la ganancia que provenga de la regulación de las acciones que dan lugar a los efectos nocivos será menor que los costos asociados a la regulación del Gobierno.

La discusión, en esta sección, del problema de los efectos nocivos (cuando se toman en cuenta los costos de las transacciones de mercado) es muy inadecuada. Pero, por lo menos, se ha aclarado que el problema es elegir los arreglos sociales adecuados para manejar los efectos nocivos. Todas las soluciones tienen costos y no hay razón para suponer que la regu-

lación del Gobierno será beneficiosa, aunque el problema no esté bien manejado por el mercado o por la empresa. Visiones satisfactorias de política sólo pueden provenir de un estudio consciente de cómo el mercado, las empresas y el Gobierno manejan, en la práctica, el problema de los efectos nocivos.

Los economistas siempre necesitan estudiar el trabajo del “broker” al acercar las partes, la efectividad de convenios restrictivos, los problemas del desarrollo en gran escala de la compañía, la operación de las zonificaciones del Gobierno y otras actividades reguladoras. Creo que los economistas, y en general los que delinean la política, han tendido a sobrestimar las ventajas que provienen de la regulación gubernamental. Pero esta creencia, aun si se justificara, no hace más que sugerir que las regulaciones del Gobierno deben disminuirse. No nos dice dónde debe dibujarse la línea límite. Esto, me parece, debe provenir de una investigación detallada de los resultados concretos de abordar el problema en distintas formas. Pero sería desafortunado que esta investigación fuese realizada con la ayuda de un análisis económico erróneo. La meta de este artículo es indicar cuál debiera ser el enfoque económico del problema.

## 7. LA DELIMITACIÓN LEGAL DE LOS DERECHOS Y EL PROBLEMA ECONÓMICO

La discusión de la sección V no sólo sirvió para ilustrar el argumento, sino también para echar una ojeada al enfoque legal del problema de los efectos nocivos. Todos los casos considerados eran ingleses, pero podría hacerse fácilmente una selección similar de casos norteamericanos y el

carácter del razonamiento hubiese sido el mismo. Por supuesto, si las transacciones del mercado fueran gratuitas, todo lo que importaría (aparte de las cuestiones de equidad) es que los derechos de las distintas partes debieran estar bien definidos y los resultados de las acciones legales fáciles de pronosticar. Pero, como hemos visto, la situación es muy diferente cuando las transacciones de mercado son tan costosas como para hacer difícil cambiar el ordenamiento de los derechos establecidos por la ley. En tales casos, la justicia influye directamente en la actividad económica. Parecería entonces deseable que las cortes comprendieran las consecuencias económicas de sus decisiones y pudieran, en la medida en que esto sea posible, sin crear demasiada incertidumbre acerca de la tesis de la ley en sí misma, tomar en cuenta estas consecuencias cuando adoptan sus decisiones. Aun cuando sea posible cambiar la delimitación legal de los derechos a través de las transacciones de mercado, es obviamente deseable reducir las necesidades de tales transacciones y reducir así el empleo de recursos para llevarlas a cabo.

Un examen completo de las presunciones de la justicia al juzgar tales casos sería de gran interés, pero no me ha sido posible tratar de hacerlo. Sin embargo, está claro en un rápido estudio, que las cortes a menudo han reconocido las consecuencias económicas de sus decisiones y conocen (a diferencia de muchos economistas) la naturaleza recíproca del problema. Además, de tiempo en tiempo toman en cuenta para adoptar sus decisiones estas consecuencias económicas, junto con otros factores. Los escritores norteamericanos sobre esta materia se refieren a la cuestión de una forma más explícita que

los británicos. Así, para citar a Prosser sobre agravios (*Torts*), una persona:

[puede] usar su propiedad o... conducir sus asuntos provocando algún daño en sus vecinos. Puede operar una fábrica cuyo ruido y humo causen alguna incomodidad a los demás, mientras se mantenga dentro del límite de lo razonable. Sólo cuando su conducta es irrazonable, *a la luz de su utilidad y el daño que resulta* [sin cursiva en el original], se transforma en una molestia... Como se dijo en un antiguo caso respecto de la fabricación de velas en una ciudad, '*Le utility del chose excusera le noisomeness del stink*'.

El mundo debe tener fábricas, fundiciones de metales, refinerías de petróleo, maquinaria ruidosa y quemaderos aun a expensas de algún inconveniente para los vecinos y el demandante puede ser obligado a aceptar alguna incomodidad razonable en aras del bienestar general<sup>16</sup>.

Los escritores británicos no establecen tan explícitamente que una comparación entre la utilidad y el daño producido es un elemento para decidir si un efecto nocivo debe ser considerado como una molestia. Pero pueden hallarse enfoques similares, aun cuando sean expresados menos enfáticamente<sup>17</sup>. La doctrina de que el efecto dañino debe ser substancial para que actúe la justicia es, sin duda, en parte un reflejo del hecho de que casi siempre habrá alguna ganancia que compensará el daño. Y en los informes de casos individuales surge claramente que los jueces han tenido en mente lo que se perdería y, al mismo tiempo, lo que se ganaría al decidir si se accede a una demanda o solicitud de compensación de daños. Así, al rechazar evitar la destrucción de un paisaje por un nuevo edificio, el juez expresó:

<sup>16</sup> Véase W. L. Prosser, *The Law of Torts* (2a ed., 1955) pp. 398-399, 412. La cita sobre el antiguo caso de la fabricación de velas se ha tomado de Sir James Fitzjames Stephen, *A General View of the Criminal Law of England* (1890) p.106. Sir James Stephen no da referencias. Quizá tenía en mente *Rex vs. Ronkett*, incluido en Seavey, Keeton y Thurston, *Cases on Torts* (1950) p. 604. Un enfoque similar al expresado por Prosser se encuentra en F. W. Harper y F. James, *The Law of Torts* (1956) pp. 67-74; *Restatement, Torts* 826, 827 y 828.

<sup>17</sup> Véase Winfield sobre *Torts* 6 a ed. (T. E. Lewis, 1954) pp. 541-548; Salmond sobre *Law of Torts*, 12a ed., (R. F. V. Heuston, 1957) pp. 181-190; H. Street, *The Law*.

No conozco ninguna regla de derecho común que... diga que el construir de tal modo que se prive del paisaje a otro sea una molestia. Si ese hubiese sido el caso, no podrían existir grandes ciudades; y debería requerir judicialmente a todos los nuevos edificios de esta ciudad<sup>18</sup>...

**En *Webb vs. Bird*<sup>19</sup> se decidió que no era una molestia construir una escuela tan cerca de un molino de viento como para obstruir las corrientes de aire y estorbar el funcionamiento del molino. Un caso anterior parece haber sido decidido en dirección opuesta. Gale comentó:**

En los viejos mapas de Londres una fila de molinos de viento aparece en las alturas hacia el norte de Londres. Probablemente, en la época del rey Jacobo se consideró que era una circunstancia alarmante, que afectaría al abastecimiento de aumentos de la ciudad, que alguien construyera tan cerca de ellos que quitara el viento a sus aspas<sup>20</sup>.

En uno de los casos discutidos en la sección V, *Sturges vs. Bridgman*, aparece claro que los jueces estaban pensando en las consecuencias económicas de las decisiones alternativas. Al argumento de que si el principio que parecían estar siguiendo era llevado hasta sus consecuencias lógicas produciría los más serios inconvenientes prácticos, ya que un hombre podría ir -digamos al medio de las tenerías de Bermondsey o a cualquiera otra localidad relacionada con un comercio o manufactura particular de carácter ruidoso o insalubre, y construyendo una residencia privada en un lote libre pondría fin a dicho comercio o manufactura,

**los jueces contestaron que:**

si algo es o no una molestia es un elemento a determinarse, no solamente una consideración abstracta de la cosa en sí misma, sino con referencia a sus circunstancias; lo que sería una molestia en Belgrave Square no lo sería necesariamente en Bermondsey, y donde una localidad se dedica a un comercio o una manufactura particular, llevada a cabo por los comerciantes o fabricantes en una forma particular y establecida que no constituye una molestia pública, los jueces y jurados estarán en lo cierto al hallar que el comercio o manufactura así llevado a cabo en esa localidad no es un mal privado punible<sup>21</sup>.

**Que el carácter del vecindario es relevante para decidir si algo es o no una molestia, es algo definitivamente establecido:**

A quien le disguste el ruido del tránsito no debe fijar su residencia en el corazón de una gran ciudad. Quien ama la paz y la quietud no debe vivir en un lugar dedicado al negocio de la fabricación de calderas o barcos de vapor<sup>22</sup>.

Lo que ha surgido se ha descrito como “planeamiento y zonificación por parte de la administración judicial”<sup>23</sup>. Por supuesto, existen a veces considerables dificultades para aplicar el criterio<sup>24</sup>.

***“La doctrina de que el efecto dañino debe ser substancial para que actúe la justicia es, sin duda, en parte un reflejo del hecho de que casi siempre habrá alguna ganancia”***

<sup>18</sup> *Attorney General vs. Doughty*, 2 Ves. Sen. 453, 28 Eng. Rep. 290 (cap.1752). Compárese lo dicho por un juez americano, citado en Prosser, op. cit., supra n. 16, en 413 n. 54; “*Sin humo, Pittsburgh hubiese sido una linda villa*” Musmanno, I, en *Versailles Borough vs. McKeesport Coal & Coke Co.*, 1935, 83 Pitts. Leg. J.379, 385.

<sup>19</sup> 10 C. B. (N. S.) 268, 142 Eng. Rep. 445 (1861); 13 C. B. (N. S.) 841, 143 Eng. Rep. 332 (1863).

<sup>20</sup> Véase Gale, en *Easements* 238, n. 6, 13» ed. (M. Bowles, 1959).

<sup>21</sup> 11 cap. D, 865 (1879).

<sup>22</sup> Salmond, en *Law of Torts*, 12» ed. (R. F. V. Heuston, 1957), p.182.

<sup>23</sup> C. M. Haar, *Land-Use Planning. A Casebook on the Use, Misuse, and Re-use of Urban Land* (1959), p. 95.

<sup>24</sup> Véase, por ejemplo, *Rushmer vs. Polsue and Alfieri, Ltd.* [1906] 1 cap. 234 que presenta el caso de una casa en una ubicación silenciosa, en un distrito ruidoso.

Un ejemplo interesante del problema se halla en *Adams vs. Ursel*<sup>25</sup>, en el cual un negocio de pescado frito en un distrito de clase trabajadora se levantó cerca de casas de “mucho mejor carácter”. Inglaterra sin pescado y papas fritas es una contradicción y el caso revistió gran importancia. El juez comentó:

Se recomendó que una demanda causaría un gran daño al demandado y a la gente pobre que compraba comida en este negocio. La respuesta es que no se deduce que el demandado no pueda trasladar su negocio a otro lugar más adecuado en otra parte del barrio. No se deduce de ningún modo que porque un negocio de pescado frito sea una molestia en un lugar, lo sea en cualquier otro.

En realidad, la demanda que prohibía al señor Ursell continuar con su negocio no se extendió a toda la calle. Por lo que presumiblemente pudo trasladarse a otro lugar cerca de casas de “mucho peor carácter”, cuyos habitantes, sin duda, considerarían que la disponibilidad de pescado y papas fritas compensaba el olor molesto, y la “niebla” descrita tan gráficamente por el demandante. Si no hubiese habido un “lugar más adecuado en el vecindario”, el caso hubiese sido más difícil y la decisión podría haber resultado diferente. ¿Qué hubiese tenido “la gente pobre” para comer? Ningún juez inglés les hubiese dicho: “Que coman tortas”.

Las cortes no siempre se refieren muy claramente al problema económico señalado por los casos que se les presentan, pero parece probable que de la interpretación de palabra y frases tales como “razonable” o “uso común u ordinario” surja algún reconocimiento, quizá inconsciente y ciertamente no muy explícito, de los aspectos económicos de la cuestión tratada.

Un buen ejemplo sería el juicio en la Corte de Apelaciones del caso *Andreae vs. Selfridges and Company Ltd*<sup>26</sup>. En este caso, un hotel (en Wigmore Street) estaba situado al lado de una obra abandonada. Lo que quedaba de dicha obra fue adquirido por Selfridges, quien demolió el edificio existente para levantar otro en su lugar. El hotel sufrió pérdida de clientela como consecuencia del ruido y el polvo causados por la demolición. El propietario del hotel inició acción contra Selfridges por daños. En el juzgado de menor instancia el hotel fue recompensado con £ 4.500 por daños. El caso fue apelado luego.

El juez que había fallado a favor del propietario del hotel en el primer juzgado dijo:

No puedo considerar lo que los demandados hicieron en la obra como algo común en el uso y ocupación ordinaria de tierras o casas. Tampoco es usual ni común en este país que la gente excave un baldío hasta una profundidad de 60 pies y luego levante una estructura de acero y asegure dicha estructura con remaches... ni creo que es un uso común u ordinario de la tierra, en este país, actuar como los demandados lo hicieron cuando realizaron la segunda operación -a saber: demoler todas las casas que tenían que demoler, creo que cinco o seis, si no más, y usar para la demolición martillos neumáticos.

Sir Wilfred Greene, M. R., hablando por la Corte de Apelaciones, observó primero:

Que cuando se está tratando con operaciones temporales, tales como demolición, reconstrucción, todos tienen que soportar cierta cantidad de incomodidad porque las operaciones de este tipo no pueden llevarse a cabo sin ruido o una cierta cantidad

<sup>25</sup> [1913] 1 cap. 269.

<sup>26</sup> [1938] 1 cap. 1.

de polvo. Por lo tanto, la ley respecto de la interferencia debe leerse sujeta a esta salvedad...

### Se refirió luego al juicio anterior:

Con gran respeto al juez, creo que no ha enfocado la materia desde el ángulo correcto. Me parece que no es posible decir... que el tipo de demolición, excavación y construcción que había iniciado la compañía del demandado era tan anormal o inusual como para evitar la salvedad a que me he referido. Me parece que, cuando la regla habla de uso común u ordinario de la tierra, no significa que los métodos de uso de la tierra y la construcción sobre la misma vayan a estar establecidos para siempre. Al correr del tiempo, nuevos inventos o nuevos métodos permiten que la tierra sea mejor usada, ya sea cavando en la tierra o elevándose al cielo. Si, desde otros puntos de vista, esto es algo deseable para la humanidad no se va a tratar aquí; pero es parte del empleo normal de la tierra usarla, en cuanto a construcción, en el tipo particular que se desee y en la profundidad de cimientos y altura de la construcción que parezca razonable, en las circunstancias y en vista del progreso actual... Los huéspedes de los hoteles se disgustan muy fácilmente. La gente que venía a este hotel, que estaba acostumbrada al lugar tranquilo, al volver y hallar la demolición y la construcción pueden muy bien haber considerado que el mérito particular de este hotel no existía ya. Eso sería un infortunio para el demandante; pero suponiendo que no había nada malo en los trabajos de la compañía del demandado, suponiendo que se estaba llevando a cabo la demolición y la construcción, aun produciendo ruido pero con la habilidad razonable, y tomando todas las precauciones necesarias para no causar molestias a sus vecinos, entonces el demandante puede

perder todos sus clientes en el hotel, porque han perdido la atracción de un lugar tranquilo, pero no tiene causa para quejarse...

Pero quienes dicen que la reducción del confort de los vecinos se justifica porque sus operaciones son normales y usuales y están conducidas con cuidado y habilidad tienen el deber pacífico... de usar ese cuidado y esa habilidad. No es una actitud correcta decir: "¡Continuaremos y haremos lo que nos gusta hasta que alguien se queje!"... Su deber es tomar las precauciones debidas y cuidar que la molestia se reduzca a un mínimo. Y no pueden responder: "Pero esto significaría que tendremos que hacer el trabajo más lentamente que lo que nos gustaría hacerlo, o nos acarrearía gastos extras". Todas estas cuestiones son de sentido común y no sería razonable esperar que la gente realizara su trabajo tan lentamente o con tantos gastos, con el fin de evitar un inconveniente transitorio tal que el costo y el trabajo serían prohibitivos... En este caso, la actitud de la compañía del demandado parece haber continuado hasta que alguien se quejó y, además, que su deseo de apurar el trabajo y conducirlo, de acuerdo con sus ideas y conveniencias, prevalecería si existiese un conflicto real entre esto y la comodidad de sus vecinos. Que... no está realizando la obligación de aplicar cuidado y habilidad razonables... El efecto resulta ser... el demandante sufre una molestia digna de demanda... tiene derecho, no a una suma nominal, sino a una suma substancial, basada en aquellos principios..., pero para llegar a esta suma... he descontado toda pérdida de clientela... que podría deberse a la pérdida general de atracciones por lo que estaba ocurriendo en el lugar...

**El resultado final fue que los daños se redujeron de £ 4.500 a £ 1.000.**

**Las discusiones de esta sección se han referido, hasta aquí, a las decisiones de la**

Corte que surgen del derecho común respecto de las molestias. La delimitación de derechos en esta área también proviene de leyes. La mayoría de los economistas parecería que creen que la finalidad de la acción gubernamental en este campo debe rebasar la competencia de la ley sobre molestias (*law of nuisance*) designando como actividades molestas las que no serían reconocidas como tales por el derecho consuetudinario (*common law*). Y no puede haber duda de que algunas leyes, por ejemplo, las de Salud Pública, han tenido este efecto. Pero no todas las disposiciones del Gobierno son de esta clase. El efecto de mucha legislación en esta área es proteger a los negocios de las demandas de quienes han sido dañados por sus actividades. Existe una larga lista de molestias legalizadas.

La posición ha sido resumida en *Halsbury's Laws of England* del siguiente modo: Cuando la legislación decide que una cosa puede, en todos los casos, hacerse o autoriza ciertos trabajos en un lugar dado con un fin específico, o garantiza poderes con la intención de que se ejerciten, aunque deje abierto el modo de ejercitarlos, ninguna acción se ejercerá por derecho común por molestia o daño que sea el resultado indispensable de llevar a cabo los poderes legales así conferidos. Esto es así ya sea que el acto que cause el daño se autorice para fines públicos o para beneficio privado. Los actos realizados bajo poderes otorgados por personas en quienes el Parlamento ha delegado autoridad para ejercer dichos poderes, por ejemplo, por órdenes provisionales de la Comisión de Comercio, se consideran como que han sido realizadas bajo autoridad legal. En ausencia de negligencia, parece que un cuerpo que ejercite poderes legales no será responsable de una acción

sólo porque pueda, actuando en una forma diferente, haber minimizado un daño.

**Se dan a continuación ejemplos de exención de responsabilidad por actos autorizados:**

Una acción se ha sostenido que no está en contra del cuerpo que ejercita sus poderes legales sin negligencia con respecto a la inundación de tierra por aguas que escapan de cursos de agua, de tuberías de agua, de drenajes, o de un canal; las emanaciones provenientes de alcantarillas; de las aguas residuales de las alcantarillas: el hundimiento de un camino encima de una alcantarilla; vibración o ruido causado por un ferrocarril; incendios causados por acciones autorizadas; la contaminación de un arroyo cuando se han satisfecho los requisitos legales para usar el mejor método conocido de purificación antes de descargar en el afluente; interferencia con un sistema de teléfonos o telégrafos por un tranvía eléctrico; la introducción de postes para tranvías en el subsuelo; las molestias causadas por cosas razonablemente necesarias para la excavación de trabajos autorizados; daño accidental causado por la ubicación de una reja en la calzada; el escape de ácido del alquitrán; o interferencia al acceso por una protección de calzada o barreras de seguridad en el borde de un pavimento<sup>27</sup>.

**La tesis de la ley en Estados Unidos parecería ser esencialmente la misma que en Inglaterra, salvo que el poder de las legislaturas para autorizar lo que serían molestias bajo el derecho consuetudinario (*common law*), por lo menos sin dar compensación a la persona perjudicada, es más limitado, ya que está sujeto a restricciones constitucionales<sup>28</sup>. Sin embargo, el poder existe y pueden encontrarse casos más o menos idénticos a los de Inglaterra. La cuestión ha surgido en conexión**

<sup>27</sup> Véase 30, Halsbury, Law of England, 3a ed. (1960) pp. 690-691, artículo sobre las Autoridades Públicas y los Funcionarios Públicos.

<sup>28</sup> Véase Prosser, op. cit., supra n. 16 en p. 421; Harper y James, op. cit., supra n. 16, en pp. 86-87.



con los aeropuertos y las operaciones de aviones. El caso de *Delta Air Corporation vs. Kersey, Kersey vs. City of Atlanta*<sup>29</sup> es un buen ejemplo. El señor Kersey compró tierra y construyó una casa allí. Algunos años después, la ciudad de Atlanta construyó un aeropuerto en la tierra inmediatamente vecina a la de Kersey. Se explicó que su propiedad tenía “una ubicación tranquila, pacífica y adecuada para una casa antes de que se construyese el aeropuerto, pero el polvo, los ruidos y el vuelo bajo de los aviones determinado por las actividades del aeropuerto han convertido a esta propiedad en inadecuada para hogar”, Estado de cosas que fue descrito en el informe del caso con numerosos detalles. El juez primero se refirió a un caso anterior, *Thrasher vs. City of Atlanta*<sup>30</sup>, en el cual se hizo notar que la ciudad de Atlanta había sido expresamente autorizada a construir un aeropuerto.

Mediante esta franquicia la aviación fue reconocida como un negocio legal y también como una empresa afectada por el interés público... todas las personas que usan [el aeropuerto] en la forma prevista por la ley están dentro de la protección e inmunidad de la franquicia garantizada por la municipalidad. Un aeropuerto no es una molestia por sí mismo, aunque puede transformarse en tal por la forma de su construcción u operación.

Dado que la aviación era un negocio legal que afectaba al interés público y que la construcción del aeropuerto estaba autorizada por ley, el juez se refirió luego a *Georgia Railroad and Banking Co. vs. Madrox*<sup>31</sup>, en lo que había dicho:

Cuando se ubica una terminal de ferrocarril y su construcción es autorizada bajo poderes legales, si está construida y operada en una forma adecuada, no puede juzgársela una molestia. De acuerdo con ello, las

molestias e inconvenientes de las personas que residen cerca de dicha terminal, por el ruido de locomotoras, de los vagones, las vibraciones que se producen, el humo, carboncillo, hollín y similares, que resultan del uso común y necesario, y por lo tanto adecuado, de tal lugar, no son molestias, sino que son concomitantes necesarios de la franquicia otorgada.

En vista de ello, el juez decidió que el ruido y el polvo del que se quejaba el señor Kersey “pueden ser considerados incidentales a la operación adecuada de un aeropuerto, y por lo tanto, no puede decirse que constituyan una molestia”. Pero la queja contra el bajo vuelo de los aviones fue diferente:

...puede decirse que los vuelos... a una altura de 25 o 50 pies por encima de la casa del señor Kersey son inminentemente peligrosos para... la vida y la salud... ¿son un concomitante necesario de un aeropuerto? No consideramos que esto pueda contestarse afirmativamente. No hay ninguna razón por la cual la ciudad no pueda tener tierra de una extensión (suficientemente grande)... como para no necesitar tales vuelos bajos... Por conveniencia pública de los propietarios de las tierras vecinas deben sufrir inconvenientes tales como el ruido y el polvo como resultado de la operación usual y adecuada de un aeropuerto, pero sus derechos privados tienen preferencias a los ojos de la ley cuando el inconveniente no es uno que se demande por un aeropuerto construido y operado adecuadamente.

Por supuesto, esto suponía que la ciudad de Atlanta podía evitar el vuelo bajo y continuar operando el aeropuerto. El juez, por lo tanto, añadió:

De todo esto parece desprenderse que las condiciones que causan el vuelo bajo pueden remediarse; pero si en el juicio apa-

<sup>29</sup> Suprema Corte de Georgia 193. Ga. 862, 20 S. E. 2a 245 (1942).

<sup>30</sup> 178 Ga 514, 173 S.E. 817 (1934).

<sup>31</sup> 116 Ga. 64, 42 S.E. 315 (1902).

rece que es indispensable al interés público que el aeropuerto continúe operando en las condiciones presentes, puede decirse que al peticionario se le negará toda compensación.

En el curso de otro caso sobre aviación, *Smilh vs. New England Aircraft Co.*<sup>32</sup>, la corte estudió la ley estadounidense respecto de la legalización de molestias y es evidente que, en el fondo, es muy similar a la de Inglaterra:

Es función del departamento legislativo del Gobierno en ejercicio del poder fiscalizador considerar los problemas y riesgos que surgen del uso de nuevos inventos e intentar ajustar los derechos privados y armonizar los intereses conflictivos mediante leyes generales para el bienestar público... Existen... analogías donde la invasión del espacio aéreo con ruido, humo, vibraciones, polvo y olores desagradables, habiendo sido autorizada por el departamento legislativo del Gobierno y no siendo en efecto una condena de la propiedad, aunque en alguna medida deprecie su valor de mercado, debe ser soportado por el propietario de la tierra sin compensación o remedio. La sanción legislativa transforma en legal lo que de otro modo sería una molestia. Ejemplos de esto son los daños a las tierras adyacentes que se originan por el humo, la vibración y los ruidos por la operación de un ferrocarril..., el ruido de las sirenas de las fábricas..., la disminución de molestias..., la instalación de máquinas de vapor y hornos...; olores desagradables por alcantarillas, refinación de petróleo y almacenamiento de nafta...

**La mayoría de los economistas parecen desconocer todo esto. Cuando no pueden dormir de noche por el ruido de los aeroplanos sobre sus cabezas (autorizados**

públicamente y quizá operados públicamente), no son capaces de pensar (o de descansar) durante el día por el ruido y vibración de los trenes que pasan (autorizados y quizá operados públicamente), hallan difícil poder respirar debido al olor proveniente de una alcantarilla (autorizada y quizá operada públicamente) y no pueden escapar porque los caminos están bloqueados por una obstrucción (sin duda, causada por alguna autoridad pública), sus nervios se quiebran y su equilibrio mental se perturba y proceden a reclamar por las desventajas de la empresa privada y la necesidad de regulación gubernamental.

En tanto que la mayoría de los economistas parecen estar equivocados respecto del carácter de la situación que están atravesando, ocurre también que las actividades que les gustaría que cesaran o fueran restringidas pueden ser justificables socialmente. Todo es cuestión de sopesar las ganancias que se producirían por la eliminación de estos efectos dañinos con las ganancias que se perciben por permitir que continúen. Por supuesto, es probable que una prolongación de la actividad económica gubernamental conduzca, a menudo, a esta protección contra la acción por daños, llevada más allá de lo deseable. Por un lado, el Gobierno mira con ojos benévolos a las empresas que está promocionando. Por otro lado, es posible describir una molestia causada por la empresa pública en forma mucho más agradable que cuando la misma cosa es realizada por una empresa privada.

Según las palabras del Lord de Justicia, Sir Alfred Denning:

...el significado de la revolución social de hoy es que, mientras en el pasado la ba-

<sup>32</sup> 270 Mass. 511, 170 N.E. 385, 390 (1930).

lanza se inclinaba demasiado a favor de los derechos de la propiedad y libertad de contrato, el Parlamento ha intervenido repetidamente para dar al bien público su lugar adecuado<sup>33</sup>.

No caben dudas de que el Estado benefactor traerá probablemente una extensión de la inmunidad de responsabilidad por daños, que los economistas han tenido el hábito de condenar (aunque han tendido a suponer que esta inmunidad era un signo de muy poca intervención del Gobierno en el sistema económico). Por ejemplo, en Gran Bretaña, los poderes de las autoridades locales se consideran absolutos o condicionales. En la primera categoría, la autoridad local no tiene discreción en el ejercicio del poder conferido. “El poder absoluto puede decirse que cubre todas las consecuencias necesarias de su operación directa, aun cuando tales consecuencias provoquen una molestia.” Por otro lado, un poder condicionado sólo puede ejercitarse en tal forma que las consecuencias no constituyan una molestia.

Es la intención de la legislatura la que determina si un poder es absoluto o condicional... Como existe la posibilidad de que la política social de la legislatura pueda cambiar de tiempo en tiempo, un poder que en una etapa puede considerarse condicional, puede en otra interpretarse como absoluto, para alcanzar la política del Estado benefactor. Este punto debe tenerse en mente cuando se consideren algunos antiguos casos sobre este aspecto de la ley de las molestias<sup>34</sup>.

Parecería deseable resumir el contenido en esta larga sección. El problema que enfrentamos al manejar acciones que tienen efectos dañinos no es sencillamente res-

tringir a los responsables de los mismos. Lo que debe decidirse es si la ganancia por evitar el daño es mayor que la pérdida que se sufriría de otro modo, como resultado de detener la acción que produce el daño. En un mundo donde hay costos de reordenar los derechos establecidos por el sistema legal, la justicia, en casos relativos a molestias, está tomando decisiones económicas sobre cómo han de emplearse los recursos. Se sostuvo que las cortes están conscientes de esto y que a menudo realizan, aunque no siempre en una forma muy explícita, una comparación entre lo que se ganaría y lo que se perdería evitando las acciones que tienen efecto dañino. Pero la delimitación de derechos es también resultado de leyes. Aquí también hallamos pruebas de la aplicación de la naturaleza recíproca del problema. En tanto que las leyes se agregan a la lista de molestias, la acción es también tomada para legalizar lo que, de otro modo, serían molestias para el derecho consuetudinario. La clase de situaciones que los economistas están dispuestos a considerar como que requieren la acción correctiva del Gobierno son, en realidad, el resultado de la acción gubernamental. Tales acciones no son necesariamente desacertadas. Pero existe el peligro real de que la intervención extensiva del Gobierno en el sistema económico puede conducir a la protección de los responsables de los efectos dañinos.

***“El poder absoluto puede decirse que cubre todas las consecuencias necesarias de su operación directa, aun cuando tales consecuencias provoquen una molestia”***

<sup>33</sup> Véase Sir Alfred Denning, *Freedom Under the Law* (1949), p. 71.

<sup>34</sup> M. B. Cairns, *The Law of Tort in Local Government* (1954), pp. 28-32.

## 8. EL TRATAMIENTO DE PIGOU EN “LA ECONOMÍA DEL BIENESTAR”

El origen del análisis moderno del problema discutido en este artículo es la obra de Pigou *Economics of Welfare* y en particular la sección de la parte II que se refiere a la divergencias entre los productos netos privado y social, que surgen debido a que una persona A, al prestar algún servicio, por el que se realiza un pago a una segunda persona B, incidentalmente también presta servicios a otras personas (no productoras de servicios semejantes), de tal clase que no se puede solicitar pago a las partes beneficiadas o compensación para las partes perjudicadas<sup>35</sup>.

Pigou dice que el propósito de la parte II de su libro es averiguar hasta dónde el libre juego del propio interés, actuando bajo el sistema legal existente, tiende a distribuir los recursos del país en la forma más favorable para la producción de un gran dividendo nacional, y en qué medida es posible que la acción del Estado mejore las tendencias “naturales”<sup>36</sup>.

A juzgar por la primera parte de su expresión, el propósito de Pigou es descubrir si pueden realizarse mejoras en los ordenamientos existentes que determinan el uso de recursos. Dado que la conclusión de Pigou es que pueden mejorar, podríamos haber esperado que continuara diciendo que se proponía establecer los cambios necesarios para que ello ocurra. En vez de ello, Pigou agrega una frase que contrasta las tendencias “naturales” con la acción del Estado, que parece, en algún sentido,

igualar los ordenamientos presentes con las tendencias “naturales” e implicar que lo que se requiere para ocasionar estas mejoras es la acción del Estado (si es posible). Esta es, más o menos, la posición de Pigou que se desprende del capítulo I de la parte II<sup>37</sup>. Pigou comienza refiriéndose a los “optimistas seguidores de los economistas clásicos”<sup>38</sup> que han sostenido que el valor de la producción se maximizaría si el Gobierno no realizara ninguna interferencia en el sistema económico y los ordenamientos económicos fueran los que nacen “naturalmente”. Pigou continúa diciendo que si el interés propio promueve el bien estar económico, ello se debe a que las instituciones humanas han sido creadas para hacerlo así. (Esta parte del argumento de Pigou, que desarrolla con ayuda de una cita proveniente de Cannan, me parece correcta.) Pigou concluye:

Pero aun en los Estados más avanzados hay fracasos e imperfecciones... existen muchos obstáculos que evitan que los recursos de una comunidad se distribuyan... en la forma más eficiente. El estudio de esto constituye nuestro problema presente... sus fines son esencialmente prácticos. Este busca aclarar algunas de las formas en que los gobiernos pueden actualmente o en el futuro controlar el juegos de las fuerzas económicas de modo de promover el bienestar económico, y, a través de ello, el bienestar total de sus ciudadanos como un todo<sup>39</sup>.

El pensamiento básico de Pigou parecería ser: algunos han sostenido que no se necesita acción estatal. Pero el sistema se ha comportado tan bien como lo ha hecho debido a la acción estatal. Sin embargo, subsisten aún imperfecciones. ¿Qué acción adicional del Estado se necesita?

<sup>35</sup> A. C. Pigou, *The Economics of Welfare* (4ª ed., 1932) p. 183. Mis referencias aludirán siempre a la cuarta edición, pero el argumento y los ejemplos examinados en este artículo permanecieron substancialmente sin cambios desde la primera edición en 1920 hasta la cuarta en 1932; una gran parte (pero no todo) de este análisis, había aparecido anteriormente en *Wealth and Welfare* (1912).

<sup>36</sup> *Ibidem*, en xii.

<sup>37</sup> *Ibidem*, en pp. 127-130.

<sup>38</sup> En *Wealth and Welfare*, Pigou atribuye el “optimismo” al mismo Adam Smith y no a sus seguidores. Allí se refiere a la “teoría sumamente optimista de Adam Smith de que el dividendo nacional, en circunstancias dadas de demanda y oferta, tiende ‘naturalmente’ a un máximo” (p. 104).

<sup>39</sup> Pigou, *op. cu.*, supra n. 35, en pp. 129-130.

*“Pigou dice que el propósito de la parte II de su libro es averiguar hasta dónde el libre juego del propio interés, actuando bajo el sistema legal existente, tiende a distribuir los recursos del país en la forma más favorable para la producción de un gran dividendo nacional, y en qué medida es posible que la acción del Estado mejore las tendencias “naturales” ”*

Si este es un resumen correcto de la posición de Pigou, puede demostrarse su imperfección examinando el primer ejemplo que da sobre una divergencia entre el producto social y privado.

Puede suceder... que ciertos costos recaigan sobre personas a las que no les conciernen en forma directa, por ejemplo, los daños a bosques de los alrededores por chispas provenientes de las locomotoras. Todos estos efectos deben incluirse -algunos de ellos serán positivos, otros negativos- al registrar el producto social neto del incremento marginal de cualquier volumen de recursos asignado a cierto uso o lugar<sup>40</sup>.

El ejemplo usado por Pigou se refiere a una situación real. En Gran Bretaña el ferrocarril normalmente no tiene que indemnizar a quienes sufren daño por incendios causados por las chispas provenientes de una locomotora. Tomado conjuntamente con el capítulo 9 de la parte II, deduzco que las recomendaciones de política de Pigou son, primero, que debie-

ra haber acción estatal para corregir esta situación “natural”, y, segundo, que el ferrocarril debiera ser forzado a compensar a las personas cuyos bosques son quemados. Si esta es una interpretación correcta de la posición de Pigou, yo sostendría que la primera recomendación se basa en un error de interpretación de los hechos y que la segunda no es necesariamente deseable. Consideremos la tesis de la ley. Bajo el encabezamiento de “chispas de las locomotoras”, encontramos lo siguiente en las leyes de Halsbury, de Inglaterra:

Si los dueños de los ferrocarriles usan locomotoras a vapor sin autorización legal expresa, son responsables, sin tener en cuenta las negligencias de su parte, de los incendios causados por las chispas de las locomotoras. Los dueños de los ferrocarriles, sin embargo, generalmente cuentan con autorización para usar dichas locomotoras; por lo tanto, si una locomotora está construida con las precauciones que sugiere la ciencia para prevenir incendios y se usa sin negligencia, no son responsables en el derecho consuetudinario por ningún daño que puedan ocasionar las chispas... En la construcción de una locomotora el dueño está obligado a usar todos los descubrimientos que la ciencia ha puesto a su alcance, para evitar daños, supuesto que son tales que es razonable pedir a la compañía que los adopte, considerando la probabilidad del daño y el costo y conveniencia del remedio; pero no es negligencia de parte de un dueño si rechaza usar un aparato cuya eficiencia está sujeta a duda.

Ante esta regla general, hay una excepción legal que surge de la ley del ferrocarril (incendios), 1905, enmendada en 1923. Se refiere a las tierras agrícolas o a las cosechas.

En tal caso, el hecho de que la locomotora sea usada bajo derechos legales no

<sup>40</sup> ídem, en p. 134

afecta la responsabilidad de la compañía en una acción por daños... Estas disposiciones, sin embargo, sólo se aplican cuando la reclamación por daño... no excede de £ 200 [£ 100 en la ley de 1905] y cuando la noticia escrita acerca del incendio y la intención de reclamar sean enviadas a la compañía dentro de los siete días de ocurrido el daño y la comunicación de las características del daño, mostrando el monto del reclamo en dinero que no exceda de £ 200, sea enviada a la compañía dentro de 21 días.

Las tierras agrícolas no incluyen páramos o edificios, y las cosechas agrícolas no incluyen las abandonadas<sup>41</sup>. Yo no he realizado un estudio detallado de la historia parlamentaria de esta excepción legal, pero, a juzgar por los debates en la Cámara de los Comunes en 1922 y 1923, esta excepción probablemente se tomó para ayudar al pequeño propietario<sup>42</sup>.

Volvamos al ejemplo de Pigou, de los daños no compensados a los bosques, causados por las chispas provenientes de las locomotoras de ferrocarril. Presumiblemente, trató de mostrar que es posible que “la acción del Estado mejore las tendencias ‘naturales’”. Si tratamos el ejemplo de Pigou como referencia a la posición antes de 1905, o como un ejemplo arbitrario (en el que podría haber escrito “los edificios de los alrededores”, en vez de “los bosques de los alrededores”), entonces es claro que la razón por la cual no se pagó la compensación debe haber sido que el ferrocarril tenía autorización legal para utilizar locomotoras a vapor (lo que le relevaba de su responsabilidad por los incendios causados por las chispas). Esta tesis de la ley se estableció en 1860, en un caso, bastante singular, que se refería al incendio de los bosques vecinos por un ferrocarril<sup>43</sup>, y la ley sobre este punto no ha

sido cambiada (aparte de una excepción) luego de un siglo de legislación ferroviaria, incluyendo la nacionalización. Si tratamos literalmente el ejemplo de Pigou “los daños no compensados inferidos a los bosques cercanos por las chispas provenientes de las locomotoras ferroviarias” y suponemos que se refiere al período posterior a 1905, entonces está claro que la razón por la cual no se pagó la compensación debe haber sido que el daño era mayor de £100 (en la primera edición de *La economía del bienestar*) o más de £ 200 (en ediciones posteriores), o que el propietario del bosque no notificó al ferrocarril por escrito dentro de los siete días del incendio o no envió detalles del hecho, por escrito, dentro de los 21 días. En el mundo real el ejemplo de Pigou sólo podría existir como resultado de la elección deliberada de la legislatura. No es, por supuesto, fácil imaginar la construcción de un ferrocarril como una cosa natural. Lo más cercano que podemos imaginar es presumiblemente un ferrocarril que use locomotoras a vapor “sin tener autorización legal”. Sin embargo, en ese caso el ferrocarril estaría obligado a compensar a los propietarios de bosques que se incendian. Esto equivale a decir que pagaría una compensación, en ausencia de acción del Gobierno. Las únicas circunstancias en que las compensaciones no se pagarían serían aquellas en las que hubiese habido acción del Gobierno. Es extraño que Pigou, que notoriamente pensaba que era deseable que se pagase la compensación, haya elegido este ejemplo para demostrar que es posible que “la acción del Estado mejore las tendencias ‘naturales’ ”.

Pigou parece haber tenido un enfoque erróneo de los hechos de la situación. Pero también parece probable que estu-

<sup>41</sup> Véase 31 Halsbury, Laws of England, 3a ed. (1960) pp. 474-475, artículo sobre Ferrocarriles y Canales, de donde proviene este resumen de la posición legal y todas las citas.

<sup>42</sup> Véase 152 H. C. Deb. 2622-63 (1922); 161 H. C. Deb. 1935-55 (1923).

<sup>43</sup> Vaughan vs. Toff Vale Railway Co., 3 H. y N. 743 (Ex. 1858) y 5 H. y N. 679 (Ex. 1860).

viere equivocado en su análisis económico. No es necesariamente deseable que el ferrocarril sea compelido a compensar a quienes sufren daños por los incendios causados por las locomotoras. No necesito mostrar aquí que, si el ferrocarril pudiese realizar un convenio con cada persona que tiene propiedades vecinas a la línea ferroviaria y no hubiese costos en la materialización de tales negociaciones, no importaría si el ferrocarril fuese responsable de los daños causados por los incendios. Esta cuestión ha sido tratada “*in extenso*” en las secciones anteriores. El problema es si hubiese sido deseable responsabilizar al ferrocarril en condiciones en que era demasiado caro realizar tales negociaciones. Pigou obviamente pensaba que era deseable forzar al ferrocarril a pagar la compensación, y es fácil ver la clase de argumento que lo habría conducido a esa conclusión. Supongamos que un ferrocarril está considerando agregar un tren adicional o incrementar la velocidad de un tren existente o instalar instrumentos que eliminen las chispas en sus locomotoras. Si el ferrocarril no es considerado responsable de daños por incendio, entonces, de tomar esta decisión no contabilizaría como costo el incremento del daño resultante por el tren adicional, o por el tren más veloz, o por no instalar elementos que eliminen las chispas. Esta es la fuente de divergencia entre los productos netos social y privado. El resultado es que el ferrocarril realizará ciertos actos que disminuirán el valor de la producción total -que no los haría si fuese responsable del daño.

Esto puede mostrarse mediante un ejemplo aritmético.

Consideremos un ferrocarril que *no* es responsable del daño por incendios causados por las chispas de sus locomotoras, y tiene dos trenes por día, en cierta línea. Supongamos que el recorrido de un tren por día permitiría al ferrocarril prestar servicios que valen 150 dólares por año, y con

dos trenes por día se le permitiría prestar servicios que valen 250 dólares por año. Supongamos, además, que los costos de operar un tren son de 50 dólares por año y de dos trenes 100 dólares por año. Suponiendo competencia perfecta, el costo es igual a la disminución del valor de la producción debido al empleo de factores de producción adicionales por parte del ferrocarril. Obviamente, el ferrocarril hallaría beneficioso hacer correr dos trenes por día. Pero supongamos que, con un tren por día, se destruirían por el fuego cosechas que valen (en promedio por año) 60 dólares, y dos trenes por día destruirían cosechas que valen 120 dólares. En estas circunstancias, hacer correr un tren por día aumentaría el valor del producto total, pero el segundo tren reduciría el valor de la producción total. El segundo tren permitiría servicios ferroviarios adicionales que valen 100 dólares por año. Pero la disminución del valor de la producción sería de 110 dólares por año: 50 dólares como resultado del empleo de factores de producción adicionales y 60 dólares como resultado de la destrucción de cosechas. Puesto que sería mejor que el segundo tren no corriese, y como no correría si el ferrocarril fuese responsable del daño causado a las cosechas, la conclusión de que el ferrocarril debe responsabilizarse por el daño, parece irresistible. Indudablemente, es la clase de razonamiento que fundamenta la posición de Pigou.

Es cierta la conclusión de que sería mejor si el segundo tren no corriese. La conclusión de que es deseable que el ferrocarril se responsabilice del daño que causa es, sin embargo, errónea. Cambiemos nuestro supuesto respecto de las reglas de responsabilidad. Supongamos que el ferrocarril es responsable del daño por incendio causado por las chispas provenientes de la locomotora. Un granjero, en tierras adyacentes al ferrocarril, está entonces en una situación tal que si su

cosecha es destruida por incendio recibirá el precio de mercado del ferrocarril; pero si su cosecha no es dañada, la recibirá del mercado mediante la venta. Por lo tanto, le es indiferente si su cosecha es dañada por el incendio o no. Su posición es muy diferente cuando el ferrocarril no es responsable. Cualquier destrucción de la cosecha por incendio causado por el ferrocarril reduciría los ingresos del granjero. Por lo tanto, reduciría el cultivo de las tierras en las que es probable que el daño sea mayor que el rendimiento de la tierra (por las razones explicadas en detalle en la sección III). Un cambio de régimen en el cual el ferrocarril no es responsable del daño por uno en el que es responsable, es probable que conduzca a un incremento del cultivo de tierras adyacentes al ferrocarril. Además, por supuesto, conducirá a un incremento de la cantidad de cosechas destruidas por incendios causados por el ferrocarril.

Volvamos a nuestro ejemplo aritmético. Supónganos que, con la nueva regla de responsabilidad, se duplican las cosechas destruidas por incendios causados por el ferrocarril. Con un tren por día, se destruirían cosechas que valen 120 dólares cada año y con dos trenes por día se destruirían cosechas que valen 240 dólares. Vimos, previamente, que no sería conveniente hacer correr el segundo tren si el ferrocarril tuviese que pagar 60 dólares por año como compensación por daños. Con daños de 120 dólares anuales la pérdida por hacer correr el segundo tren sería 60 dólares mayor. Pero consideremos ahora el primer tren. El valor de los servicios de transporte realizados por el primer tren es de 150 dólares. El costo de hacer correr el tren es de 50 dólares. La cantidad que tendría que pagar el ferrocarril como compensación por daños sería 120 dólares. Se deduce que no sería conveniente hacer correr ningún tren. Con los números de nuestro ejemplo alcanzamos el siguiente

resultado: si el ferrocarril no es responsable por incendio, correrán dos trenes por día; si el ferrocarril es responsable por incendio, cesará en sus operaciones. ¿Significa esto que es mejor que no exista el ferrocarril? Esta pregunta puede contestarse considerando lo que ocurriría al valor del producto total si se decidiera exceptuar al ferrocarril de responsabilidad por incendio, haciendo entonces funcionar dos trenes por día.

La operación del ferrocarril permitiría servicios de transporte que valen 250 dólares. También significaría el empleo de factores de productos que reducirían en 100 dólares el valor de la producción en otra parte. Además, significaría la destrucción de cosechas que valen 120 dólares. La aparición del ferrocarril también habría producido el abandono del cultivo de algunas tierras. Ya que sabemos que si esa tierra hubiese sido cultivada, el valor de las cosechas destruidas por el fuego hubiese sido de 120 dólares, y, dado que es poco probable que toda la cosecha hubiese sido destruida, parece razonable suponer que el valor de la cosecha producida en esta tierra hubiese sido mayor que esto. Supongamos que hubiese sido de 160 dólares. Pero el abandono del cultivo hubiese liberado los factores de la producción para que se empleen en otra parte. Todo lo que sabemos es que la cantidad en la que se incrementará el valor de la producción en otra parte será menor de 160 dólares. Supongamos que es de 150 dólares. Entonces la ganancia por operar el ferrocarril sería de 250 dólares (el valor de los servicios de transporte), menos 100 dólares (el costo de los factores de la producción), menos 120 dólares (el valor de las cosechas destruidas por el fuego), menos 160 dólares (la disminución en el valor de la producción de cosechas debido al abandono de cultivos), más 150 dólares (el valor de la producción en otra parte de los factores liberados de la producción).



En suma, la operación del ferrocarril incrementará el valor de la producción total en 20 dólares. Con estos números está claro que es mejor que el ferrocarril no sea responsable del daño que causa, permitiéndole así operar beneficiosamente. Por supuesto, alterando los números se podría demostrar que hay otros casos en que es deseable que el ferrocarril sea responsable del daño que cause. Es suficiente, para mis fines, demostrar que, desde un punto de vista económico, una situación en la que existen “daños no compensados a los bosques adyacentes por chispas provenientes de las locomotoras del ferrocarril” no es necesariamente indeseable. Que sea deseable o no depende de las circunstancias particulares.

¿Cómo es, entonces, que el análisis de Pigou nos da la respuesta errónea? La razón es que Pigou parece no haber notado que el problema de fondo es totalmente diferente. El análisis como tal es correcto. Pero las conclusiones específicas a las que llegó Pigou son por completo ilegítimas. La cuestión no es si es deseable hacer correr un tren adicional, o un tren más veloz, o instalar instrumentos que eviten el humo; la cuestión es si es deseable tener un sistema en el que el ferrocarril tenga que compensar a quienes sufren daños por los incendios que causa, o un sistema en el que el ferrocarril no tenga que compensar por ellos. Cuando un economista está comparando ordenamientos sociales alternativos, el procedimiento correcto es comparar el producto social total brindado por estos distintos ordenamientos. La comparación de productos social y privado no está aquí ni allí. Un simple ejemplo lo demostrará. Imaginemos una ciudad en la que existen luces de tránsito. Un automovilista se acerca a una intersección y se detiene ante la luz roja. No hay autos que

se acerquen a la intersección por la otra calle. Si el automovilista ignorase la señal roja, no ocurriría accidente, y el producto total se incrementaría porque el conductor llegaría más temprano a su destino. ¿Por qué no lo hace? La razón es que si ignora la luz lo multarán. El producto privado por cruzar la calle es menor que el producto social. ¿Debemos entonces concluir que el producto total sería mayor si no existiesen multas a los que no obedecen las señales de tránsito? El análisis de Pigou nos muestra que es posible concebir mundos mejores que el mundo en el que vivimos. Pero el problema es diseñar ordenamientos prácticos que corrijan defectos en una parte del sistema, sin causar daños más serios a las otras partes.

He examinado con gran detalle un ejemplo de divergencia entre los productos social y privado y no examinaré más el sistema analítico de Pigou. Pero la discusión principal del problema considerado en este artículo se encuentra en aquella parte del capítulo 9 de la parte II que trata de la segunda clase de divergencia de Pigou y es interesante ver cómo desarrolla él su argumento. La propia descripción de Pigou de esa segunda clase de divergencia se citó al comienzo de esta sección. Este distingue entre el caso en el que una persona nos presta servicios por los cuales no percibe retribución y el caso en el que una persona ocasiona un daño y no se compensa a las partes perjudicadas. Nuestra atención se ha centrado, por supuesto, en este segundo caso. Es, por lo tanto, bastante sorprendente hallar, como me señaló el profesor Francesco Forte, que el problema de la chimenea que humeaba<sup>44</sup> en sus dos versiones<sup>45</sup> sea usado por Pigou como ejemplo del primer caso (servicios prestados sin pago) y no se menciona nunca, por lo menos explícitamente,

<sup>44</sup> Sir Dermis Robertson, *I Lectures on Economic Principles* (1957), p. 162.

<sup>45</sup> E. J. Mishan, “*The Meaning of Efficiency in Economics*”, *The Banker's Magazine* 189 (junio, 1960), p. 482.

en conexión con el segundo caso<sup>46</sup>. Pigou señala que los propietarios de las fábricas que dedican recursos a evitar que sus chimeneas humeen prestan servicios por los cuales no reciben pago. La consecuencia, a la luz de la discusión de Pigou al final de este capítulo, es que al propietario de una fábrica con una chimenea que echa humo debería dársele un subsidio para inducirle a instalar aparatos que eviten el humo. La mayoría de los economistas modernos sugeriría que el propietario de la fábrica con la chimenea humeante debe pagar un impuesto. Es una pena que los economistas (aparte del profesor Forte) no parezcan haber notado este rasgo del análisis de Pigou, ya que el darse cuenta de que el problema puede ser enfocado en cualquiera de estas dos formas, hubiese conducido probablemente a un reconocimiento explícito de su naturaleza recíproca.

Al discutir el segundo caso (de servicios sin compensación a quienes sufren el daño), Pigou dice que se presentan cuando el propietario de un terreno baldío en un barrio residencial de una ciudad construye allí una fábrica y destruye gran parte de lo que hacía agradable los sitios vecinos; o, en menor grado, cuando usa ese sitio en tal forma que arruina la iluminación de la casa opuesta; o cuando invierte recursos para levantar edificios en un centro poblado, y ocupando el espacio aéreo y de recreación de la vecindad, tiende a perjudicar la salud y la eficiencia de las familias vecinas<sup>47</sup>. Pigou, por supuesto, está en lo cierto al describir estas acciones como “de servicios sin cargo”. Pero está equivocado cuando las describe como acciones

“anti- sociales”<sup>48</sup>. Pueden serlo o no. Es necesario comparar el daño y el bien que provocan. Nada sería más “antisocial” que oponerse a una acción que no causa daño a nadie.

El ejemplo con el que Pigou abre su discusión de “servicios sin cargo” no es, como ya he indicado, el caso de las chimeneas humeantes, sino el caso de los conejos que se transforman en plaga: “...de servicios incidentales sin cargo que se prestan a terceras partes, cuando las actividades de entretenimiento de un ocupante significan plagas de conejos en los terrenos vecinos...”. Este ejemplo es de extraordinario interés, no tanto debido a que el análisis económico del caso sea muy diferente al de los otros ejemplos, sino por las peculiaridades de la tesis de la ley y la luz que arroja sobre el papel que puede desempeñar la economía en lo que aparentemente es la cuestión legal de la delimitación de derechos.

El problema de la responsabilidad legal por las acciones de los conejos es parte del tema referido a la responsabilidad por tenencia de animales<sup>49</sup>.

Limitaré mi discusión a los conejos, aunque no de buen grado. Los primeros casos referidos a los conejos son las relaciones entre el señor feudal y los plebeyos, ya que, desde el siglo XIII en adelante, fue corriente que el señor feudal poblara de conejos las praderas comunes, tanto por su carne como por su piel. Pero en 1597, en el caso Boluston, un propietario inició acción contra un vecino, alegando que el demandado había construido madrigueras y que los conejos habían destruido la

<sup>46</sup> Pigou, op. cit. supra n. 35, en p. 184.

<sup>47</sup> Ibidem, en pp. 185-186.

<sup>48</sup> Ibidem, en p. 186 n. 1. Para expresiones similares, véase la conferencia de Pigou “Some Aspects of the Housing Problem”, en B. S. Rowntree y A. C. Pigou, “Lectures on Housing”, en Manchester Univ. Lectures 18 (1914).

<sup>49</sup> Véase G. L. Williams, Liability for Animals - An Account of the Development and Present Law of Tortious Liability for Animals. Distress Damage Feasant and the Duty to Fence in Great Britain, Northern Ireland and the Common Law Dominions (1939). Parte cuatro, “The Action of Nuisance, in ‘Relation to Liability for Animals’”, pp. 236-262, es especialmente relevante para nuestra discusión. El problema de la responsabilidad por los conejos se discute en esta parte, pp. 238-247. No sé hasta qué punto el derecho común en Estados Unidos de Norteamérica respecto a la responsabilidad por animales difiere del de Inglaterra. En algunos estados occidentales de Estados Unidos de Norteamérica el derecho consuetudinario inglés respecto al deber de cercar no ha sido seguido, en parte debido a que “la considerable cantidad de tierra abierta hacia aconsejable a la política pública permitir al ganado correr libremente” (Williams, op. cit., supra p. 227). Este es un buen ejemplo de cómo un conjunto diferente de circunstancias hace económicamente deseable cambiar la regla legal respecto a la delimitación de derechos.

cosecha del demandante. La acción fracasó por la siguiente razón:

... tan pronto como los conejos pasan a la tierra del vecino éste puede matarlos, ya que son *ferae naturae*, y quien hace las madrigueras no tiene propiedad sobre ellos y no debe ser castigado por el daño que los conejos hagan en las tierras que no son de su propiedad, y que el otro puede matarlos legalmente<sup>51</sup>.

Como el caso *Boulston* había sido tratado como un antecedente -Bray, J., en 1919, dijo que no sabía que el caso *Boulston* hubiese sido alguna vez desestimado o puesto en duda<sup>51</sup>-, el ejemplo de los conejos representa la posición legalista en la época en que fue escrito el libro de Pigou. En este caso, no nos alejamos de la verdad si decimos que el Estado de cosas que sugiere Pigou<sup>52</sup> nace de la ausencia de acción gubernamental (por lo menos en la forma de leyes) y que fue el resultado de tendencias “naturales”.

Sin embargo, el caso *Boulston* es una curiosidad legal y el profesor Williams no oculta su contrariedad por esta decisión:

El concepto de responsabilidad por molestias, basado en la propiedad, es el resultado, evidentemente, de una confusión con la acción de invasión del ganado, y es contrario tanto al principio como el pensamiento de las autoridades medievales sobre el escape de agua, humo y suciedad... El requisito de cualquier tratamiento satisfactorio de la materia es el abandono total de la perniciosa doctrina establecida en el caso *Boulston*... Una vez que el caso *Boulston* desaparezca, el camino estará libre para

un replanteo racional de toda la materia, en linchamientos que armonizarán con los principios prevalecientes en el resto de la ley sobre perjuicios (*law of nuisance*)<sup>53</sup>.

**Los jueces del caso *Boulston* sabían, por supuesto, que la cuestión dependía de distinguir este caso de uno en que se causarían molestias:**

Esta causa no es como los casos del todo opuestos, referidos a la construcción de un horno de cal, una tintorería, o algo semejante, ya que allí la molestia está determinada por el acto de las partes que lo realizan; ello es así aquí, puesto que los conejos se dirigen a la tierra del demandante y él puede tomarlos cuando entran a su tierra sacando beneficio de ellos<sup>54</sup>.

**El profesor Williams comenta:**

Una vez más surge aquí la idea atávica de que los animales son culpables, y no el propietario. No es, por supuesto, un principio satisfactorio introducirse en la doctrina moderna de las molestias. Si A construye una casa o planta un árbol de tal modo que la lluvia corre y cae en la tierra de B, este es el acto por el que A es responsable; pero si A tiene conejos en su tierra y éstos se escapan y se introducen a la tierra de B, es una acción de los conejos por la que A no es responsable -esta es la curiosa distinción que enseña el caso *Boulston*<sup>55</sup>.

**Debe admitirse que la decisión del caso *Boulston* parece un poco extraña. Una persona puede ser responsable del daño que causa el humo o los olores desagradables, sin que sea necesario determinar si es causante del humo o del olor. Y la re-**

<sup>50</sup> 5 Coke (vol. 3) 104 b, 77 Eng. Rep., 216-217.

<sup>51</sup> Véase *Stearn vs. Prentice Bros. Ltd.* (1919), 1 K. B., 395-397.

<sup>52</sup> No he considerado casos recientes. La posición legal ha sido también modificada por la legislación.

<sup>53</sup> Williams, op. cit., supra n. 49 en pp. 242, 258.

<sup>54</sup> *Boulston vs. Hardy*, Cro. Eliz., 547, 548, 77. Eng. Rep. 216.

<sup>55</sup> Williams, op. cit., supra n. 49, en p. 243.

gla del caso *Boulston* no siempre ha sido seguida en casos que se refieren a otros animales. Por ejemplo, en *Bland vs. Yates*<sup>56</sup>, se decidió que podía iniciarse una acción judicial para evitar que alguien tuviera una cantidad inusual y excesiva de estiércol en el que se reproducían las moscas y que infestaban la casa de un vecino. No surgió aquí la cuestión de quién era el propietario de las moscas. Un economista no desearía objetar porque los argumentos legales a veces parecen un poco extraños. Pero existe una razón económica importante para sustentar la opinión del profesor Williams sobre el problema de responsabilidad por los animales (y particularmente por los conejos) en el sentido de que debería ser integrada a la ley ordinaria de las molestias. La razón no es únicamente que el hombre que mantiene los conejos es responsable del daño; el hombre cuyas cosechas son destruidas también es responsable. Y si los costos de las transacciones de mercado hacen imposible un reordenamiento de los derechos, a menos que conozcamos las circunstancias particulares, no podemos decir si es deseable o no que el hombre que tiene los conejos sea responsable del daño que cometen los conejos en las propiedades vecinas. La objeción a la regla del caso *Boulston* es que, por ella, el criador de conejos *nunca* puede ser responsable. Fija la regla de responsabilidad en un polo: y esto es tan indeseable, desde un punto de vista económico, como fijar la regla en el otro polo y hacer que dicho criador sea siempre responsable. Pero, como vimos en la sección VII, la ley de las molestias, como en realidad es manejada por las cortes, es flexible y permite la comparación de la

utilidad de un acto con el daño que produce. Como dice el profesor Williams: “Toda la ley de las molestias (*law of nuisance*) es una tentativa de conciliar intereses opuestos...”<sup>57</sup> Incluir el problema de los conejos en el derecho ordinario de las molestias no significaría, inevitablemente, transformar al criador de conejos en responsable del daño que cometen. Esto no equivale a decir que el único deber de la justicia, en tales casos, sea realizar una comparación entre el daño y la utilidad de un acto. Ni tampoco debe esperarse que siempre decidirá correctamente después de realizar tal comparación. Pero, a menos que las cortes actúen muy desatinadamente, parece que la ley ordinaria de las molestias producirá resultados económicamente más satisfactorios que la adopción de una regla rígida. El caso de Pigou, de los conejos transformados en plaga, es un ejemplo excelente de cómo se interrelacionan el derecho y la economía, aun cuando la política correcta a seguir parecería diferir de la que avizoró Pigou.

Pigou permite una excepción a su conclusión de que hay divergencia entre los productos privado y social en el ejemplo de los conejos. Agrega:

“...a menos... que los dos ocupantes estén en la relación de propietario a inquilino, de modo que la compensación se dé en un ajuste de la renta”<sup>58</sup>. Esta salvedad es sorprendente, ya que la primera clase de divergencia de Pigou está muy relacionada con las dificultades de llegar a contratos satisfactorios entre propietarios y arrendatarios. En realidad, todos los casos recientes de problemas con conejos citados por el profesor Williams se refieren a disputas entre propietarios y arrendatarios con res-

<sup>56</sup> 58 Sol. J. 612 (1913-1914).

<sup>57</sup> Williams, op. cit., supra n. 49, p. 259

<sup>58</sup> Pigou, op. cit., supra n. 35, p. 185.

<sup>59</sup> Williams, op. cit., supra n. 49, en pp. 244-247.

pecto a los derechos de caza<sup>59</sup>. Pigou parece hacer una distinción entre el caso en el que no es posible hacer un contrato (la segunda clase) y aquel en que el contrato es insatisfactorio (la primera clase). Así, dice que la segunda clase de divergencias entre el producto neto privado y social no puede, como las divergencias causadas por posesión, ser mitigada por una modificación de la relación contractual entre las dos partes contratantes, ya que la divergencia surge de un servicio o daño causado a terceras personas, distintas de las partes contratantes<sup>60</sup>.

Pero la razón de que algunas actividades no sean materias de contratos es exactamente la misma que la de por qué algunos contratos son insatisfactorios, costaría demasiado poner todo en orden. En realidad, los dos casos son iguales, ya que los contratos son insatisfactorios porque no cubren ciertas actividades. Es difícil descubrir el sentido exacto de la discusión sobre la primera clase de divergencia en el argumento principal de Pigou. Demuestra que, en algunas circunstancias, las relaciones contractuales entre propietario e inquilino pueden ocasionar divergencias entre los productos privado y social<sup>61</sup>. Pero continúa demostrando que los esquemas de compensación establecidos por el Gobierno y los controles de rentas también producirán divergencias<sup>62</sup>. Además, demuestra que cuando el Gobierno está en una posición similar a la de un propietario privado, cuando, por ejemplo, otorga una concesión a un servicio público, surgen exactamente las dificultades que cuando están involucrados individuos privados<sup>63</sup>. La discusión es interesante, pero yo no he podido descubrir qué conclusiones generales de política económica, si las hay, espera Pigou que deduzcamos de ella.

En realidad, el tratamiento de Pigou

considerado en este artículo es muy evasivo y la discusión de sus opiniones da lugar a dificultades de interpretación casi insuperables. En consecuencia, es imposible estar seguros de que hemos comprendido lo que Pigou realmente quería significar. Sin embargo, es difícil resistir la conclusión, extraordinaria para un economista de la talla de Pigou, que la fuente principal de esta obscuridad es que Pigou no había pensado con detenimiento en su posición.

## 9. LA TRADICIÓN DE PIGOU

Es extraño que una doctrina tan defectuosa como la desarrollada por Pigou haya tenido tanta influencia, aunque parte de su éxito se haya debido probablemente a la falta de claridad en la exposición. No siendo muy clara, nunca fue muy errónea. Curiosamente, esta obscuridad de la fuente no ha impedido el surgimiento de una tradición oral bastante bien definida. Lo que los economistas piensan que aprenden de Pigou, y lo que dicen a sus alumnos, que es lo que yo denomino la tradición de Pigou, es razonablemente claro. Me propongo probar la insuficiencia de esta tradición de Pigou demostrando que tanto el análisis como las conclusiones de política que sustenta son incorrectas.

No me propongo justificar mi enfoque con copiosas referencias a la literatura. Lo hago así en parte porque el tratamiento en la literatura es usualmente tan fragmentario, conteniendo a menudo poco más que una referencia a Pigou más algunos comentarios explicatorios, que un examen detallado sería inadecuado. Pero la razón principal de esta falta de referencias es que la doctrina, aunque se basa en Pigou, debe haber sido, en gran parte, el producto de una tradición oral. Ciertamente,

<sup>59</sup> Pigou, op. cit., supra n. 35, en p. 192.

<sup>61</sup> Ibidem, pp. 174-175.

<sup>62</sup> Ibidem, pp. 177-183.

<sup>63</sup> Ibidem, pp. 175-177.

los economistas con los que he discutido estos problemas han mostrado una unanimidad de opinión que es muy notable, considerando el magro tratamiento dado a esta materia en la literatura. No hay duda que existen algunos economistas que no comparten el enfoque usual, pero deben representar una minoría pequeña.

El enfoque a los problemas que discutimos se hace a través de un examen del valor de la producción física. El producto privado es el valor del producto adicional resultante de la actividad particular de un negocio. El producto social es igual al producto privado menos la disminución en el valor de la producción en otra parte, por la que no paga una compensación el propietario del negocio. Así, si se usan 10 unidades de un factor (y ningún otro) para hacer un cierto producto cuyo valor es \$ 105, y el propietario de este factor no es compensado por su uso, no lo puede evitar, y estas 10 unidades del factor proporcionarían productos en su mejor uso alternativo que valen \$ 100, entonces el producto social es \$ 105 menos \$ 100, o sea, \$ 5. Si el negocio paga ahora una unidad del factor y su precio es igual al valor de su producto marginal, entonces el producto social se eleva a \$ 15. Si se pagan dos unidades, el producto social aumenta a \$ 25, y así sucesivamente hasta que alcanza \$ 105 cuando reciben su pago todas las unidades del factor. No es difícil ver por qué los economistas han aceptado tan rápidamente este procedimiento bastante extraño. El análisis se enfoca en la decisión del negocio individual, y dado que el uso de ciertos recursos no está considerado en los costos, los ingresos se reducen en la misma cantidad. Pero, por supuesto, esto significa que el valor del producto social no tiene significación social alguna. Me parece preferible usar el concepto de costo de oportunidad y enfocar estos pro-

blemas comparando el valor del producto obtenido por los factores en usos alternativos o en ordenamientos alternativos. La ventaja principal de un sistema de precios es que conduce al empleo de los factores donde el valor del producto resultante es mayor y lo hace a un costo menor que los sistemas alternativos (dejo de lado que un sistema de precios también facilita el problema de la redistribución del ingreso). Pero si, por alguna armonía natural divina, los factores fluyen a lugares donde el valor del producto obtenido fuese mayor, sin el uso del sistema de precios, y en consecuencia no hubiese compensación, encontraría que esta es una fuente de sorpresas, en vez de una causa de problemas.

La definición del producto social es extraña, pero esto no significa necesariamente que las conclusiones de política que se desprenden del análisis sean erróneas. Sin embargo, obligadamente existen peligros en un enfoque que distrae la atención de los asuntos básicos, y puede existir poca duda de que ha sido responsable de algunos de los errores en la doctrina actual. La creencia de que es deseable que el negocio que causa perjuicios sea forzado a compensar a quienes sufren daño (discutida exhaustivamente en la sección VIII en conexión con el ejemplo de Pigou sobre las chispas del ferrocarril) es, indudablemente, el resultado de no comparar el producto total obtenible con los arreglos sociales alternativos.

La misma falla se encuentra en las proposiciones para resolver el problema de los efectos dañinos mediante el uso de impuestos o subsidios. Pigou otorga demasiada importancia a esta solución, aunque es, como siempre, parco en detalles y reservado en su apoyo<sup>64</sup>. Los economistas modernos tienden a pensar exclusivamente en términos de impuestos y en una forma muy precisa. El impuesto debería ser

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 192-194, 381 y *Public Finance*, 3a. ed. (1947), pp. 94-100.

igual al daño causado y variar según la intensidad de éste. Como no se propone que el producto del impuesto deba pagarse a quienes sufren el daño, esta solución no es la misma que la que forzaría al negocio a pagar compensación a los damnificados por sus acciones, aunque los economistas, generalmente, no parecen haber notado esto y tienden a tratar las dos soluciones como idénticas.

Supongamos que se construye una fábrica que produce humo en un distrito donde, anteriormente, no existía el problema del humo, causando un daño valorado en \$ 100 por año. Supongamos que se adopta la solución impositiva y que el dueño de la fábrica es obligado a pagar un impuesto de \$ 100 por año, mientras la fábrica produzca humo. Supongamos, además, que un aparato que elimina el humo cuesta \$ 90 por año. En estas circunstancias, se colocaría dicha instalación que evita el humo. El daño de \$ 100 hubiese sido evitado con un gasto de \$ 90 y el propietario de la fábrica estaría en mejores condiciones (\$ 10 por año). Sin embargo, el arreglo logrado puede no ser óptimo. Supongamos que quienes sufren el daño podrían evitarlo trasladándose a otros lugares o tomando distintas precauciones que les costarían, o serían equivalentes, a la pérdida de ingreso de \$ 40 por año. Entonces habría una ganancia en el valor de la producción de \$ 50 si la fábrica continuara emitiendo este humo y si los que ahora están en el distrito se trasladaran a otra parte o realizaran otros ajustes para evitar el daño. Si el propietario de la fábrica es obligado a pagar un impuesto igual al daño causado, sería deseable instituir un sistema de impuestos doble y hacer que los residentes del distrito paguen una suma igual al costo adicional incurrido por el propietario de la fábrica (o los consumidores de sus productos) para evitar el daño. En estas condiciones, la gente no permanecería en el distrito tomaría otras medidas para

evitar el daño, cuando los costos de hacerlo fueran menores que los costos en que incurriría el productor para disminuir el daño (el objeto del productor, por supuesto, no es tanto reducir el daño como reducir los pagos de impuestos). Un sistema de impuestos que se confinara a un impuesto sobre el productor por el daño causado llevaría a costos indebidamente altos por evitar el daño. Por supuesto, esto podría prevenirse si fuera posible basar el impuesto, no en el daño causado, sino en la baja del valor de la producción (en su sentido más amplio) resultante de la emisión de humo. Pero hacerlo así requeriría un conocimiento detallado de las preferencias individuales y no puedo imaginar cómo sería posible lograr la información necesaria para tal sistema de impuestos. En realidad, la proposición para resolver el problema del humo y otros similares mediante el uso de impuestos abunda en dificultades: el problema del cálculo, la diferencia entre el daño medio y marginal, las interrelaciones entre el daño sufrido en diferentes propiedades, etc.; pero es innecesario examinar estos problemas aquí. Es suficiente, para mis propósitos, mostrar que, aun cuando el impuesto se ajuste exactamente para igualar el daño que se causaría a las propiedades vecinas como resultado de la emisión de cada bocanada adicional de humo, no ocasionaría necesariamente condiciones óptimas. Un incremento en la cantidad de gente que vive o de los negocios que operan en la vecindad de la fábrica que emite humo incrementará la cantidad de daño producido por una emisión de humo dada. El impuesto a fijar se incrementaría, por lo tanto, con un aumento en el número de quienes viven en el vecindario. Esto conducirá a una disminución del valor de la producción de los factores empleados en la fábrica, ya sea porque los factores liberados, como consecuencia de la menor producción asociada al mayor impuesto,

se usarán en otra parte en actividades menos valiosas o porque los factores se emplearán para producir medios que permitan reducir la cantidad de humo emitido. Pero la gente que decida establecerse en las cercanías de la fábrica no tomará en cuenta esta disminución del valor de la producción que resulta de su radicación en el área. Esta omisión de tomar en cuenta los costos que se ocasionan a los demás es comparable a la acción del propietario de una fábrica que no toma en cuenta el daño que resulta de la emisión de humo. Sin el impuesto, puede haber demasiado humo y muy poca gente en las cercanías de la fábrica; pero con el impuesto puede haber muy poco humo y demasiada gente en la vecindad. No hay razón para suponer que sea preferible uno de estos resultados.

No se necesita mucho espacio para discutir el error similar implícito en la sugerencia de que las fábricas que producen humo deberían, mediante regulaciones zonales, ser eliminadas de los distritos en donde el humo causa efectos dañinos. Cuando el cambio de ubicación de la fábrica provoca una reducción de la producción, esto obviamente necesita ser tomado en cuenta y sopesado con el daño que resultaría del hecho de que la fábrica quedase en tal ubicación. La finalidad de tal regulación no debería consistir en eliminar el problema del humo, sino en asegurar su cantidad óptima, siendo esta cantidad la que maximizaría el valor de la producción.

*“Los economistas modernos tienden a pensar exclusivamente en términos de impuestos y en una forma muy precisa”*

## 10. UN CAMBIO DE ENFOQUE

Creo que el fracaso de los economistas en alcanzar conclusiones correctas en el tratamiento de los efectos dañinos no puede ser atribuido sencillamente a unos pocos errores en el análisis. Surge de defectos básicos en el actual enfoque de los problemas de la economía del bienestar. Lo que se necesita, entonces, es un cambio de enfoque.

El análisis en términos de divergencia entre los productos privado y social centra su atención en las deficiencias particulares del sistema y tiende a alimentar la creencia de que cualquier medida que elimine la deficiencia es necesariamente deseable. Distrae la atención de aquellos otros cambios del sistema que están inevitablemente asociados con la medida correctiva, cambios que bien pueden producir más daño que la propia deficiencia original. En las secciones anteriores de este artículo hemos visto muchos ejemplos. Pero no es necesario considerar el problema en esta forma. Los economistas que estudian los problemas de la empresa habitualmente usan un enfoque de costo de oportunidad y comparan los ingresos obtenidos de una combinación de factores dada con otros usos alternativos. Parecería deseable usar un enfoque similar cuando se manejan cuestiones de política económica y comparar el producto total obtenido mediante ordenamientos sociales alternativos. En este artículo se ha limitado el análisis, como es usual en esta parte de la economía, a comparaciones del valor de producción, tal como lo mide el mercado. Pero es, por supuesto, deseable que la elección entre los diferentes ordenamientos sociales para la solución de los problemas económicos sea llevado a cabo en términos más amplios que éstos,



y que sea tomado en cuenta el efecto total de estos arreglos en todas las esferas de la vida. Como Frank H. Knight ha señalado a menudo, los problemas de la economía del bienestar deben finalmente convertirse en un estudio de estética y moral.

Una segunda característica del tratamiento usual de los problemas discutidos en este artículo es que el análisis se desarrolla en términos de una comparación entre un Estado de *laissez faire* y alguna clase de mundo ideal. Este enfoque conduce inevitablemente a un relajamiento del pensamiento, dado que la naturaleza de las alternativas que se comparan nunca es clara. En un Estado de *laissez faire*, ¿existe un sistema monetario, legal o político? Y, si existe, ¿en qué consiste? En un mundo ideal existiría un sistema monetario, legal o político, y en ese caso, ¿en qué consistiría? Las respuestas a todas estas preguntas están rodeadas de misterio y cada uno es libre de obtener las conclusiones que desee. En realidad se requiere muy poco análisis para mostrar que un mundo ideal es mejor que un Estado de *laissez faire*, a menos que las definiciones del Estado de *laissez faire* y del mundo ideal sean las mismas. Pero toda la discusión es irrelevante para cuestiones de política económica. Sea lo que sea lo que tengamos en mente como nuestro mundo ideal, aún no hemos descubierto cómo obtenerlo a partir de donde estamos. Un mejor enfoque parecería ser comenzar nuestro análisis con una situación que se aproxime a la que existe realmente, examinar los efectos de un cambio de política propuesto y tratar de decidir si la nueva situación sería, en conjunto, mejor o incluso peor que la original.

De esta forma, las conclusiones de política tendrían alguna relevancia para la situación actual.

Una razón final del fracaso en desarrollar una teoría adecuada para manejar los problemas de los efectos dañinos surge

de un concepto erróneo de lo que es un factor de producción. Este usualmente se entiende como una entidad física que el hombre de negocios adquiere y usa (una hectárea de tierra, una tonelada de fertilizantes) antes que como un derecho para desarrollar ciertas acciones (físicas). Podemos hablar de una persona que posee la tierra y la usa como un factor de producción, pero lo que el propietario de la tierra en realidad posee es el derecho a llevar a cabo acciones. Los derechos del propietario de la tierra no son ilimitados. No siempre es posible llevar la tierra a otra parte, como, por ejemplo, en las explotaciones de canteras. Y aunque sea posible excluir a alguna persona de usar "su" tierra, esto puede no ser cierto para otra. Por ejemplo, alguna gente puede tener el derecho de cruzar la tierra. Además, puede ser posible o no construir ciertos tipos de edificios o sembrar ciertas cosechas o usar ciertos sistemas de drenaje. Estas limitaciones no se deben a la acción gubernamental; serían igualmente ciertas bajo el derecho común. En realidad, serían verdaderas con cualquier sistema de derecho. Un sistema en el que los derechos de los individuos fueran ilimitados, sería un sistema en el que no habría derechos por adquirir.

Si los factores productivos son considerados como derechos, se hace más fácil comprender que el derecho a hacer algo que tenga un efecto dañino (tal como la creación de humo, ruido, olor, etc.) es también un factor de producción. Así como podemos usar un pedazo de tierra de forma tal que evite que alguien cruce por ella, o estacione su auto, o construya su casa, también podemos usarla de forma tal que le neguemos a ese alguien un panorama, o la quietud, o el aire puro. El costo de ejercitar un derecho (de usar un factor de producción) es siempre la pérdida que sufre la otra parte como consecuencia del ejercicio de ese derecho: la incapacidad para cruzar la tierra, estacionar

el auto, construir una casa, disfrutar de un paisaje, tener paz y quietud, o respirar aire puro.

Sería deseable que las únicas acciones desarrolladas fueran aquellas en que lo que se ganase tuviere un mayor valor que lo que se perdiese. Pero al elegir entre ordenamientos sociales, en el contexto en el que las decisiones individuales son tomadas, debemos tener en mente que un cambio del sistema existente que conduzca a un mejoramiento en algunas decisiones puede muy bien conducir a un empeoramiento de otras. Además, debemos considerar los costos involucrados en operar los distintos ordenamientos sociales (ya sea el funcionamiento de un mercado o de un departamento de Gobierno), como también los costos que demandará la adopción de un nuevo sistema. Al diseñar y elegir entre ordenamientos sociales debemos considerar el efecto total. Este es el cambio de enfoque que estoy proponiendo.

## Reseña del Artículo “*Algunas reflexiones sobre la distribución del riesgo y la responsabilidad civil extracontractual*” de Guido Calabresi.

*Guido Calabresi*<sup>1</sup> es uno de los juristas más destacados de los Estados Unidos como bien menciona uno de los traductores del presente ensayo, el Abg. Alfredo Bullard González<sup>2</sup>. *Guido Calabresi*, junto con Ronald Coase y Richard Posner, es considerado como uno de los fundadores de la disciplina denominada “Análisis Económico del Derecho”. Ha realizado incontables aportes teóricos a esta disciplina a través de obras como la presente, u otras como “*The Cost of Accidents*”, que podría afirmarse es la más reconocida.

El presente ensayo, traducido al español como “*Algunas reflexiones sobre la distribución del riesgo y la responsabilidad civil extracontractual*”, fue publicado en su idioma original (inglés) en “*The Yale Law Journal*” en marzo de 1991. Como surge de su título, el Profesor Calabresi comparte algunas reflexiones sobre la distribución del riesgo y la responsabilidad civil extracontractual.

Fundamentalmente, desde una perspectiva tanto económica como legal, el autor examina las respuestas y justificaciones teóricas a preguntas que surgen sobre distribución del riesgo y responsabilidad civil extracontractual como: ¿la distribución de pérdidas, tanto interpersonal como intertemporal, debe ser tan amplia como sea posible?; ¿la carga de las pérdidas debe ser asumida por aquellas clases “*más aptas*” para pagar?; y ¿las empresas que generan pérdidas o daños son las que en general deben asumir esas pérdidas o daños?

Para examinar estas preguntas, junto con sus justificaciones teóricas, *Guido Calabresi* toma un enfoque particular y decide ignorar la distinción entre responsabilidad con culpa y responsabilidad sin culpa, distinción que era primordial en discusiones anteriores sobre el tema. También decide ignorar “*el efecto disuasivo*” de la responsabilidad sin culpa. Expone el autor que, si bien estas cuestiones pueden resultar relevantes para escoger un esquema de responsabilidad por daños y perjuicios, no son relevantes para considerar teorías sobre distribución del riesgo.

Este ensayo con enfoque innovador de *Guido Calabresi* estimula a reflexionar y profundizar sobre los sistemas actuales de responsabilidad civil por daños y perjuicios. Al mismo tiempo, demuestra como el Análisis Económico del Derecho aporta y enriquece la discusión sobre sistemas normativos.

---

<sup>1</sup> Licenciado en leyes (LL.B) por la Universidad de Yale. Maestría en Políticas, Filosofía y Economía por la Universidad de Oxford. Ex Decano de la Escuela de Leyes de la Universidad de Yale. Ex Magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

<sup>2</sup> El Abg. Alfredo Bullard González también es un reconocido jurista latinoamericano en disciplinas como Análisis Económico del Derecho, Derecho de la Competencia y Derecho y Economía. Más información disponible en: [https://www.bullardabogados.pe/wp-content/uploads/2018/04/cv\\_abullard-1.pdf](https://www.bullardabogados.pe/wp-content/uploads/2018/04/cv_abullard-1.pdf)

# Algunas reflexiones sobre la distribución del riesgo y la responsabilidad civil extracontractual\*

**Guido Calabresi\*\* (I)**

En su excelente nuevo libro de casos de Daños y Perjuicios los Profesores Gregory y Kalven afirman que “*el punto central de debate en la ley de daños y perjuicios es si el criterio principal de responsabilidad debe basarse en la culpa individual o en una amplia distribución del riesgo y de la pérdida*”<sup>1</sup>. Y es así, como pienso que es. Pero decir “*distribución del riesgo*” es en realidad decir muy poco. Por cierto, bajo el título de “*distribución del riesgo*” se han dado los más diversos esquemas para asignar las pérdidas, esquemas que casi no tienen nada que ver uno con otro.

Probablemente, la razón de la dificultad es que mientras muchas personas han hablado de “*distribución del riesgo*”, y algunos incluso la han usado como base en las modificaciones propuestas al sistema de responsabilidad civil extracontractual<sup>2</sup>, muy pocos han intentado, en los últimos años, siquiera examinar qué es por lo que están luchando cuando hablan de “*distribuir pérdidas*”<sup>3</sup>. Podrían querer decir una de tres cosas. ¿Desean acaso una distri-

bución de pérdidas, tanto interpersonal como intertemporal, tan amplia como sea posible?. O acaso quieren que la carga de las pérdidas sea asumida por aquellas clases de personas “*más aptas*” para pagar?. O están buscando algo completamente diferente: Que aquellas “*empresas*” que originan una pérdida “*deban*” asumir la carga, ya sea que se cumpla con los dos objetivos mencionados anteriormente o no?. La respuesta, creo, es que algunas veces aluden a cada una de estas cosas y otras a todas ellas. Desafortunadamente estos objetivos no son siempre consistentes unos con otros. Están además, respaldados por postulados éticos y económicos de muy diversa aceptación. Para decidir entonces cuándo y cómo deseamos distribuir las pérdidas, debemos examinar las justificaciones teóricas de cada una de estas tres posiciones. Este artículo da unos cuantos primeros pasos en esa dirección.

Al hacerlo nos topamos con varios problemas iniciales. En primer lugar, debemos ignorar por completo el punto de

Nota: El presente artículo es un extracto literal de la obra “Algunas reflexiones sobre la distribución del riesgo y la responsabilidad civil” publicada por Guido Calabresi en *The Yale Law Journal*. Por este motivo, podrían presentarse referencias no coincidentes con los números de páginas y/o capítulos.

\* El presente artículo fue originalmente publicado en *The Yale Law Journal* en Marzo de 1991, volumen 70, número 4, pp. 499-553. La traducción y publicación se hace bajo autorización expresa del autor y del *Yale Law Journal*. La traducción ha estado a cargo de Alfredo Bullard González y Roxana López.

\*\* Al escribir este artículo el Doctor Guido Calabresi era Profesor asistente de Derecho en la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale. En la actualidad es Decano y Profesor Principal de la misma. El autor desea agradecer a los Profesores Fleming James y Ward Bowman por sus útiles críticas y comentarios. Adicionalmente quiere agradecer a Abraham Ordover, estudiante de la Escuela de Derecho de Yale al momento de escribirse el artículo, por su apoyo en lo concerniente a la investigación. Ninguna de las personas mencionadas son responsables de cualquier error en el presente artículo.

(I) Nota del traductor: El Profesor Guido Calabresi es uno de los juristas más destacados de los Estados Unidos. Sus trabajos en Análisis Económico del Derecho y en el estudio de la Responsabilidad Civil se encuentran reunidos en numerosos artículos y en varios libros entre los que se destacan “*The Cost of Accidents*”, “*Tragic Choices*” e “*Ideals, Beliefs, Attitudes and the Law*”. En el presente artículo, uno de sus primeros y más importantes, el Profesor Calabresi hace un brillante análisis, tanto desde el punto de vista económico como legal, sobre el diseño del sistema de responsabilidad civil a la luz de su función de distribución de riesgos y asignación de recursos. El postulado básico es que la distribución del riesgo de los accidentes no sólo desarrolla como función lograr una mejor compensación a las víctimas (al distribuir el costo de los accidentes), sino que crea los incentivos para una adecuada asignación de recursos a través del sistema de precios. Cualquier error en la reducción es enteramente atribuible a los traductores (Alfredo Bullard González).

<sup>1</sup> Gregory y Kalven, “*Cases on torts*” p. 689 (1059).

<sup>2</sup> Se ha escrito tanto acerca de la distribución del riesgo, y tantos autores han utilizado su tiempo recolectando jurisprudencia y doctrina sobre el tema que sería inútil y presuntuoso para mí intentar recoger todo lo escrito en el presente artículo. Ambos Gregory y Kalven, op. cit., supra nota 1, en las pp. XL VI-LII, y Harper y James, “*Torts*” 759-84,794-95,1337-60,3, d, en 1956-58, 1976-79 (en adelante citado como Harper y James) tienen una excelente colección de casos y doctrinas en los problemas involucrados.

<sup>3</sup> Mientras escribía este artículo leí el interesante artículo del Profesor Morris que apareció en este número del *The Yale Law Journal*. El Profesor Morris se hace algunas de las mismas preguntas que yo me hago aquí. El da en ocasiones respuestas que coinciden con las mías, y en otras no. Sus respuestas son siempre provocadoras y, naturalmente, me he deleitado con sus preguntas.

debate planteado por Gregory y Kalven, acerca de la responsabilidad con culpa frente la responsabilidad sin culpa. De ahí que también debemos ignorar factores, como el del efecto disuasivo de la responsabilidad por culpa, que son cruciales en esta discusión. Mientras que estos factores pueden resultar importantes para escoger un esquema de responsabilidad por daños y perjuicios, no son relevantes para la pregunta de qué se quiere decir con distribución del riesgo ni para considerar las teorías que la puedan justificar. Dicho de otro modo, nos interesa ver qué tan fuertes son las bases son sólidas, se puede asumir que las políticas en favor de otros criterios para asignar las pérdidas, como la culpa, se ven debilitados por la comparación. No se desprende de esto observar que los mencionados criterios, aunque estuvieran debilitados, no deberían primar en todas o en algunas áreas donde se dan pérdidas. Este problema, sin embargo, no nos conviene en el presente artículo.

Otro problema tal vez más significativo, es que este artículo debe emplear teoría a menudo, desafortunadamente, una de las más oscuras teorías, la Economía. Con suerte, lo hará en términos que son inteligibles para profesores de Derecho, si no para abogados, y sin ese deseo suicida del economista de hacer su teoría tan persuasiva y detallada, que se vuelva completamente inútil para el abogado que vive en el mundo de los hombres, e incluso para los profesores de Derecho, donde quiera que vivan<sup>4</sup>.

*“Probablemente, la razón de la dificultad es que mientras muchas personas han hablado de “distribución del riesgo”, y algunos incluso la han usado como base en las modificaciones propuestas al sistema de responsabilidad civil extracontractual, muy pocos han intentado, en los últimos años, siquiera examinar qué es por lo que están luchando cuando hablan de “distribuir pérdidas”. Podrían querer decir una de tres cosas. ¿Desean acaso una distribución de pérdidas, tanto interpersonal como intertemporal, tan amplia como sea posible?*

*O acaso quieren que la carga de las pérdidas sea asumida por aquellas clases de personas “más aptas” para pagar?”*

<sup>4</sup> Ofrezco mis disculpas a los economistas, no tanto por el insulto gratuito recién mencionado, como por más significativos insultos que temo seguirán. He tratado de escribir éste artículo de una manera que los no economistas puedan entender. Como consecuencia mi lenguaje puede resultar poco sistemático desde un punto de vista económico. Estoy seguro que en algunos casos esto puede ser esencial. Por ello, queridos hermanos, sean gentiles conmigo si en ocasiones ven cosas llamadas “costos”, o como “beneficios” cosas que seguramente ustedes llamarían costos.

## RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA O LA JUSTIFICACIÓN PARA LA DISTRIBUCIÓN DE RECURSOS

### INTRODUCCIÓN

"Las actividades deberían asumir los costos que engendran"; "no es sino justo que una industria deba pagar por los daños que causa". "La responsabilidad de la empresa - noción que implica que las pérdidas deberían ser asumidas por el actor, la empresa, en vez de ser distribuidas basándose en la culpa-es a menudo explicada en estos términos<sup>5</sup>. Una afirmación de este tipo es frecuentemente seguida de otra adicional, que implica que la Empresa pueda transferir la pérdida a los consumidores en el alza de precios, y que así la responsabilidad de la Empresa es en realidad una forma de "distribución del riesgo"<sup>6</sup>. Es de hecho cierto, que la responsabilidad de la Empresa "algunas veces" sí distribuye las pérdidas; es igualmente cierto, sin embargo que algunas veces no es así. Al discutir la distribución del riesgo posteriormente en el artículo, consideraremos cuándo las Empresas pueden en realidad, distribuir pérdida, y cuándo no<sup>7</sup>.

Y ya que la distribución del riesgo no es siempre una justificación válida para la responsabilidad de la Empresa, no nos importa por el momento la posible distribución del riesgo de la Empresa, sino saber si otra justificación más general existe, para el "debería" en la frase "una empresa debería asumir sus costos".

El problema de este "debería" y su significado es análogo al problema de por qué la compensación de los trabajadores, debería estar limitada a los daños que surgen "debido a" o durante el empleo, y por qué la responsabilidad patrono-sirviente debería limitarse a los actos que están de alguna manera en el campo del empleo. Si el "debería" fuera tan sólo una expresión, "porque es una manera fácil de distribuir las pérdidas a través del mecanismo del precio a un vasto grupo de personas: los consumidores", uno se preguntará por qué la compensación de los trabajadores y la responsabilidad patrón sirviente debería ser tan limitada. Y en realidad, los autores se han preocupado mucho tiempo por esto<sup>8</sup>. Algunos han respondido directamente que no existe una razón lógica para limitar la responsabilidad a daños relacionados al empleo<sup>9</sup>. Otros han hablado acerca del mismo tema, pero han recubierto sus respuestas afirmando que cierto "sentido innato de justicia" justifica la limitación<sup>10</sup>. Lo que significa esa "justicia" desafortunadamente no es claramente explicado.

Pero el "debería" se usa tan a menudo que no sospecha que debe tener una justificación más claramente definida, que un cierto sentido vago de "justicia"<sup>11</sup>. Y

<sup>5</sup> Ver, por ejemplo Harper y James, p. 731 ("La filosofía básica de esta legislación es que las pérdidas de éstos accidentes es un costo de las empresas, y debe ser soportado por las empresas o por sus beneficiarios"), C. Morris, Sr., "Hagdrow Enterprises and Risk Bedring Capacity", Yale Law Journal, vol. 61, pp. 1172-1173 (1952); Gregory, "Trespass to Negligence to absolute liability", Virginia Law Review vol. 37, pp. 559,382-83,386 (1951); James, "Social Insurance and Tortliability", New York University Law Review, vol. 27, pp. 537-538 (1952).

<sup>6</sup> Ver Douglas, "Vicarious Liability and Administration of Risk", Yale Law Journal, vol. 38, pp. 584-586 (1929); C. Morris, Sr., supra nota 5, pp. 1172-1176; Gregory, supra nota 5, p. 538.

<sup>7</sup> Ver texto infra notas 48-73.

<sup>8</sup> Ver Douglas, supra nota 6, pp. 590-93; 2 Harper y James, p.1376.

<sup>9</sup> Douglas, supra nota 6, p. 593.

<sup>10</sup> Ver 2 Harper y James p. 1376 (Jurisprudencia comentada).

<sup>11</sup> Algunos autores han tratado de explicar el "debería" en términos puramente pragmáticos de distribución del riesgo. Sus argumentos pueden ser parafraseados de la siguiente manera: Accidentes relacionados con el trabajo no son suficientemente costosos para destruir una industria y pueden, por tanto, ser distribuidos por esa industria vía precios. Accidentes que no guardan esta relación pueden imponer una carga muy onerosa sobre la empresa, la misma que podría hacerla quebrar, y las pérdidas se multiplicarían en lugar de ser distribuidas. Ver Douglas, supra nota 6, p. 594. Desafortunadamente para éstas explicaciones existen algunas industrias que no pueden cargar sobre sus propios costos sin causar una concentración de pérdidas, ver texto en notas infra 52-73, mientras hay otras que pueden fácilmente cargar y distribuir muchas pérdidas que no guardan relación con sus empresas. Y no sería imposible diseñar una regla legal que nos sirva para dividir unas de otras, de una manera medianamente razonable. Aún sean pocas (dejando de lado parcialidades) que admitan que ésto se haga, pues ésto sería de alguna manera injusto, lo que nos regresa a nuestro punto de partida

en realidad sí la tiene: a pesar de ser una justificación que sólo algunos de nosotros aceptaríamos, y que sorprendentemente, ha sido todo menos ignorada en el sistema de responsabilidad civil extracontractual, en los últimos años<sup>12</sup>. Esta justificación puede ser llamada la justificación para la "asignación de recursos"<sup>13</sup>. En su base hay ciertos postulados éticos fundamentales. Uno de estos, tal vez el más importante, es que las personas saben qué es lo mejor para ellas. Si las personas desean televisores, la sociedad debería producirlos; si desean gotas de orozuz, entonces las gotas de orozuz deberían ser producidas. Y, la teoría continúa, para que las personas sepan qué desean realmente, deben conocer los costos relativos de producir diferentes tipos de bienes. La función de los precios es reflejar los costos reales de los bienes en competencia y así permitir al comprador dar un voto informado al hacer sus compras.

Un ejemplo puede ayudar a aclarar el panorama. Asumamos dos sociedades diferentes, Atenas y Esparta: en Esparta todos los costos de los accidentes son asumidos por el Estado y se obtiene de los impuestos generales: En Atenas los costos de los accidentes son de una u otra manera cargados al causante. C.J. Taney, un hombre de negocios en Atenas, tiene un carro, pero quiere comprar otro. El costo de tener un segundo carro usado, sería aproximadamente de US\$ 200 al año, más un costo adicional en su cuenta de seguro de otros US\$ 200. El costo de pasajes de tren, los taxis ocasionales que tendría que usar para estar igualmente cómodo sin carro, y otras formas de entretenimiento

que sustituyeran a su carro, suman aproximadamente US\$ 250. Contrastando los US\$ 400, costo del segundo carro con los US\$ 200 de gastos al viajar en tren y taxis, decide privarse del carro. Si C. J. viviera en Esparta, por otro lado, tendría que pagar una suma en impuestos para cubrir el programa general de accidentes. El no podía evadir este costo, sin importar lo que comprara. Como resultado, el costo comparativo de comprar un carro y de ir en taxi en Esparta sería de US\$ 200 al año, por el carro, frente a los US\$ 250 por los pasajes de tren y de taxi. Lo más probable es que Taney comprará el carro. Al comprar un segundo carro, el espartano C. J. no tiene que pagar los US\$ 400 completos que cuesta a la sociedad. Y en realidad, él debe pagar parte de este costo así compre un segundo carro o no. Por lo tanto, comprará el carro. Si tuviera que soportar la carga completa de un segundo carro por sí solo, tomaría trenes, taxis, y gastaría el dinero ahorrando en algo distinto -una televisión o un bote de remos<sup>14</sup>.

*“Algunos han respondido directamente que no existe una razón lógica para limitar la responsabilidad a daños relacionados al empleo. Otros han hablado acerca del mismo tema, pero han recubierto sus respuestas afirmando que cierto "sentido innato de justicia" justifica la limitación”*

<sup>12</sup> Smith, en un trabajo precursor se acerca a éste punto cuando sostiene que los costos de los accidentes no vinculados con la empresa no deberían ser colocados sobre ésta porque no corresponde económicamente a éste lugar. Smith, "Frolic and Detour", Columbia Law Review, vol. 23, pp. 444-461 (1923). Desafortunadamente Smith no va más allá y como Douglas, supra nota 6, p. 593, destaca, decir sólo esto es darse una explicación sólo a uno mismo. C. Morris, Sr. y James; así como otros, parecen en ocasiones acercarse a sustentarse en esta justificación, por lo menos de pasada. Ver C. Morris, Sr. nota supra 5, p. 1172; Harper y James, p. 1376. Ver también Leflar, "Negligence in name only", New York University Law Review, vol. 27, pp. 564-584 (1952); Laski, "The Basis of Vicarious Liability", Yale Law Journal, vol. 26, pp. 105, 126-27 (1916); Comment University of Chicago Law Review, vol. 20, pp. 667-669 (1953). Note, Harvard Law Review, vol. 61, pp. 551-521 (1948).

<sup>13</sup> El término "asignación de recursos" es, y por tiempo ha sido, corriente en economía. Los fundamentos y aplicaciones de la justificación discutida aquí forman la rama de la economía conocida como Economía del Bienestar. La discusión clásica de la Economía del Bienestar está en Pigou, "Economics of Welfare" (4ta. ed., 1932). Entre otros trabajos recientes valiosos y siempre críticos en éste campo están Little, "A critique of Welfare Economics" (1950) y para aquellos que les gustan las matemáticas, Samuelson "Foundations of Economic Analysis", cap. VIII (1958).

<sup>14</sup> El efecto ateniense va, por supuesto, va a ocurrir en Esparta si "una apropiada" participación en el programa general de compensación de accidentes fuese pagado de impuestos especiales que gravan la propiedad y compra de automóviles. Una "participación apropiada" en este contexto significa un monto suficiente para pagar todos los accidentes cubiertos en el programa que resulten del uso de automóviles. Ver nota infra 90.

No es necesario imaginar a alguno de nosotros sentado en su casa pensando en los costos relativos de los diferentes bienes y los placeres relativos que de estos se derivan, para que la teoría tenga sentido. El hecho es que si el costo de todos los accidentes automovilísticos tuviera que ser pagados de un fondo general del gobierno, el gasto de tener un automóvil sería mucho menor de los que ahora es, pues la gente no tendría que preocuparse más por asegurarse; el resultado sería que algunas personas comprarían más carros. Tal vez se trataría de menores de veinte, que pueden pagar US\$ 100 por un viejo automóvil, pero que no pueden pagar (o que sus padres no pueden pagar) el seguro<sup>15</sup>. O podría tratarse de personas que pueden comprar un segundo carro siempre y cuando ningún seguro fuera agregado<sup>16</sup>. Cualquiera fuera el caso, la demanda de carros aumentaría y por lo tanto el número de carros producidos, también. En realidad, el efecto sería el mismo que si el gobierno de pronto decidiera pagar el costo del acero usado por los productores de autos, obteniendo el dinero de los impuestos. En cada caso la objeción sería la misma. En cada uno, un economista diría que los recursos están más distribuidos, puesto que los bienes producidos no se-

rían queridos por los compradores sin en realidad tuvieran que pagar la totalidad de su costo a la sociedad; su costo, ya sea en términos de los componentes físicos del ítem o del gasto por accidentes asociados con su producción y uso.

La teoría de distribución de recursos no se encuentra, sin embargo, libre de limitaciones. Una dificultad fundamental se vincula a la existencia del poder monopolístico<sup>17</sup>. Bajo la teoría de la distribución de recursos, la elección entre bienes generalmente depende de los precios relativos de los bienes. Pero el precio sólo será un fiel reflejo del costo de dos bienes en competencia, si la relación entre costo y precio es la misma en ambos bienes. Esta relación no será la misma sin embargo, cuando un bien sea relativamente competitivo y el otro relativamente monopolístico. En general, los vendedores de las industrias relativamente monopolistas venden a un precio superior en relación a sus costos, que los vendedores de las industrias relativamente competitivas<sup>18</sup>. Como resultado, se demanda menos bienes a las industrias monopolistas, de los que se encuentran garantizados por su costo real<sup>19</sup>. Esta es la idea que los economistas y abogados antimonopolistas tienen en mente cuando hablan de la mala asignación de

<sup>15</sup> "Poder pagar" no es, por cierto, el término económico adecuado, aunque es uno de los que normalmente usaríamos. Técnicamente, sin embargo, la pregunta no es cuánto, en términos absolutos, el adolescente o su padre tiene o puede pagar el seguro, sino cuándo él piensa que vale la pena gastar esa cantidad de dinero en un carro antes que en otros bienes. "Otros bienes" incluye el descanso que el adolescente tendrá que sacrificar para ganar el dinero necesario.

<sup>16</sup> Un caso de este tipo de efecto sucedió aparentemente en Nueva York recientemente con la entrada del seguro obligatorio. Ver "N.Y. Vehicle and Traffic Law", sección 312, el precio de las carcochas, cacharros y automóviles viejos en general, se ha derrumbado.

<sup>17</sup> Una limitación igualmente importante, y que ha preocupado tradicionalmente a los economistas incluso más que el problema del poder monopolístico es el de la distribución de ingresos. Salvo que el ingreso -y como consecuencia los bienes y servicios sean distribuidos en la sociedad de una manera que la propia sociedad encuentre satisfactorio, sería tonto decir que la sociedad está mejor si todos los consumidores pueden elegir qué es lo que quieren para ellos luego de ver cuál es el verdadero costo de sus opciones. En lugar de esto, una situación en la que, a través de la falsificación de los costos de varios bienes, lleva a una más satisfactoria distribución de ingreso podría ser preferible desde el punto de vista de la sociedad. Así, si la sociedad encuentra que los pobres son demasiado pobres, y que los pobres usan widgets en grandes cantidades, podría ser que la sociedad estaría mejor si los widgets fuesen más baratos -esto es que fuesen "subsidiados" - a través de no cargarles el costo de los accidentes, que si se les hiciera cargarlo completamente. Ver, en general, el brillante tratamiento del problema en Samuelson, op. cit., supra nota 13, pp. 203-228, 249-253. En nuestra sociedad, sin embargo, el principal instrumento de distribución de ingresos es el sistema tributario. Y no es difícil de sentir que la manera más honesta para alcanzar la redistribución del ingreso - si es que se desea hacerlo - es a través de los impuestos y subsidios directos a aquellos que deseamos ayudar. Estos últimos deben decidir si quieren usar el subsidio para widgets o salmón ahumado. Como resultado uno puede concluir que la justificación de asignación de recursos se mantiene incólume por la insatisfacción con la distribución del ingreso existente. Esto no es completamente cierto. En primer lugar muy pocos impuestos se libran de generar una mala distribución de recursos de alguna manera. Ver infra, nota 26. Y es al menos teóricamente posible, aunque en realidad muy improbable, que pueda encontrarse un sistema de asignación de pérdidas por responsabilidad civil que pueda alcanzar una distribución del ingreso deseable a un costo de una menor mal asignación de recursos que el sistema tributario, al hacerlo. En segundo lugar, puede ser que una redistribución, aunque deseable, pudiera no ser alcanzada a través del sistema tributario por razones políticas. En tal caso, nuevamente, la responsabilidad civil u otras áreas del Derecho podrían ser utilizadas para alcanzar la redistribución, a pesar del indeseable efecto en la asignación de recursos. Todo esto no es más que decir que existen otras cosas más importantes en nuestra sociedad que la asignación de recursos, y que podría tranquilamente dejarse de lado la mejor asignación de recursos si a través de ello se alcanza el cumplimiento de otros objetivos distintos. Ver infra nota 28 y el texto que la acompaña. Esto no significa, sin embargo, que la asignación de recursos podría no ser un factor importante en decidir qué debe hacerse. Para una discusión sobre otras limitaciones a la teoría de asignación de recursos, limitaciones causadas por el desempleo y por el sistema tributario, ver a manera general Little, op. cit., supra nota 13, cap. XV. Estas limitaciones no destruyen la utilidad de la teoría. Pero pueden demostrar que malas asignaciones de recursos menores son insignificantes. Como un resultado cualquier sistema de distribución de pérdidas que se comprometa con la asignación de recursos puede ignorar malas asignaciones menores y tiene que preocuparse solamente por efectos mayores en los precios.

<sup>18</sup> Los economistas notarán que estoy utilizando mal el término "costo". Así, si la comparación es entre el competidor puro y el monopolio puro, lo que digo podría ser cierto en términos de costos contables. Pero si comparo un competidor puro y un vendedor en una industria en competencia monopolística, lo que digo sólo será verdad en el sentido que el precio no refleja propiamente el costo óptimo que podría obtenerse bajo condiciones de competencia pura. Ver Stigler, "The Theory of Price" (1949).

<sup>19</sup> Decir que menos bienes serán demandados en la industria monopolística no es más exacto, técnicamente hablando, que decir que menos bienes serán ofertados por esa industria. En la industria relativamente monopolística el productor maximiza sus utilidades vendiendo a un precio superior al que obtendría si la industria fuese competitiva. El hace esto a través de vender menos bienes a ese precio y produce menos de lo que produciría de otra manera. Al precio monopolístico los consumidores comprarán menos de la cantidad que comprarían a un precio menor. Cuando esto quiere decir que menos bienes son demandados u ofertados no me impresiona como una pregunta importante. Ver Marshall "Principles of Economics", pp. 348-350 6ta. ed., (1910).



recursos producida por el monopolio<sup>20</sup>. Si entonces, contamos con que las personas escojan lo que desean sobre la base del costo total de un bien a la sociedad, nos engañamos a nosotros mismos donde quiera que existan diferentes grados de poder monopólico<sup>21</sup>. Y como el monopolio distorsiona la asignación de recursos, cualquier sistema de asignación de pérdidas basado en esta teoría debe tomar en cuenta este posible prejuicio<sup>22</sup>.

Pero dejando de lado por un momento los problemas que el monopolio trae, el sistema más deseable de la distribución de pérdidas "*bajo una estricta teoría de asignación de recursos*", es aquél en el que los precios de los bienes reflejan, de modo exacto, su "*costo social*" a la sociedad. Por lo tanto, la teoría requiere, en primer lugar, que el costo de los daños sea asumido por las actividades que los causan, exista culpa o no, ya que en cualquier supuesto, el daño es un costo real de esas actividades. Es debido a esta base objetiva (sistema que no requiere culpa), que la "*responsabilidad de la Empresa*" se ve a menudo unida a otro sistema no culposo de asignación de pérdidas, bajo el título general de "*distribución del riesgo*". En segundo lugar, la teoría requiere que dentro de las muchas partes comprometidas con una empresa, la pérdida se adjudique a la parte que sea más propensa a provocar que la carga se refleje en el precio de lo que quiera que la Empresa venda.

¿Pero cuál es esa parte?. Es acaso el trabajador que ha sido perjudicado, o su empleador; es el depositante cuyo che-

que es falsificado, o el banco; es el peatón o el conductor del carro que atropella al primero?. Aquí, la teoría económica tradicional es de muy poca ayuda. En el mundo del economista casi nunca importa si el costo de un daño se le carga al trabajador o a su empleador. En términos de una teoría pura de asignación de recursos y distribución de pérdidas, si el daño o le fuera imputado al trabajador, éste podría asegurarse y demandar salarios más altos para pagar el costo de ese seguro. Alternativamente, a pesar de que tal vez no contra un seguro, aún demandaría salarios más altos como una compensación por el riesgo. Por otro lado, el empleador bajaría sus salarios si de pronto se le transfiriera el riesgo del daño causado a sus trabajadores. De cualquier manera, la teoría funciona, el costo estaría en los salarios y en los precios.

Este argumento de una teoría pura de distribución de pérdidas, que fue usado en discusiones acerca de la compensación de los trabajadores unos cincuenta años atrás, para explicar por qué la compensación no ahorraría el dinero de los trabajadores, es en realidad inexacto<sup>23</sup>. Presupone un mundo económico totalmente racional y perfecto, el cual no existe. En primer lugar, incluso si ese mundo en verdad existiera, algunos riesgos aún podrían ser asignados a la actividad que los ocasionó "*por una sola de las partes*". Por lo tanto, un peatón, incluso tentado a comprar un seguro para accidentes por el riesgo de ser atropellado por un carro, no podrá hacer que el daño fuera parte del

<sup>20</sup> Ver por ejemplo Atty Gen . Nat'lomm. Antitrust Rep. p. 317 (1955).

<sup>21</sup> Lo mismo sería cierto, hasta cierto punto, en industrias competitivas que vienen experimentando rápidos cambios en tecnología. En este caso, en cualquier período de tiempo dado, el precio puede no reflejar el verdadero costo de los bienes. Ver infra, nota 78. Si tomamos un período de tiempo largo, sin embargo, parece seguro afirmar que más daño se produciría por tratar de compensar -a través de ajustes en la responsabilidad civil- por distorsiones temporales de los costos por estas industrias que por tratar estas industrias de la misma manera que todas las otras industrias competitivas. Pero debe revisarse el texto en las notas 43-47, infra.

<sup>22</sup> El problema es que una vez que existe una mala asignación como consecuencia del monopolio no existe una razón "*a priori*" para creer que las medidas que hubieran mejorado la asignación de recursos ausente en el caso del poder monopólico puedan aún cumplir éste objetivo. Ver Clark "*Toward a Concept of Workable Competition*", American Economic Review, vol. 30, p. 241 (1940). Samuelson, op. cit., supra nota 13, pp. 252-253. Por supuesto que uno puede tomar la misma actitud hacia el monopolio que la que yo he tomado sobre la distribución del ingreso, ver supra, nota 17, y argumentar que existen mejores maneras para resolver el problema del monopolio que a través de compensar por sus posibles malas asignaciones por reordenar la asignación de pérdidas por accidentes, y en consecuencia causando otras malas asignaciones. O uno puede tomar el punto de vista que yo tome sobre las innovaciones, ver nota 21, supra, y sostener que, finalmente el problema del monopolio es uno de tiempo, y que en el transcurso de un largo período de tiempo peores malas asignaciones son probables que sucedan como consecuencia de tomar medidas dentro del sistema de responsabilidad civil para compensar por las malas asignaciones que el monopolio ocasiona originalmente. Yo prefiero coincidir con estas perspectivas, que se resisten a "*no compensar por un daño a través de crear otro daño; tú sólo causas problemas por tí mismo*", y pensar que la justificación de la asignación de recursos puede ser defendida sólo en estas bases. Si ustedes están de acuerdo, serán capaces de evitar las complejidades del texto de las notas 31-45 infra. Se requieren más evidencias -continúen leyendo!

<sup>23</sup> Ver Taussing, "*Principles of Economics*" pp. 326-327 (1911); Brown, "*The incidence of compulsory insurance of workman*", Journal of Political Economics, vol. 30, p. 67 (1922).

precio de los carros. Como resultado, los compradores de autos no tendrían razón alguna para no comprar carros, a pesar de que sus compras aumentarían el costo del seguro de peatones<sup>24</sup>. En realidad, estarían en la misma situación que C.J. Taney en Esparta, para que el costo real de un carro no se refleje en su precio de compra. Si el riesgo del accidente en cambio, fuera puesto sobre el dueño del carro, visto como conductor, este costo agregado se reflejaría en el gasto real de tener un auto y afectaría las compras de automóviles. En segundo lugar, en el mundo real no todas las partes consideran las pérdidas del mismo modo, o tienden a asegurarse de la misma manera. Antes de la compensación de los trabajadores, el trabajador individual simplemente no consideraba que el riesgo del daño fuera tan grande como era realmente. Se arriesgaba, e incluso si no deseaba hacerlo, el hecho de que otros trabajadores lo hicieran, lo forzaba a hacer lo mismo o morir de hambre. El resultado, además de algunas tragedias individuales, fue que los precios y salarios de ciertas industrias no reflejaban las pérdidas que causaban. Finalmente, el seguro le puede costar menos a una parte que a otra. Si esto es así, la parte que debe asumir el riesgo es aquella cuyos costos de seguro son más bajos. Sólo así porque es recién ahí que los costos reales de los daños se reflejan en los precios, y no unos costos inflados por seguros más caros.

Hay, naturalmente, algunas situaciones en las que la teoría de la distribución de pérdidas se aplica, y otras en las que

en realidad no importa quién soporta la pérdida inicialmente. Algunos, no todos, los casos de contratantes independientes y algunos casos de responsabilidad por el producto, pueden servir de ejemplos<sup>25</sup>. Pero cuando quiera que una parte se encuentra en realidad "en una mejor posición" para asignar el costo de la pérdida específica a la actividad o mercancía pertinente, la asignación de recursos requiere que esta parte asuma la carga original de la pérdida.

*“Hay, naturalmente, algunas situaciones en las que la teoría de la distribución de pérdidas se aplica, y otras en las que en realidad no importa quién soporta la pérdida inicialmente”*

## EFECTO DEL PODER MONOPÓLICO EN LA JUSTIFICACIÓN PARA LA DISTRIBUCIÓN DE RECURSOS

El análisis precedente de las teorías de asignación de recursos y distribución de pérdidas, es claramente válido sólo en la ausencia del poder total del monopolio, o donde un grado similar de poder monopolístico existe en todas las industrias<sup>26</sup>. Pero ya que en la economía americana al

<sup>24</sup> En efecto este resultado aporta a la decisión de que los accidentes de automóviles son más un costo real de caminar y, en general, de vivir, que de conducir automóviles. Realmente son un costo de ambos. No he intentado, en este artículo, probar que influye nuestra decisión que un "costo" particular es causado por una actividad antes que por otra. Esta es claramente una pregunta importante. Incluso éste es el paso siguiente de cualquier análisis de distribución del riesgo. En este etapa del análisis, sin embargo, cuando nosotros no hemos aún examinado la necesidad y el efecto de cargar las actividades con esos costos que todos coincidimos estas actividades causan, este paso aparece difícil de superar. Ver textos de notas 133- 137, infra.

<sup>25</sup> La teoría tradicional debe el día de hoy tener alguna aplicación a la "compensación por accidentes de trabajo", dado el desarrollo de sindicatos fuertes en algunas industrias. No es descabellado suponer que si la compensación por accidentes de trabajo fuese abolida de pronto en estas industrias, los sindicatos demandarán mayores sueldos para sus trabajadores, impondrán mayores precauciones y contratación de seguros -o proveer protección por autoseguro- equivalente a lo que provee actualmente la compensación por accidentes de trabajo. Desde el punto de vista de la asignación de recursos -y quizás sólo desde éste punto de vista- nada cambiaría. Ver nota 128, infra.

<sup>26</sup> Los economistas suelen sugerir que en el mismo grado que en una economía hay poder monopolístico, la economía será menos deseable que una completamente competitiva. Las razones son demasiado complicadas para ser tratadas aquí, pero involucran el hecho que se producirá menos en un monopolio que en un mercado competitivo(s), como los economistas señalan, las condiciones de "trabajo-descanso" por una organización óptima serían violadas. Pero "malas asignaciones" similares son ocasionadas por prácticamente todas las formas de tributación. Ver Ruggles, N. "Developments in Theory of Marginal Cost Pricing", Review of Economics Studies, vol. 17, pp. 107, 110-114 (1949); Little, op. cit., supra nota (13), pp. 129-165, 294-300. Como resultado, estoy menos preocupado con ellos que con las malas asignaciones entre diferentes bienes. Esto es que estoy preocupado más por cuando se producen demasiados carros en relación a los televisores y cuando ambos, televisores y carros, usan demasiado acero en relación al aluminio, que con la producción total de acero, carros, televisores y cuchillos de fruta.

poder monopolístico en realidad varía enormemente de industria a industria, la difícil pregunta de si estas teorías se hallan igualmente justificadas en la presencia de monopolios, resulta crucial. Esto es porque el vendedor relativamente monopolístico carga un precio que es más alto en relación a sus costos, que aquél cargado por un vendedor relativamente competitivo; por lo tanto crea un cambio en la preferencia por los bienes monopolísticos, demandándose menos de estos de lo que justificarían sus costos reales<sup>27</sup>. Se puede argüir, por lo tanto, que cargar a un productor monopolístico con todos sus costos por accidentes, frecuentemente no influenciaría en corregir la distorsión, y en el caso de que los costos fueran relativamente altos, podría incluso aumentar dicha distorsión. Así, por lo menos de primera impresión, podría parecer que los costos de accidentes deberían trasladarse a las industrias competitivas para inducir las a cargar más y producir menos, mientras que para contrarrestar la relativa baja producción monopolística, estos costos no deberían colocarse en las industrias monopolísticas. Algunas de las razones para no desear un sistema tal aparecerán posteriormente en la discusión de la "*buena bolsa*" (deep pocket) o de la idea de "*que el hombre rico pague*", extraída de lo que se conoce como distribución del riesgo. Sin embargo, por el momento, basta notar que mientras la teoría de distribución de recursos puede ser suficientemente fuerte para justificar algunas modificaciones en la forma en que las pérdidas son asignadas, no basta para justificar modifica-

ciones que se oponen a creencias políticas básicas en nuestra sociedad, como la creencia de que los monopolios deberían ser tratados peor que pequeños competidores, o por lo menos no mejor que estos<sup>28</sup>.

Afortunadamente para la teoría de asignación de recursos, un análisis más cuidadoso destruye gran parte de la validez teórica de este argumento de "*monopolio subsidiado*". En primer lugar, la teoría de asignación de recursos es de importancia primordial en supuestos que contemplan dos o más productos que pueden sustituirse entre sí (de manera significativa). C. J. Taney es enfrentado a la alternativa de usar aluminio y acero en la producción de "*widgets*". Supongamos que uno de estos sólo puede ser producido con un alto costo de accidentes, mientras que el otro implica en realidad muy pocos accidentes. La elección de Taney entre los dos metales se verá influenciada por sus precios relativos y estos a su vez dependen de si el costo de accidentes es cargado a las industrias productoras de metales o no<sup>29</sup>. Desde el punto de vista de la asignación de recursos el hecho de que tanto el acero como el aluminio tengan un alto grado de poder monopolístico cuando son comparados con los restaurantes de mariscos resulta irrelevante. La elección es entre acero y aluminio y no entre estos y mariscos fritos. Poner el costo de accidentes sobre los restaurantes de mariscos y no sobre las plantas de acero y aluminio, ayuda a combatir una pequeña mala distribución de compras entre metales y mariscos, pero este ajuste crearía una mala asigna-

<sup>27</sup> Ver Lerner, "*The concept of monopoly and the measurement of monopoly power*", *Review of Economic Studies*, vol. 1, pp. 157-172 (1934); Samuelson, "*Economics*" p. 609 (3ra. ed. 1955).

<sup>28</sup> El lector puede preguntarse por qué el sistema de responsabilidad civil debería usarse para compensar la relativa baja producción del monopolista. Y debo decir que coincido con él. Ver notas 17, 21, 22 supra. Uno podría, incluso, desincentivar sobreproducción en industrias competitivas a través de impuestos discriminatorios. Ver Ralph y Break, "*The welfare aspects of Excise Taxes*" *Journal of Political Economics*, vol. 57, pp. 46-51 (1949). Y el que no lo hayamos hecho es una inclinación que no consideramos que la poca producción relativa por industrias monopolistas suficientemente vital como para justificar se tomen medidas que nos parecen indeseables por otras razones. Lo mismo puede ser claramente aplicado al uso de la responsabilidad civil de esta manera. En contraste, donde las ideas sociales y políticas prevalecientes no van contra la política que requiere la asignación de recursos contra los monopolísticos, tal política tiende fácilmente a convertirse en parte del Derecho. Las leyes antimonopolio son un ejemplo de este intento de controlar la mala asignación de recursos causado por las industrias monopolísticas de una manera que no ofenda, y en consecuencia, se apoya en otras razones políticas y sociales. Ver Att'y Gen. Nat'l Comm. Antitrust Rep. pp.1-2 (1955); Grampp y Weiler, "*Economic Policy*" p. 129 (1953).

<sup>29</sup> Para este punto, y a lo largo de este artículo, no existen diferencias si el costo del accidente es visto como consecuencia de daños a los trabajadores en las fábricas de "*widgets*", o a los consumidores de "*widgets*", o a los dos.

ción de recursos, entre acero y aluminio, cuyos precios no reflejarían sus costos relativos debido a la diferencia en los tipos de accidentes en ambas industrias.

En Estados Unidos, las industrias que producen bienes que pueden hasta cierto punto, sustituirse entre sí, tienen de una manera general, grados similares de poder monopólico. Así, un sistema de asignación de pérdidas que imputará a todas las industrias los costos de accidentes, sería uno muy bueno desde el punto de vista de la asignación de recursos, a pesar de que el poder monopólico varía enormemente dentro la economía general.

Incluso en los casos en que las industrias productoras de bienes sustitutos entre sí no tienen el mismo grado de poder monopólico, cambios en el proceso de fijación de precios pueden promover en algunos casos una favorable distribución de recursos. Para entender esto es necesaria, sin embargo, cierta tediosa discusión de cómo los costos agregados se reflejan en los precios. Estos ejemplos de una favorable asignación de recursos, como resultado de cambios en el sistema de precios, probablemente no son lo suficientemente importantes por sí solos como para emprender la tarea de hacerlo. Pero una comprensión de los conceptos de fijación de precios involucrados, será útil posteriormente en la discusión acerca de la distribución de pérdidas y por lo tanto estos pueden ser tratados aquí y posteriormente.

Dos teorías de precios están en boga actualmente entre los economistas. La tradicional o "*teoría marginal*", que asume que el vendedor está menos preocupado por el costo promedio de producción, que por lo que le cuestan las últimas unidades

que produce en relación a lo que éstas le reportan<sup>31</sup>. Siempre que le cueste menos producir la última unidad o los últimos mil "*widgets*" de los beneficios que recibirá al vender estos "*widgets*" adicionales, los producirá. En este punto de equilibrio las ganancias serán maximizadas y las pérdidas minimizadas. Asumiendo que los aumentos en la producción de "*widgets*", están acompañados por costos de accidentes más altos, un vendedor al que se imputa costos de accidentes producirá menos "*widgets*" y cobrará un precio más alto por cada uno. El hará esto pues se regresará al punto en que producir más "*widgets*" aumentará sus costos totales en una proporción más alta que sus rentas totales, puesto que mientras el ingreso adicional derivado de producir 1,000 "*widgets*" extras no varía, ahora cuesta más producir los últimos 1,000 "*widgets*".

Pero en vez de variar de acuerdo a la producción, los costos de responsabilidad por daños pueden ser constantes sin importar el volumen de producción. Pueden en efecto ser un impuesto para entrar en la industria. Un ejemplo de tales costos fijos sería la cantidad global de daños otorgada a los propietarios vecinos si una fábrica causa un perjuicio. Una vez que el pago -digamos US\$ 10,000- es hecho, no hay diferencia entre hacer 1 ó 1'000,000 de "*widgets*". En esta situación, a pesar de que las ganancias decrecerán por la cantidad de daños, el colocar los costos de accidentes en la industria no afectará para nada el precio o la producción, a menos que alguien que suela producir "*widgets*" decida no seguir produciéndolos, el incremento en el costo total por la producción de los últimos 1,000 "*widgets*" permanecerá constante, al igual que el incremento en

<sup>30</sup> Una explicación completa de esta teoría puede ser encontrada en Stigler, "*The theory of Price*" (1949).

<sup>31</sup> Ver Natter, "The Extent and Growth of Enterprise Monopoly", en Gramp y Weiler, "*Economic Policy*", pp. 141-146 (1953).

el ingreso producto de su venta, debido a que cuesta US\$ 10,000 entrar al negocio en primer lugar. Ya que el punto de equilibrio en que las ganancias se maximizan permanece igual, ninguna variación en los niveles de producción tenderá a mitigar esta pérdida o retornar las ganancias a sus niveles previos. En resumen, Taney puede decidir que debido al costo agregado de US\$ 10,000 por estar en el negocio de "widgets", (costo en que incurre así produzca 1 ó 1'000,000 de "widgets"), no vale más la pena que produzca artilugios. Pero si decide que aún es rentable, venderá tanto y al mismo precio que antes.

El precio y la producción pueden igualmente no verse afectados cuando los costos de los accidentes varían debido a grandes cambios en la producción, pero son constantes en cuanto a pequeños cambios. Por ejemplo, supongamos que cuesta US\$ 1,000 el seguro, si Taney produce de 1 a 100,000 "widgets", US\$ 2,000 si son de 100,000 a 1'000,000 y así sucesivamente. Hay que asumir que Taney produce normalmente 900,000 "widgets". Bajo estas circunstancias, colocar los costos de accidentes sobre Taney no alteraría el precio o la producción a menos que Taney llegue al límite y decida que le conviene producir menos de 100,000 artilugios para así ahorrar los US\$ 1,000 de seguro extra.

Se dice que el gasto agregado y la inconveniencia de calcular el punto óptimo de ganancia de la teoría marginal explica la popularidad de la más empírica, teoría de precios del "costo agregado"<sup>32</sup>. Esta teoría establece que los productores no toman

en cuenta el costo de producir sus últimas unidades (o unidades marginales), y si ganaran más dinero al hacerlo, resulta irrelevante porque en realidad no lo hacen. La teoría afirma que los productores toman el costo promedio de producir sus mercaderías, agregan a este costo una cantidad fija o un margen de ganancia, y luego producen lo que piensan que pueden vender a ese precio. Bajo esta teoría, las ganancias no son "maximizadas" debido a que el cómputo del precio por unidad incluye los costos fijos de hacer negocios -costos que son irrelevantes para determinar si es que las ganancias aumentarán con la producción de una o más unidades adicionales. El costo más el precio significa que los costos de los accidentes automáticamente se reflejarán en los precios, sin tomar en cuenta si los costos agregados de accidentes fueran fijos o variables<sup>33</sup>.

¿Cómo es que estas teorías de fijación de precios se relacionan con el argumento de que la asignación de recursos requiere de la corrección de las distorsiones entre el monopolio y los precios de industrias competitivas, cargando los costos de los accidentes solamente a las empresas competitivas por sí solas?. Bajo la teoría empírica del "costo agregado", tanto dentro de las industrias monopólicas como en las competitivas, habría un efecto inmediato en los precios y producción como resultado de un gasto agregado en los costos de los accidentes. Esto tal vez tenga un efecto favorable en la asignación de recursos donde quiera que las industrias compitan principalmente con otras indus-

<sup>32</sup> Ver Hall y Hitch, "Price Theory and Business Behavior", Oxford Economic Papers, vol. 2, p. 12.

<sup>33</sup> Mucho se ha dicho en contra y a favor de estas teorías. Y algunos han tratado de demostrar que ellas no llegan a lo mismo en ciertas situaciones que ocurren con diversos grados de frecuencia. Ver Lester, "Shortcomings of Marginal Analysis for Wage-Employment Problems", American Economic Review, vol. 36, p.519 (1946); Lester, "Marginalism, Minimum Wages, and labor markets", American Economic Review, vol. 37, p. 135 (1947); Machlup, "Rejoinder Zoan Antimarginalist", American Economic Review, vol. 37, p. 148 (1947); Stigler, "Prof. Lester and The Marginalists", American Economic Review, vol. 37, p. 154 (1947); Oliver, "Marginal Theory and Business Behavior", American Economic Review, vol. 37, p. 375 (1947). En general, no me preocupa cual de las dos es la más válida. Ver nota 34, infra.

trias que tengan más o menos el mismo grado de poder monopolístico<sup>34</sup>. Tendrá un efecto desfavorable sólo cuando las industrias relativamente monopolísticas con costos de accidente elevados, compitan principalmente con industrias relativamente competitivas con bajos niveles de accidentes. La razón para el efecto desfavorable en este caso, como dijimos antes, es que sin la adición de costos de accidente, los precios fijados por los monopolios propensos a accidentes, aunque inflados porque las industrias eran monopolísticas, eran incompletos ya que no reflejaban el costo de accidentes en la producción. Por lo tanto los dos errores tendían a anularse mutuamente. Al añadir los costos de los accidentes en base a la asignación de recursos, hemos corregido sólo uno de los errores, el de no contemplar todos los costos, y de este modo destruido esta tendencia correctiva.

Si uno acepta la teoría marginal tradicional el resultado sería el mismo si los costos de accidente varían lo bastante seguido con la producción, pero serían bastante distintos en el caso de ser fijos o estar sujetos a cambio sólo en grandes modificaciones de los niveles de producción. En los últimos casos el efecto inmediato sobre los precios y la producción sería nulo y así no habría efecto inmediato sobre la asignación de recursos de ninguna manera. Existe, sin embargo, un efecto secundario marcadamente distinto en firmas monopolísticas y competitivas que se encuentran bajo esta asunción del costo. Y este efecto secundario, sin favorecer a los monopolios, promueve

una asignación de recursos favorable, en el difícil caso en que una industria relativamente competitiva compite con una industria relativamente monopolística.

Taney produce "*widgets*". La producción de estos bienes es altamente competitiva y Taney es muy poco capaz de sacar provecho de ella. De pronto es sorprendido por el requisito de pagar por los accidentes causados por la producción de artilugios. Asumamos que los costos de seguros son tales que se le gravaría lo mismo, produzca lo que produzca, siempre y cuando lo haga<sup>35</sup>. El asegurarse lo hará salir del negocio; el no asegurarse, terminaría finalmente sacándolo del negocio a él, o a un competidor desafortunado, que sufriera eventualmente los accidentes. Quedarían menos productores de "*widgets*", la producción sería menor, y esa producción se venderá ahora a un precio más elevado, uno suficiente para cubrir accidentes además de otros costos. Si Taney estuviera en una industria monopolística, también hubiera sufrido una disminución en sus ganancias porque tendría que cubrir los costos de los accidentes, y ya que esos costos de accidentes no variaron con la producción, él no podía transferir ninguna parte de ellos a los consumidores a través de la producción y variación en los precios. Pero en todo caso, todavía seguiría produciendo lo suficiente después de que sus ganancias disminuyeran para que valiera la pena quedarse en el negocio. Sus ganancias extras, o de monopolio, habrían sido recortadas, pero seguiría sobreviviendo. Lo mismo pasaría con los otros pocos en

<sup>34</sup> Lo dicho en este párrafo requiere algunas calificaciones. El precio por "*costo agregado*" involucra, necesariamente, alguna mala asignación de recursos. Así, si el usa previamente los precios por costos agregados ha ocasionado una sustancial baja producción en la industria, y puede ser que un recorte adicional en la producción descrita en el texto preceptúe la mala asignación. Si los precios por costo agregado son usados por empresas sólo como una regla de tanteo dentro de los amplios límites del precios marginal, y si nos preocupa aproximarnos a una deseable asignación de recursos antes que lograr una asignación perfecta, entonces la afirmación hecha en el texto es suficiente. Siendo que los estudios empíricos hechos sobre los precios no justifican, desde mi perspectiva, más que la limitada solicitud por precios según costos agregados hecha en esta nota a pie de página, ver Samuelson, "*Economics*" pp. 460-464 (3ra. ed. 1955), y desde que yo estoy interesado sólo en aproximaciones, no creo que en la práctica la afirmación del texto pueda estar muy equivocada. Yo también hablo, en este párrafo, del precio por costo agregado en industrias competitivas. Industrias perfectamente competitivas podrían no emplear éste método para determinar los precios. Pero industrias que sin estar en una competencia perfecta, estén en una competencia relativa dentro de los términos de éste análisis podrían muy bien emplear precios por costo agregado.

<sup>35</sup> Este ejemplo, con seguro fijo, es quizás poco realista. Pero el mismo efecto es posible en una situación más real; donde el problema sean daños por monto fijo en contraposición al caso de daños variables como en las molestias por razones de vecindad. Ver notas 108-111, infra y el texto correspondiente.

su industria. La producción por lo tanto se mantendría igual, así como el precio. En resumen, si la teoría es exacta las empresas competitivas al final reaccionarían a los aumentos en los costos fijos, perdiendo algunos competidores; las industrias monopolísticas, por otro lado, no se verían afectadas en su tamaño y producción, a pesar de que sus ganancias extras bajarían. El resultado neto sería un precio relativamente más alto y una producción menor en la industria competitiva, un resultado deseable desde el punto de vista de la asignación de recursos. Se analizará posteriormente, en una sección acerca de la distribución de las pérdidas, si el efecto favorable de esta asignación de recursos, en tales casos, es alcanzado concentrando pérdidas -poniendo al honesto y competitivo Taney contra la pared en lugar de distribuyéndolas<sup>36</sup>.

Hay todavía otra situación en la que la responsabilidad de la Empresa podría promover una asignación de recursos favorable, a pesar de la existencia de grados variables de monopolio entre las industrias que producen bienes que son sustitutos razonablemente cercanos entre sí. Aquí es donde la industria relativamente monopolística se conforma de unas pocas firmas independientes, lo que los economistas llaman un oligopolio. En tal situación, los economistas arguyen que los precios tienden a ser muy "pegajosos". Cada firma sabe que si reduce sus precios en un intento de elevar su participación en el mercado, todas las demás la seguirán, y no se ganaría nada. De manera similar, cada firma teme que un aumento de su parte no fuera seguido por otras firmas y

que esto dejaría al que sube los precios, sin participación en su mercado<sup>37</sup>. Si esto es así, colocar las pérdidas por accidentes en la industria podría causar que no haya ningún cambio en el precio ni en la producción. Y esto sería así incluso si los costos agregados variaran con la producción. Las ganancias, por su puesto, bajarían pero nadie dejaría la industria ya que, como se ha dicho, la estructura del oligopolio probablemente garantiza más ganancias que las que podrían obtenerse en cualquier otra parte. En cambio, cualquier pérdida colocada en una industria competitiva que produjese bienes que fueran sustitutos generales de los productos de la industria oligopólica daría como resultado una baja en la producción y un incremento en el precio, cualquiera fuera el método para fijar los precios que siguiera la Empresa. Así, el efecto de colocar pérdidas en ambas industrias sería deseable desde el punto de vista de la asignación de recursos, debido a que el sobreproductor relativo, y la industria competitiva, estarían vendiendo menos.

Si los productos de la industria oligopólica tuvieran como sustitutos los bienes producidos por una industria que se acercara a un verdadero monopolio, se produciría un resultado muy distinto. Pues mientras el monopolio restringiría la producción en respuesta al alza del costo<sup>38</sup>; el oligopolio más competitivo no lo haría. Y la ya existente baja producción de parte del monopolio se acentuaría. Mientras los verdaderos monopolios rara vez existen en nuestra economía, un resultado similar podría ocurrir en el caso que una industria compuesta por un oligopolio débil pro-

<sup>36</sup> El problema se torna de alguna manera más complicado si la industria competitiva es de aquellas en las que incluso empresas que pierden mucho dinero tienden a quedarse en el negocio, industrias en las que por cualquier razón existen "barreras para salir". Los problemas involucrados son discutidos con algún detalle luego. Por el momento es suficiente decir que salvo que la industria esté en expansión, de manera que las presiones para salir resulten del costo agregado son convertidas en una tasa más lenta de crecimiento, el efecto de las "barreras para salir" será hacer a la industria competitiva reaccionar a los costos adicionales de la misma manera que la industria monopolística. Este resultado tendería por supuesto a mantener la mala asignación existente.

<sup>37</sup> Ver Galbraith, "Monopoly and The Concentration of Economic Power", en American Economic Ass'n, a survey of Contemporary Economics, pp. 99-113 (Ellis ed. 1949), Rothschild, "Price Theory and oligopoly", Economics Journal, vol. 57 p. 299 (1947), Sweezy, "Demand under condition of oligopoly", Journal of Political Economics, vol. 47, p. 568 (1939). Uno puede preguntarse, sin embargo, cuanto tiempo estas condiciones, basadas en la falta de información y confianza mutuas, pueden durar.

<sup>38</sup> Salvo, por supuesto, que los costos agregados fuesen fijos en relación a los niveles de producción y el monopolio no usa los precios por el costo agregado.

dujera sustitutos para bienes producidos por un oligopolio mucho más organizado. En el primero podría "entenderse" que cuando los costos subieran, los precios también subirían, o un "entendimiento" de que si una firma subiera sus precios, las otras deberían hacer lo mismo. Una industria de este tipo se comportaría de manera similar a un monopolio perfecto, y subirían los precios en respuesta a un alza en los costos si estos variaran con la producción<sup>39</sup>. Sin embargo, el oligopolio más débil, no tendería a subir sus precios y su relativa sobre producción relativa se acentuaría.

En resumen, hay muchas situaciones -quizá las más importantes- en las que ubicar las pérdidas en la actividad que las ocasiona serviría para fomentar una mejor asignación de recursos, a pesar de los grados variables del poder monopolístico, y donde no poder hacerlo, causaría malas asignaciones. Esto sería particularmente cierto en los casos en que las industrias que producen sustitutos generales tienen grados esencialmente similares de poder monopolístico. E incluso en algunas situaciones en las que las industrias producen bienes que son sustitutos razonablemente cercanos para los productos de industrias relativamente monopolísticas, un efecto favorable de la asignación de recursos se deriva de la responsabilidad de la Empresa. Indudablemente, también hay situaciones en las que la responsabilidad de la Empresa no causaría ningún efecto en la

asignación de recursos. Una situación de este tipo podría darse cuando las industrias productoras de bienes sustitutos fueran oligopólicas y no pudieran cambiar los precios y la producción como resultado de costos incrementados (o donde los costos agregados fueran fijados de acuerdo a la producción), y en la que todas las firmas en las industrias involucradas estuvieran generando ganancias extras para sobrellevar la pérdida en las ganancias acarreadas por el costo invariable del bien<sup>40</sup>.

En algunos casos la implantación de la responsabilidad de la Empresa por costos de accidente iría contra la teoría de asignación de recursos. Estos casos son aquellos en los que dos malas asignaciones se cancelan entre sí y en los que la corrección de uno de estos errores por costos de accidente, en realidad acentuarían la mala asignación de recursos. Tal situación existiría si una industria competitiva produjera bienes que fueran sustitutos de los productos de una industria monopolística, si la industria monopolística tiene costos por accidentes más elevados que la competitiva y si además estuviera en una posición en la que sus ganancias se vieran menos afectadas por un aumento en los costos si es que reaccionara aumentando precios y reduciendo la producción decreciente. Mientras una situación de este tipo puede existir, y de hecho existe, es justo decir que predominan los casos en que la responsabilidad de la empresa mejoraría una correcta asignación de recursos<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Ver Fellner "Competition Among the few" cap. VI, pp. 175-183 (1949); Rothschild, supra nota 37, pp. 452-457.

<sup>40</sup> Otro caso en el que colocar los costos de los accidentes no tendría ningún efecto útil en la asignación de recursos es el extremadamente extraño caso en el que los productos de una industria no tienen ningún sustituto significativo. En tal caso la misma cantidad sería producida por la industria a través de un precio más alto, cualquiera sea el costo que se le carga. Ver Boulding "Economic Analysis", pp. 120-131, 143-144 (3ra. ed. 1955). En todos éstos casos un efecto significativo en la asignación ocurriría si cobrando el costo de los accidentes en la industria ocasionara un cambio en los recursos usados en la producción de "widgets", incluso a través del costo agregado que uno no haría ninguna diferencia en el precio ni en la producción de "widgets". Así, un efecto importante desde el punto de vista de la asignación de recursos se produciría si más aluminio y menos acero son utilizados en hacer "widgets" porque el acero causa mayores costos por accidentes que el aluminio.

<sup>41</sup> Aquí es oportuno llamar la atención sobre otra razón por la que la justificación de asignación de recursos no puede ser llevada a extremos. Muchas compañías que producen diferentes bienes asignan los costos a sus productos arbitrariamente. Podría ser posible que bajo este sistema el costo de los accidentes causado principalmente por un bien sea cargado a varios y se refleje en el precio de cada uno. Este sistema resultaría en una mala asignación de recursos. Se perdería mucho tiempo en analizar cuando colocar el costo de los accidentes en algunas industrias específicas ayuda o estorba a esta mala asignación. El hecho que las firmas involucradas no le den importancia a asignar los costos a sus productos arbitrariamente. Podría ser posible que bajo este sistema el costo de los accidentes causado principalmente por un bien sea cargado a varios y se refleje en el precio de cada uno. Este sistema resultaría en una mala asignación de recursos. Se perdería mucho tiempo en analizar cuando colocar el costo de los accidentes en algunas industrias específicas ayuda o estorba a esta mala asignación. El hecho que las firmas involucradas no le den importancia a asignar los recursos de manera más precisa indica, sin embargo, que la mala asignación no puede ser significativa. Entonces, si estamos preocupados sólo con evitar malas asignaciones mayores en el sistema de responsabilidad civil, ésta imperfección no debe preocuparnos. Desde éste punto de vista, la pregunta no es como el problema de la mala asignación inherente en la determinación de precios por costo agregado. Ver nota. 32, supra.



## TENTANDO ALGUNAS CONCLUSIONES

Estamos ahora en una mejor posición para entender que se quiere decir cuando se afirma que los patrones deberían ser responsables por los daños de sus sirvientes, pero (*solo*) deberían ser responsables por los daños si ocurren en el ámbito del empleo de los sirvientes. De manera similar, podemos entender ahora la limitación que "*surge del o dentro del empleo*" referida a la compensación a los trabajadores. Un análisis más detallado de las doctrinas legales específicas de la "*compensación de las trabajadoras*", "*responsabilidad vicaria*", y "*contratante independiente*", tendrá que esperar hasta que hayamos discutido los otros elementos de lo que se llama la distribución del riesgo -los otros elementos de nuestro rompecabezas-. Pero no es difícil ver que cualquiera que sean los otros elementos en la distribución del riesgo, la asignación de recursos otorga el apoyo sustancial doctrinas que dependen esencialmente de un concepto de responsabilidad de empresa<sup>42</sup>.

La correcta asignación de recursos, se opone fuertemente a la asignación, a una empresa, de costos no relacionados con ella- "*la responsabilidad debería estar limitada a las perjuicios que surgen de o en el transcurso del empleo*". Pero además, milita en favor de asignar a una empresa todos los costos que están dentro de su ámbito. "*Se considera responsable a la empresa por los daños a pesar de que no se pueda probar ninguna culpa de su parte*". El no cargar a una empresa con un costo que surja de ella, lleva a menospreciar el verdadero costo de producir sus bienes; el resultado es que las personas compran

más de esos bienes de los que demandarían si su verdadero costo se reflejara en el precio. Por otro lado, colocar un costo no relacionado con el ámbito de la Empresa sobre esa empresa, resulta en una sobrevalorización de los costos de esos, bienes, y lleva a un bajo nivel de producción. De uno u otro modo el postulado de que las personas están mucho mejor si pueden elegir lo que quieren basándose en lo que cuesta a nuestra economía producirlo, se vería trasgredido.

En vista de las debilidades de las asignaciones de recursos como teoría exacta, no hay necesidad de una relación firme entre las pérdidas y el ámbito de la actividad de la empresa. No ocurrirían serios errores en la asignación de recursos si el ámbito de la Empresa es interpretado tanto estrecha como ampliamente. Razones para una interpretación amplia o estrecha aparecerán tal vez de las otras justificaciones de la distribución del riesgo. Pero hasta el momento, en lo que concierne a la asignación de recursos, existen demasiadas pequeñas malas asignaciones como para preocuparnos si no contamos con un sistema perfecto por qué perjuicio. Sin embargo, resulta igualmente claro que si las personas deben tener algún rol inteligente para decidir que debe producirse la responsabilidad debe finalmente estar limitada por algún criterio relacionado con el ámbito de la actividad responsable.

Podemos también empezar a ver por qué la "*responsabilidad por culpa objetiva*" estaba tan en voga desde la mitad hasta fines del siglo XIX. Por supuesto muchos factores estaban involucrados. Uno de estos, y no es el menos importante, es el hecho de que las justificaciones para la distribución del riesgo y los elementos de "*que el hombre rico pague*" en la distribución del riesgo, no eran como los que se

<sup>42</sup> Esto no explica, sin embargo, porque el patrón sólo debe ser responsable por los daños causados por sus trabajadores de manera negligente. Ver textos y notas 134-135 infra.

encomendarían a un Weltanschauung del siglo XIX. Pero por otro lado, la teoría de asignación de recursos parecería adecuarse a la concepción del siglo XIX acerca de la capacidad para producir y la producción, más que a la del siglo XX. ¿Por qué jugó entonces un papel tan poco importante en la elección de un sistema de asignación de pérdidas?<sup>43</sup>.

Tal vez, podamos hallar la respuesta en el estado tan peculiar de la industria de ese tiempo. En los primeros días de la revolución industrial, muchas industrias estaban operando sobre una base de costos decrecientes. Esto es, si la industria podía expandirse lo suficiente, sus costos bajarían como resultado de esa expansión. Es un hecho interesante que en los casos en que una industria está operando sobre una base de costos decrecientes, un subsidio a esa industria ayudaría, en vez de obstaculizar, a una correcta asignación de recursos<sup>44</sup>.

Un ejemplo puede ayudar. Taney, el fabricante de "widgets", tiene costos tan altos para producirlos, que tiene que vender un precio que sólo un rico puede pagar. Como resultado, él produce pocos artículos. Sin embargo, si pudiera vender a un precio más bajo, muchas personas más querrían comprar "widgets". Si pudiera alcanzar este mejor grado de producción, sus costos serían lo suficientemente bajos para permitirle, después de cierto tiempo,

cubrirlos por completo y vender todos los "widgets" que produjese. Sin embargo, Taney no puede simplemente empezar a producir a esta mayor capacidad, sólo por el hecho de temer irse a la quiebra, y vender "widgets" tan baratos, hasta el momento de que sus costos se reduzcan. Si recibiera un subsidio, sin embargo, (y no tuviera que cubrir todos sus costos por mucho tiempo) podría aumentar su producción y a largo plazo, todos estarían mejor. Habría un "widget" en cada pote, así como en cada garaje.

Si esta era la situación de la mayor parte de la industria americana del siglo XIX, (y el hecho de que precios altos estaban siendo justificados incluso por los economistas liberales de entonces, es prueba de ello) entonces se puede concluir que una correcta asignación de recursos a largo plazo requería que se evitara que la industria pagara el costo oculto de accidentes, al menos que otros factores como la culpa, estuvieran involucrados<sup>45</sup>. Evidentemente, no estoy sugiriendo que los jueces del siglo XIX pasaron a la responsabilidad por culpa sobre la base de esta complicada teoría. Pero sus afirmaciones acerca de que la responsabilidad sin culpa despojaría a nuestra tierra de los beneficios y promesas de la expansión industrial puede representar una manera burda pero eficaz, de reconocer el hecho de que la industria simplemente no estaba lista

<sup>43</sup> Una razón por la que la asignación de recursos ha desarrollado un rol tan poco importante en el sistema de responsabilidad civil durante el siglo XIX puede haber sido que los pensadores de ese siglo confiaron demasiado en la forma como las personas teóricamente reaccionan cuando se les carga con un riesgo que en la forma como reaccionan en la práctica. El siglo XIX fue una época en la que el hombre económico "racional" y "bien informado" estuvo en boga, y en un mundo habitado por estos hombres, la adecuada asignación de recursos será siempre el resultado final sin importar quién era el portador inicial del riesgo. Así el trabajador "racional" en un mundo de competencia pura demandará salarios más altos en su trabajo si este involucra riesgos sustanciales de accidentes y la compañía no ha contratado un seguro a su favor. Como consecuencia colocará el costo de los accidentes en la compañía o en el trabajador no hace ninguna diferencia. El precio de los bienes producidos por la empresa va a reflejar este costo de todas maneras. De la misma manera el consumidor, en este mundo hipotético del siglo XIX, evaluará el riesgo de sufrir triquinosis cuando decida comprar carne enlatada. Y el riesgo involucrado afectará las compras de este tipo de carnes en el grado que el productor tenga que pagar los daños a las víctimas de triquinosis y haya incrementado sus precios como resultado del costo agregado. El siglo XIX no se preocupaba realmente cuando el trabajador o el consumidor se asegura contra el riesgo, porque los seguros serán importantes en términos de distribución del riesgo, no de asignación de recursos. En el grado que el valor monetario del riesgo influya el comportamiento en el mercado de trabajadores y consumidores, se alcanzará una adecuada asignación de recursos sin importar si se logra una distribución de la pérdida o no. En el mundo real, por supuesto, es poco probable que los trabajadores y consumidores vayan a evaluar el riesgo de daños de triquinosis de una manera tan exacta a como lo haría el productor a quien se le hace pagar los daños. Ver texto de las notas 22-25 supra. Pero el mundo real aparece mucho más real para nosotros de lo que aparecía hace 80 años. Mientras que esto podría explicar parte de la aproximación tomada en el siglo XIX, creo que no lo explica completamente. En primer lugar, algunos casos en los que la responsabilidad de la empresa alcanzaría una mejor asignación de recursos seguirán dándose, incluso si el "hombre económico racional" es asumido a lo largo y ancho de la sociedad. Ibid. En segundo lugar, la aproximación del "hombre económico racional" me llama la atención como tan irreal que no puedo realmente creer que los hombres tan prácticos como los jueces puedan seguir esta idea. Por el contrario siento que sus razonamientos, aunque se dan en esta área, deben haber sido incentivados por un sentimiento de que en la práctica las decisiones estableciendo responsabilidad solo cuando existe realmente culpa, desarrollan una importante y muy real función económica. Que función debería ser esta ha sido discutido en el texto.

<sup>44</sup> Ver Pigou, "Economics of Welfare" pp.183-195(4ta.ed.1932). Mi, de alguna manera, cruda y sobre simplificada afirmación se parece más a la más criticada versión más temprana de Pigou que a su más elegante tratamiento en su última edición. Ver Pigou, op. cit., supra 189-196 (2da. ed. 1920). Ver también Samuelson "Foundations of Economic Analysis" p. 196(1953). Para los limitados propósitos de este artículo, sin embargo, cualquiera de las afirmaciones se parece suficiente.

<sup>45</sup> Si los "widgets" fuesen sustitutos para los "didgets", y los "didgets" también requieran de un subsidio para alcanzar su mejor nivel de producción, cualquier diferencia en los subsidios causados por distintos costos de los accidentes en las dos industrias va a resultar en una mala asignación de las compras entre "widgets" y "didgets". Sin embargo, si esta mala asignación fuese relativamente reducida comparada con los beneficios que la expansión generara, una sociedad podría fácilmente justificar al ignorar esto, si la ignorancia pudiera ayudar a alcanzar la expansión deseada.

para cubrir todos sus costos, y que el país estaría mejor en el largo plazo, si es que no lo hacían<sup>46</sup>. Viéndolo así estas afirmaciones no son muy distintas de aquellas hechas por autores modernos, quienes frente a los cambios acontecidos, dicen, sin un análisis muy profundo, que las empresas "*deberían*" asumir todos los costos de accidentes que ocasionen, sin tomar en cuenta la culpa<sup>47</sup>.

Por supuesto, el hecho de que un subsidio puede haber tenido sentido, no sugiere que el trabajador perjudicado debía haber sido el que tuviera que pagar el subsidio. Hoy nos inclinaríamos a obtener el subsidio de los impuestos -ya sea un impuesto general, o uno sobre aquellos que ganan más por la mejoría. Esto sin embargo, es dar una respuesta del siglo XX a una pregunta del siglo XIX. Pues la razón por la que consideramos casi intolerable la idea de que los trabajadores subsidien la expansión industrial, es porque estamos aferrados a las nociones de "*distribución del riesgo*" y de la "*buena bolsa*" ("*deep pocket*"), y estas nociones no tuvieron ninguna importancia, especialmente en el siglo XIX. (Es más, la industria misma hubiera tenido que soportar una gran parte de la carga de impuestos; el subsidio a través de los impuestos puede por lo tanto, haber desalentado la expansión industrial, al igual que la responsabilidad sin culpa).

El hecho de que la teoría de asignación de recursos pudiera justificar, en el siglo XIX, un resultado que hoy consideraríamos ultrajante, no la hace perder su valor cuando respalda resultados que algunas veces (aunque no siempre) aprobamos en otras áreas. Sí sugiere, sin embargo, que

otras áreas no dejan de tener importancia. Y son justamente a éstas a las que deberíamos referirnos a continuación.

## LA JUSTIFICACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DE PERDIDAS

### INTRODUCCIÓN

La justificación para la asignación de pérdidas sobre la base de un sistema sin culpa, presente entre los juristas, es que si las pérdidas son ampliamente esparcidas -entre las personas y a través del tiempo- son menos perjudiciales<sup>48</sup>. Primero, la teoría establece que la carga real de una pérdida menor a medida que más personas la comparten. Segundo, la teoría arguye que mientras mayor sea el lapso en el que se asuma la carga de la pérdida menor será su carga real.

Puntos de vista análogos a estos, se pueden encontrar en la teoría económica. Las ventajas de la distribución de la pérdida entre las personas probablemente se expresará de dos maneras: a) que es más probable que tomando una gran suma de dinero de una persona se produzca una dislocación económica, y por lo tanto pérdidas secundarias o anulables, que tomando una serie de pequeñas sumas de muchas personas<sup>49</sup>; y b) que incluso si la dislocación económica total es la misma, muchas pequeñas pérdidas son preferibles a una grande, simplemente porque "*las personas sienten*" que sufren menos si 10,000 de ellas pierden 1 que si una pierde US\$10,000.

<sup>46</sup> Ver *Clifton Aron Co. vs. Dye*, 87 Ala. 468, G so. 192 (1989); *Madison vs. Pucktown Sulphur, Copper and Fron Co.*; 113 Tenn 331, 83 SW. 658 (1904); *Losee vs. Buchanan*, 51 NY. 476-484 (1873). Ver también Gregory, supra nota 5, p. 368; supra nota 12, p. 579.

<sup>47</sup> Ver nota 5, supra.

<sup>48</sup> Ver, por ejemplo Harper y James, pp. 759-764 (Colección de casos y doctrina).

<sup>49</sup> Esta reducción de la proposición, por supuesto, no se encuentra en el original. Ver Flezer, "*Capacity to 'Bear' Loss as a factor in the 'Decision of Certain types of torts cases'*", University of Pennsylvania Law Review, vol. 78, pp. 805, 809-810 (1930).

Mientras que la primera de estas proposiciones es una generalización empírica no muy difícil de aceptar, la segunda es precisamente una variante de la teoría de los economistas sobre la decreciente utilidad marginal del dinero. Esta teoría ha gozado de una fuerte desaprobación entre los economistas modernos. La razón para esta desaprobación se muestra en estudios recientes que han indicado, por ejemplo, que la pérdida de una suma relativamente pequeña (si origina un cambio de *status*), puede ser tan importante para un individuo como una pérdida mayor que ocasiona un cambio casi igual en su posición social. Por otro lado, una pérdida relativamente pequeña, si es que puede ser asumida sin privarse de ciertos símbolos de *status social* -sean la casa en la calle correcta o la televisión-es definitivamente más pequeña para las personas, que una pérdida ligeramente mayor que sí implique un cambio de *status*<sup>50</sup>. Mientras esto nos indica las debilidades de un análisis tan estrictamente utilitario como el de la teoría de utilidad marginal del dinero, con una implicancia de que una pérdida de US\$ 5 dividida entre cinco personas necesariamente hiere menos que US\$ 5 sobre una sola persona; no desvirtúa mucho la justificación básica para la distribución de pérdidas. Solamente nos falta dar un paso más y reconocer que las dislocaciones sociales, como las económicas, ocurrirán más frecuentemente si una persona soporta una pérdida significativa, que si muchas soportan una livianas. Uno, por supuesto, puede concebir situaciones donde US\$ 1 extra cargado a mil personas serían mil pajas que romperían mil espal-

das y arruinarían mil hogares y trabajos, mientras que US\$ 1,000 cargados a una persona solo la arruinaría a ella. Pero estas situaciones parecen regularmente improbables<sup>51</sup>.

Las bases económicas de la distribución de pérdidas intertemporalmente, no son disímiles. Hay menos peligro de una dislocación económica, y así también de pérdidas secundarias, si es que las pérdidas son esparcidas a lo largo del tiempo. Las dislocaciones sociales son también menos probables, si los individuos pueden comprar la cobertura del riesgo de pérdida en un plan de crédito a largo plazo.

Así, existen razones sustanciales para asignar pérdidas de modo que distribuyan la carga sobre tantas personas y en un lapso tan grande como sea posible. Sin embargo, si estos fueran los únicos objetivos al asignar pérdidas, el plan más deseable sería un cierto programa de ayuda en caso de accidentes por parte del gobierno, que se extienda sobre la población a través de impuestos -Esparta sería mejor que Atenas. Pero de acuerdo al conflicto entre este sistema y el mejor sistema, desde el punto de vista de la asignación de recursos -la responsabilidad de la Empresa-en plan de responsabilidad del gobierno no debería ser adoptado sin cierta consideración en torno a que la distribución de pérdidas es en realidad logrado por la responsabilidad de la Empresa.

En cuanto la responsabilidad de la Empresa coloca la carga de accidentes sobre el asegurador más probable, logra directamente una gran parte de la distribución, tanto interpersonal como intertemporal. Los que están a favor de la responsabili-

<sup>50</sup> Ver, de manera general, Friedman y Savage, "The utility Analysis of Choices Involving Risk". Journal of Political Economics, vol 56,p.Z79 (1943). Incluso antes que Friedman y Savage, la noción de disminución de utilidad marginal del dinero cayó en un rechazo sustancial por los economistas. Algunas razones de esto están en Ibid, y en Blun y Kalven, "The Uneasy Case for Progressive Taxation" University of Chicago Law Review, vol.19, pp.417, 455-479(1952).

<sup>51</sup> La idea que los efectos sociales secundarios son más probables cuando las pérdidas son concentradas podría también derivar en apoyo para la noción que las necesidades de las personas dependen sustancialmente de las necesidades de sus vecinos. Así, C.J. Taney puede sentir sus pérdidas menos si C.J. Marshall y C.J. Chase, sus vecinos, sufren sus pérdidas de manera parecida. Ver Duessen Gerry; "Income Savings and Theory of Consumer Behavior" (1952).

dad de la Empresa arguyen que es aún mejor distribuidor de pérdidas porque da como resultado una distribución de pérdidas "secundaria", es decir que esparce las pérdidas de las empresas a los consumidores y propietarios de los recursos. Esto es conseguido a través de los precios que pagan las empresas por los recursos que compran y los precios que reciben por los bienes que venden. Pero el éxito que en realidad tenga la responsabilidad de la Empresa, en llevar a cabo este esparcimiento secundario, sin crear pérdidas secundarias significativas, depende, en parte, de la estructura de la industria involucrada, y en parte de las condiciones económicas generales existentes.

## RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA, DISTRIBUCIÓN DE PERDIDAS, E INDUSTRIAS COMPETITIVAS

En las industrias que operan bajo condiciones esencialmente competitivas, la responsabilidad de la Empresa da como resultado una distribución de pérdidas secundaria a través de salarios y precios; esto es cierto por lo menos cuando los costos de accidentes varían con la producción o con el uso de algún recurso específico en la producción. El costo agregado si es lo suficientemente considerable para tomarse en cuenta- da como resultado (a) una producción reducida y precios más altos, y (b) pagos más bajos por y menor uso de, aquellos recursos que originan el

costo extra, asumiendo que estos puedan ser identificados. Es decir, bajo el concepto de responsabilidad de la Empresa, Taney y sus competidores reaccionarían ante sus costos aumentados, reduciendo su producción. (La otra alternativa, la de subir los precios, no está a su alcance pues son productores pequeños dentro de una industria competitiva. Sin embargo, tan rápido como baje la producción de la Empresa, los precios subirán. Taney también trataría de hacer "widgets" de aluminio si el acero causara muchos de los accidentes, o de acero, si el aluminio los originara. Podría utilizar máquinas si descubriera que los accidentes se producían por la mano de obra en un punto particular del proceso de producción de "widgets"; aumentaría la proporción de fuerza laboral si son las máquinas las que produjeran perjuicios. Así, Taney trasladaría parte de la carga de gastos de accidentes hacia los consumidores, y parte de ella la regresaría al recurso propenso a accidentes<sup>52</sup>. Sin embargo, parte de ella permanecería sobre Taney y sus colegas productores, en forma de ganancias reducidas.

Por ejemplo, Taney seguramente tenía alguna razón para usar mano de obra en vez de maquinaria. Lo más probable es que esta razón fuera que la mano de obra era más barata, siempre y cuando Taney no tuviera que asumir los costos de accidentes que esto ocasionaba. Pero, mientras que la maquinaria es más barata que la mano de obra más los costos de accidentes, no es tan barata como la fuerza de trabajo sin costos de accidente. Antes de la imposición de la responsabilidad de la Empresa, el costo de la mano de obra de Taney era de 20 doblones, mientras que el costo de la maquinaria era de 25. Des-

<sup>52</sup> Estos cambios no solo tienden a trasladar la pérdida, si no que son el reconocimiento de que el mas nuevo "verdadero" costo Taney siente que algunos de los productos que él suele comprar son menos buenos que otros que él solía rechazar. En otras palabras, el cambio refleja un movimiento hacia una menor asignación de recursos. Ver, en general, el texto de las notas 13- 17 supra.

pués de la responsabilidad de la Empresa, la maquinaria (libre de accidentes) sigue costando 25, mientras que la suma de costos de accidente al precio de la mano de obra, ha aumentado el costo de la mano de obra a 30. Taney no soportaría la carga total adicional de 10 doblones por el uso continuado de la mano de obra optaría por la maquinaria. Pero 25 (costo de la maquinaria) es todavía más caro que 20 que es el costo de la mano de obra sin la responsabilidad de la Empresa. Taney no puede trasladar hacia atrás esta diferencia en el costo<sup>53</sup>. Por razones similares, el incremento en el ingreso, proveniente de una menor producción a precios más altos, probablemente no absorbería los costos de los accidentes que permanecen después que la transferencia parcial retroactiva, ha ocurrido. E incluso después de la transferencia de pérdidas hacia adelante o hacia atrás, la mayoría de Taney se quedarían con parte de la carga del costo. Esto significa que, por lo menos por un período, las ganancias en la producción de "widgets" estarían por debajo de las ganancias en las industrias con menos tendencia a accidentes. Después de un tiempo, sin embargo, aquellos productores que estaban tan sólo aprovechando una oportunidad con la producción de "widgets" antes de que los costos de los accidentes fueran introducidos en la industria, dejarían de las ganancias de los otros volverían a ser normales.

La transición hacia la responsabilidad de la Empresa colocaría cargas definitivas

no transferibles sobre todos los productores dentro de una industria propensa a accidentes, pero especialmente sobre aquellos que estaban tan sólo sacando provecho, antes del cambio a la responsabilidad de la Empresa. En el largo plazo, sin embargo, asumiendo que aquellas firmas que quisieran salirse pudieran en realidad hacerlo, el sistema lograría una distribución de pérdidas casi completa. Aquellas firmas que permanecieron en la industria fijarían precios lo suficientemente altos como para pagar el seguro (o para auto-asegurarse mediante una provisión de fondos para accidentes), y muy pocas empresas quedarían en la industria para permitir que tales precios fueran cargados. La extensión de la carga sobre el productor que estaba tan sólo sacando provecho, así como la similitud de las dislocaciones económicas secundarias, van a depender de la prontitud con que la responsabilidad de la Empresa fuera adoptada, o depender de si nuestra economía se estaba expandiendo, estaba estancada o contrayéndose en ese momento<sup>55</sup>. En una economía estacionaria o en declive, las empresas serían probablemente removidas y efectos económicos sustanciales secundarios y sociales probablemente ocurrirían si la responsabilidad general sin culpa de la Empresa, se quisiera imponer de pronto<sup>56</sup>. En una economía en expansión, sin embargo, no necesariamente ocurrirían dichos efectos. El único efecto entonces sería que la industria no podría crecer tan rápido como otras industrias con

<sup>53</sup> Esta afirmación no es del todo exacta desde que el precio de la mano de obra puede caer como resultado de la salida de mano de obra inducida por la carga del costo de los accidentes. Es, por lo tanto, concebible que el precio de la mano de obra en una industria dada pueda caer por debajo veinticinco dólares (el costo de la maquinaria en el ejemplo del texto) y que menos que cinco dólares se mantendrán sin ser transferidos. Incluso pueden haber situaciones donde toda la carga del costo de los accidentes pueda ser trasladado nuevamente a la mano de obra. Pero estas situaciones requerirán: a) que la oferta de mano de obra se mantenga enteramente inalterable sin perjuicio de la reducción de los salarios; y, b) que la mano de obra involucrada sea tan especializada que ésta no podría ser utilizada virtualmente en ninguna otra parte, dos asunciones bastante improbables. Ver notas 59, 61, 62, infra y el texto que las acompaña. Ver también nota 40 supra.

<sup>54</sup> Ver nota 62 infra.

<sup>55</sup> La extensión de la carga dependería también de cuánto más podría costar a las empresas un programa de responsabilidad de empresa sin culpa administrado cuidadosamente que lo que cuesta el sistema actual. Mientras el sistema actual resulta ciertamente en una responsabilidad menos frecuente que en un sistema objetivo, un sistema objetivo puede resultar en indemnizaciones considerablemente menores. Como resultado el incremento total del costo no debería ser realmente significativo.

<sup>56</sup> Este análisis no toma en cuenta qué efecto tendrá la compensación de las víctimas de accidentes en un sistema objetivo basado en responsabilidad de la empresa en la demanda por bienes en la economía como un todo, y en las industrias más afectadas y cargadas por el cambio. Esto no es tan simple porque no creo que sea posible decirlo. El efecto inmediato es trasladar dinero de un grupo de gente a otro, y lo que éste quiere decir en términos de las preferencias de los consumidores no puede ser determinado sin mucha más información que no se encuentra disponible.

menos tendencia a los accidentes<sup>57</sup>.

Si en vez de variar de acuerdo al volumen de producción o los recursos usados, los costos por accidentes fueran fijos sin importar los "widgets" producción y los recursos utilizados, no se daría una distribución del riesgo secundario "inmediato" como resultado de la responsabilidad de la Empresa. El alcance que tendría distribución secundaria del riesgo, en un período largo dependería del grado de facilidad que tuvieran las firmas para abandonar la industria. Si los costos de los accidentes fueran constantes, sin considerar la producción, no habría ningún incentivo por parte de la firma individual para reducir la producción, ya que el costo fijo agregado no cambiaría el punto de equilibrio del precio y producción en que las ganancias se maximizan. Debido a que la producción no cambiaría, tampoco lo hará el precio, ni ninguna de las cargas añadidas será transferidas a los consumidores. Del mismo modo, si los costos de accidentes no variaran de acuerdo a los recursos usados en la producción, ninguna variación en la cantidad de los recursos usados distribuirá la carga de entre los propietarios proveedores de los recursos. De ahí que, las ganancias en la industria se verán reducidas<sup>58</sup>. Una vez más, los productores que tan sólo estuvieron sobreviviendo sentirán el ajuste, lo único es que ahora el ajuste sería mayor debido a que ninguna distribución de pérdidas secundaria inmediata habría incurrido. Sin embargo, a través del tiempo, estos altos costos de las empresas serán reducidos, y se esta-

blecería un precio lo suficientemente alto para mantener el seguro (o auto-seguro) que cubra las pérdidas que se imponen a la industria. Por lo tanto, aquí también el alcance de la carga no distribuida dependería, en el largo plazo, de si la economía se expandía o no en el momento en que la responsabilidad fuera impuesta, y en lo violento en que haya sido el cambio.

Los problemas de la distribución de pérdidas serían mayores sin embargo, en las industrias donde la salida fuera difícil –industrias con altos costos fijos, aquellas que utilizan un recurso altamente especializado, o aquellas en las que por otras razones la movilidad o flexibilidad de planta y mano de obra fueran reducidas. En estos casos las ganancias seguirían por debajo de lo normal por un largo período, y todos los efectos sociales y económicos secundarios nocivos, asociados con industrias "enfermas", se manifestarían. Es más, en aquellos casos la presión sobre las firmas para no contratar seguros y aprovechar las oportunidades podrían volverse infinitas, produciendo incluso que la distribución primaria de pérdidas de la responsabilidad de la Empresa, se perdiera. Todos estos desastres, por supuesto, serían mucho más probables si la economía estuviera en un estado general de declive en el momento de imponer la responsabilidad a la Empresa. En una economía en progreso no se necesitaría ninguna salida de empresas de la industria y en una economía estacionaria, la movilidad podría también ser lo suficientemente grande para sacar a las empresas lo suficientemente rápido

<sup>57</sup> Los efectos negativos de la transición pueden alterarse si el cambio de un sistema de culpa hacia uno de responsabilidad de la empresa fuese gradual en lugar de intempestivo. De alguna manera eso es lo que ha venido sucediendo en los últimos 50 años. Ver de manera general el brillante tratamiento de toda esta área por Ehrenzweig, "Negligence Without Fault" (1951).

<sup>58</sup> Taney, puede hacer "widgets" de aluminio o de acero. Él decide usar acero porque los "widgets" serán igual de buenos que los de aluminio pero más baratos. Es el cargado de pronto con el costo de los accidentes de fabricar "widgets". Luego de un estudio determina que el costo de los accidentes es el mismo si usa acero o aluminio. Salvo que él sea completamente irracional continuará usando acero. Y si él cambia a aluminio esto sólo incrementaría la carga que soporta el costo extra del aluminio. Es claro que no habrá una disminución en la carga que soporta por el cambio del uso de un recurso a otro. El mismo análisis se aplica por el lado del precio y la producción. Taney maximiza sus beneficios cuando vende 100,000 "widgets" a US\$ 1.00 cada uno. Asumamos que el costo de los accidentes es colocado sobre él y este costo es constante a la producción-esto es que el mismo sin importar que venda 1 ó 100,000 "widgets". Cien mil "widgets" a US\$ 1.00 cada uno necesariamente maximiza su utilidad; nada ha sucedido para cambiar este hecho. Si Taney cambia su producción como consecuencia del nuevo costo, ésta añadiendo sólo al costo de los accidentes que está siendo forzado a soportar el costo de producir a un nivel que no es el que maximiza su utilidad. Si trata de cambiar el precio, pierde el beneficio de vender sus "widgets" al mejor precio y por lo tanto disminuye aún más sus utilidades por el incremento en el costo. De esto se puede desprender que Taney está mejor cargando el costo adicional sin cambiar nada más. Tampoco logra nada determinando el precio por el costo agregado, ver texto de las notas 32-34 supra, todo lo que el costo agregado significa es que Taney reaccionaría automáticamente al nuevo costo de los accidentes incrementando en algo sus precios. Pero como hemos visto, si el costo de los accidentes es constante en relación al nivel de producción, el incremento del precio sólo añade un precio no favorable a la nueva carga del costo, lo que no ayuda en nada a Taney. Por razones dadas en el texto, éste análisis se aplica sólo en el corto plazo -esto es, sólo hasta que Taney o alguno de sus competidores decidan qué ya no vale la pena seguir produciendo "widgets", dado que el alto costo de los accidentes que ahora los productores tienen que soportar.

como para aligerar la mayor parte de la carga, al menos si los costos de los accidentes no fueran inmensos. No es necesario decir que los efectos peligrosos de una salida difícil de las empresas del mercado, serían casi tan aplicables a situaciones en las que los costos de accidentes variarían con la producción o con el uso de un recurso específico usado. En esos casos, sin embargo, debido a que se produce una distribución secundaria parcial inmediata de pérdidas, la pérdida no distribuida tendría a ser probablemente menos grande, con una correspondiente presión decreciente en las empresas marginales.

Si la industria involucrada no compitiera ni siquiera en un grado mínimo con otras industrias con costos de accidentes más bajos, o si los costos de accidentes sugieran completamente del uso de un recurso que fuese fijo en la oferta y que de sólo pudiera ser usado en esa industria, entonces la responsabilidad total podría ser transferida inmediatamente a los consumidores en el primer caso, y a los propietarios de los recursos con tendencia a generar accidentes, en el segundo. Que se diera una situación así por cualquier lapso, del lado de la oferta, es poco probable. Podría muy bien existir en la demanda o en el lado del consumidor para pequeños incrementos en los precios, pero sería poco probable para los incrementos mayores. Así, los "widgets" pueden ser tan diferentes de los otros bienes que las personas comprarían tantos "widgets" a US\$ 1 como los que compraban a US\$ 0.80. Pero si el precio de los "widgets" subiera a US\$ 5 algunas personas se conformarían con uno en vez de dos, mientras otras prolongarían el uso de cada "widgets". Más

importante es que ahora los objetos que sirven para los mismos fines que los artilugios, pero que cuestan US\$5.10, podrían competir con los artilugios, aunque no podían hacerlo cuando estos costaban sólo US\$ 1.00<sup>59</sup>.

Para resumir el problema de la distribución de pérdidas en las industrias competitivas: La cantidad de distribución de pérdidas secundarias inmediata, transferida a los consumidores, depende del grado de competencia entre la industria involucrada y las otras industrias menos afectadas por los costos de los accidentes. De manera similar, la cantidad de transferencia de pérdida secundaria de regreso hacia los propietarios proveedores de los recursos usados en la producción depende de la disponibilidad de recursos sustitutos cuyos costos de accidente no sean tan altos, así como de los usos alternativos disponibles para los recursos sustituidos o descargados<sup>61</sup>. Específicamente, la distribución de pérdidas hacia adelante dependerá de qué tanto disminuya la venta de "widgets", por el alza en los precios. Así mismo, la cantidad de transferencia de pérdidas hacia atrás dependerá de qué tan buen sustituto, tanto en precio y calidad, es el acero para el aluminio en la producción de artilugios (asumiendo que el aluminio tiene costos más altos por accidentes que el acero). Pero también dependerá de qué tanto aluminio se usa en la producción de "widgets", pues esto afectará la disposición de los productores de aluminio para recortar sus precios para seguir vendiendo aluminio a los productores de "widgets". Como dijimos antes, sin embargo, incluso con la transferencia hacia adelante y hacia atrás de los costos, algo de la pérdida no

<sup>59</sup> Se dice que existió una situación similar en la industria de los cigarrillos. Así, las marcas no sufrieron prácticamente de ninguna competencia por parte de marcas de bajos precios mientras las diferencias de precios entre ellas fue de menos de tres centavos por cajetilla, pero se entró en una marcada competencia entre ellas apenas la diferencia de precio superaba los tres centavos. Ver Tennant, "The Cigarette Industry" en Adams "Structure of American Industry", p. 337 (rev. ed. 1954).

<sup>60</sup> En el grado que una industria compita con otras que tienen costos de accidentes superiores, se beneficiará del hecho que sus competidores estarán bajo una mayor presión para subir sus precios.

<sup>61</sup> El análisis aquí descrito es análogo al análisis de la incidencia de los impuestos especiales. Ver Break "Excise Tax 'Benefits and Burdens'", American Economics Review, vol. 43, pp. 577-577-584 (1954), (y todos los casos y doctrina ahí recogidos); comparar con Seligman "Shifting and Incidence of Taxation" pp.217-254 (Sta. ed. 1932).



será transferida, y permanecerá en la Empresa<sup>62</sup>.

Debido a la carga no transferida, se darán ganancias por debajo de lo normal y que culminarían, en una economía estacionaria o en declive, en una contracción de la industria a través de la salida de empresas, o, dentro de una economía en expansión en un fracaso de la industria para expandirse. Si la contracción ocurriera razonablemente rápido, las principales en sufrir serían las empresas con costos elevados, y las pérdidas que en una economía más favorable podrían haber sido esparcidas más ampliamente a través de la responsabilidad de la Empresa, podrían tal vez concentrarse nuevamente sobre ellas<sup>63</sup>. Una vez hecho el ajuste, ya sea a través de la contracción o fracaso en la expansión, ninguna carga extra sería asumida por la industria, y la responsabilidad de la Empresa conseguiría una distribución de pérdidas casi completa. Si el salir de la industria fuera tan difícil, el problema de transición (en una economía no expansiva) podría volverse crónico, y la carga sobre las empresas con altos costos, intolerable. Bajo estas circunstancias, el efecto primario del esparcimiento de las pérdidas sobre la responsabilidad de la Empresa, podría incluso perderse. Las empresas tan sólo capaces de sobrevivir, podrían encontrarse tentadas penosamente, a no asegurarse. Por supuesto, si la carga del costo no transferida directamente hacia

adelante o hacia atrás, fuera pequeña, entonces el problema de transición a la responsabilidad de la Empresa sería insignificante.

## RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA, DISTRIBUCIÓN DE PERDIDAS, E INDUSTRIAS MONOPOLISTAS

En industrias con una cantidad sustancial de poder monopólico, la responsabilidad de la Empresa dejaría, por lo menos una parte de la carga, permanentemente sobre la industria en la forma de utilidades reducidas. Por otro lado, en tal situación la responsabilidad de la Empresa difícilmente crearía una industria crónicamente enferma, o concentraría pérdidas a través de la salida de empresas del mercado.

Si la industria fuera una en la que hubiera control sustancial sobre el precio y la producción -monopolio, oligopolio fuerte, o una industria líder en precios- y si los costos agregados variaran ya sea con la producción o con el uso de un recurso particular en la producción, parte de la pérdida podría ser trasladada hacia los consumidores o de regreso a los propietarios de recursos propensos a accidentes. La transferencia hacia adelante, sin embargo, no sería probablemente tan completa como en las industrias competitivas.

<sup>62</sup> Ver textos en las notas 53-54 supra. Generalmente, salvo que las pérdidas no puedan ser trasladadas en un 100% en una dirección o en la otra, no habrá una total e inmediata transferencia de las pérdidas, desde que lo que puede transferirse en cualquier dirección es sólo un porcentaje de cualquier costo no trasladado. Y si él cambia a aluminio ésto sólo incrementaría la carga que soporta el costo extra del aluminio. Es claro que no habrá una disminución en la carga que soporta por el cambio del uso de un recurso a otro. El mismo análisis se aplica por el lado del precio y la producción. Taney maximiza sus beneficios cuando vende 100,000 "widgets" a US\$ 1.00 cada uno. Asumamos que el costo de los accidentes es colocado sobre él y este costo es constante a la producción-esto es que el mismo sin importar que venda 1 ó 100,000 "widgets". Cien mil "widgets" a US\$ 1.00 cada uno necesariamente maximiza su utilidad; nada ha sucedido para cambiar este hecho. Si Taney cambia su producción como consecuencia del nuevo costo, ésta añadiendo sólo al costo de los accidentes que está siendo forzado a soportar el costo de producir a un nivel que no es el que maximiza su utilidad. Si trata de cambiar el precio, pierde el beneficio de vender sus "widgets" al mejor precio y por lo tanto disminuye aún más sus utilidades por el incremento en el costo. De esto se puede desprender que Taney está mejor cargando el costo adicional sin cambiar nada más. Tampoco logra nada determinando el precio por el costo agregado, ver texto de las notas 32-34 supra, todo lo que el costo agregado significa es que Taney reaccionaría automáticamente al nuevo costo de los accidentes incrementando en algo sus precios. Pero como hemos visto, si el costo de los accidentes es constante en relación al nivel de producción, el incremento del precio sólo añade un precio no favorable a la nueva carga del costo, lo que no ayuda en nada a Taney. Por razones dadas en el texto, éste análisis se aplica sólo en el corto plazo -esto es, sólo hasta que Taney o alguno de sus competidores decidan qué y a no v al el apena seguir produciendo "widgets", dado que el alto costo de los accidentes que ahora los productores tienen que soportar. Aunque esta afirmación es usualmente exacta, podría no resultar fuera de situaciones específicas. A grandes rasgos, muy a grandes rasgos en la práctica, la afirmación postula que si el 25% de cualquier carga puede ser trasladada hacia atrás, y el 50% puede ser trasladada hacia adelante, eso no quiere decir que el 75% pueda ser trasladado. Esto sólo significa que el 25% puede ser trasladado hacia atrás y que el 50% del 75% que queda puede ir hacia adelante, es decir un total de 62.5% puede ser trasladado (el resultado es obviamente el mismo que si uno comienza trasladando el 50% hacia adelante y el 25% del 50% restante hacia atrás). Bajo este análisis una transferencia del 100% en una dirección es necesaria para trasladar el total de la carga. Esto no tiene que ocurrir, sin embargo, si la competencia prácticamente no existe a un precio pero se convierte en ayuda a un nivel más alto. Asumamos que un fabricante de "widgets" pueda incrementar el precio en 10 centavos por unidad sin necesidad de sentir una competencia sustancial de fabricantes de otros bienes, pero si él incrementa el precio en más de 10 centavos, "didgets" que no generan accidentes, que se vende a 15 centavos más que los "widgets", comenzarán a entrar con fuerza en el mercado de los "widgets". Un costo de los accidentes que totaliza 15 centavos es colocado sobre el fabricante de "widgets". Si podemos trasladar la mitad de la nueva carga hacia atrás fabricando los "widgets" con aluminio en lugar de con acero, él puede quizás trasladar la totalidad de la carga, pues el incremento en 10 centavos en el precio por "widgets" no va a afectar las ventas. Si él no puede trasladar más de 2 centavos hacia atrás, probablemente no podrá trasladar más de 10 centavos hacia adelante y, en el corto plazo por lo menos, tendrá que cargar con la diferencia.

<sup>63</sup> Desde el punto de vista de la asignación de recursos ésto sería, por supuesto, algo positivo. Pero la concentración de pérdidas en los trabajadores en éstas empresas y en aquellos en quienes invirtieron en ellas puede, de un modo u otro, ofender las nociones de distribución del riesgo.

Un monopolio completo normalmente fija sus precios a un nivel lo suficientemente alto como para que cualquier alza posterior en los precios dé como resultado una pérdida de ventas sustancial. Un oligopolio fuerte puede que no alcance el mejor precio monopolístico, pero es improbable que se aleje mucho de éste. Así, cualquier subida de precios propuesta debido al gravamen de los costos de accidente ya sea en el monopolio o en el oligopolio, probablemente causaría una reducción en las ventas, y por lo tanto ocasionaría tan sólo una leve transferencia de la carga de costos. Por supuesto, la reducción en las ventas de la industria sería aminorada en el nivel en que las industrias competitivas con productos sustitutos también subieran sus precios debido a los costos de accidentes<sup>64</sup>. Pero la industria con altos costos por accidentes probablemente encontraría gran dificultad para trasladar al consumidor cualquier parte del diferencial entre sus costos de accidentes y aquellos en las industrias competidoras. Además, lo que no puede ser trasladado ni hacia adelante ni hacia atrás, usualmente no podrá ser trasladado nunca. Ya que las firmas en las industrias monopolísticas obtienen más ganancias que en cualquier otro lugar, el hecho de que las ganancias se redujeran debido a los costos agregados y no trasladados, normalmente no será suficiente para forzar la salida de empresas de la industria. Y la reducción en las ganancias serían así, permanentes<sup>65</sup>.

En las industrias en que los cambios en los precios son difíciles, como en el

caso de oligopolios débiles, se daría una distribución de pérdidas aún menor. Es evidente que a menos que una industria pudiera cambiar sus precios o su nivel de producción, no ocurriría ninguna transferencia de costos<sup>66</sup>. ¿Pero qué tan probable es que una industria no sea capaz de cambiar sus precios o su producción?

No es muy probable que esto se dé por mucho tiempo. Y mientras más grande sea la carga de costos impuesta, más probable es que la firma se arriesgue y suba sus precios, esperando que las otras firmas la seguirán. En realidad un alza de costos bien avisada podría incluso ser una excusa para una muy esperada alza general de precios a lo largo de la industria. Y, por supuesto, si se lograra un alza de precios la situación no sería muy distinta a aquella de un oligopolio fuerte<sup>67</sup>. Pero si ningún alza fuera posible, todos los costos agregados permanecerían en las firmas, por lo menos hasta que algún "*entendimiento*", acerca de que los precios deberían ser variados, fuera alcanzado entre las empresas. No sería factible la salida de la industria pues las ganancias, incluso en los oligopolios débiles, son probablemente suficientes para soportar costos extras. Y en todos los casos, antes de que una firma pasara por eso, lo más probable es que intentaría un alza de precios, un cambio que seguramente sería seguido por todos, si la industria en realidad no estuviera percibiendo ganancias<sup>68</sup>. En general, por lo tanto, una distribución inmediata secundaria de pérdidas sería de alguna manera menos probable en oligopolios débiles

<sup>64</sup> Puede llamarle la atención al lector que se hable de industrias monopolísticas compitiendo con otras industrias o, para usar un término empleado antes en este artículo, produciendo sustitutos para los productos de otra industria. El concepto puede ser más fácilmente entendido si uno se imagina una industria que a ciertos precios tiene relativamente pocos sustitutos. Como la industria tiene pocos ofertantes, el precio que se establece está muy cerrado al que aparece en una atmósfera de competencia sustancial. Cualquier aumento de precios adicional en la industria monopolística puede ocasionar una caída sustancial en las ventas. Aún así la industria es monopolística en cuanto produce menos y a un precio más alto que como lo haría en un mercado de libre competencia. Lerner, *Monopoly and The Measurement of Monopoly Power*, Review of Economic Studies, vol. 2, p. 157 (1934); United States vs. Du Pont, 351 U.S. 377, 414 (1956) (incluyendo el voto en discordia) (indicando que un mercado con éstas características está lejos de ser una ficción).

<sup>65</sup> Si el costo de los accidentes fuese lo suficientemente alto, incluso un monopolio encontrará que sus utilidades son consumidas y podrá decidir no seguir produciendo. Esto es más probable en un oligopolio donde uno de los productores tiene costos sustancialmente más altos que los de sus competidores. Este productor puede incluso ser forzado fuera del mercado por el incremento de costos que difícilmente presiona a sus más eficientes co-oligopolistas. De manera similar puede suceder que una industria esencialmente monopolista tenga, a su lado, unos pocos productores pequeños. Estos pueden ser tolerados porque no son importantes o por miedo a la acción del gobierno si son sacados del mercado. Si estos pequeños productores son tan eficientes como las empresas que dominan la industria, la carga del costo de los accidentes probablemente no los afectaría. Si por el contrario se tratan de empresas con altos costos, puede surgir la situación en la que cobrar el costo de los accidentes en la industria las destruirá, con la concentración de pérdidas que está implícita. Tal resultado ocasionaría también el fortalecimiento de la estructura monopolística de la industria.

<sup>66</sup> Un oligopolio, sin embargo, puede ser capaz de trasladar parte de la carga hacia atrás hacia los propietarios de los recursos que utiliza.

<sup>67</sup> Esto se puede esperar en el caso en el que el precio establecido no es el que maximiza la utilidad y no puede ser cambiado por el miedo que otras empresas sigan el mismo comportamiento. En este caso la aparición de un bien anunciado incremento de costos puede ser usado por las empresas como una excusa para alterar sus precios no como para reflejar el nuevo costo, pero como para alcanzar el precio que maximiza su utilidad. Uno puede incluso concebir una situación donde el precio que se ha establecido sea tan deseable que el costo agregado, a través de darle a las empresas en la industria una excusa para llevar a cabo el cambio, incremente antes que reduzca las utilidades. Nota 37, supra.

<sup>68</sup> Ver nota 39, supra respecto a estos "*Guasi-acuerdos*" en el oligopolio.

que en los fuertes y a largo plazo de pérdidas secundarias, tampoco sería muy probable.

Si los costos asignados fueran fijados en relación a la producción y los recursos usados, entonces no ocurriría ninguna distribución (fuera del conseguida por el propio seguro) en una industria monopolística, ya sea un oligopolio débil o fuerte, o un monopolio completo. Cualquier variación en los precios o en la producción tan sólo reduciría las ganancias, por lo menos si las firmas estuvieran produciendo al precio y producción más rentables antes de que los costos fijos de accidentes les fueran cargados<sup>70</sup>. Esto es porque los costos de los accidentes serían los mismos sin importar la producción; por lo tanto, no habría razón para pensar que una nueva combinación precio-producción sería mejor después que antes de la imposición de costos de accidente<sup>71</sup>. Una vez más, si las firmas dejaran la industria como resultado de los costos agregados no transferidos, los precios subirían; y en el transcurso de tiempo la carga iría a los consumidores. Pero, una vez más, la presencia de beneficios extraordinarios que con inherentes a las industrias monopolísticas, harían la salida poco probable. El hecho de que no se necesita ninguna salida mientras se evita una distribución de pérdidas en el largo plazo, también reduce tanto la oportunidad de cualquier concentración de pérdidas en firmas con altos costos y como la probabilidad de que la industria pase por las dificultades que la transición a la res-

ponsabilidad de la Empresa pueda causar en las industrias competitivas<sup>72</sup>.

Decir, sin embargo, que en un número sustancial de casos algunos o todos los costos colocados en industrias monopolísticas no serían distribuidos hacia adelante a los consumidores o hacia atrás entre los propietarios de los recursos no es poner punto final a la distribución de pérdidas. Las mismas ganancias reducidas, por ejemplo, son a menudo esparcidas -por medio de dividendos reducidos-si los propietarios de las empresas son numerosos. Pero un problema especial surgiría si la empresa cuyas ganancias se reducen fuera de propiedad individual o de una familia. No habríamos acaso despojado a una parte inocente para darle la otra?, y ¿por qué deberíamos hacer esto?<sup>73</sup>. Una razón podría ser la asignación de recursos. Pero como vimos, esa justificación se ve debilitada, aunque probablemente siga siendo válida, cuando las industrias monopolísticas están involucradas. Tal vez otro esquema para asignar pérdidas, también llamado distribución del riesgo, nos ayudará a comprender por qué no estamos tan interesados con el único propietario en una industria monopolística, que es incapaz de trasladar la carga de los costos de los accidentes que son colocados en su empresa.

*“No habríamos acaso despojado a una parte inocente para darle la otra?, y ¿por qué deberíamos hacer esto?”*

<sup>69</sup> Nuevamente, una sola empresa con altos costos en un oligopolio relativamente saludable puede encontrar que un intento de elevar los precios por su parte no sea seguida por las empresas. Esa firma podría ser forzada a salir del mercado.

<sup>70</sup> Nuevamente, en un oligopolio débil el incremento en el costo puede ser una excusa para dejar un precio considerado indeseable previamente; mayores beneficios podrían resultar de tal cambio. Nota 67 supra.

<sup>71</sup> Y determinar el precio por costo agregado podría no ayudar. ver nota 58, supra.

<sup>72</sup> Este artículo no trata en ninguna parte el problema de las industrias sometidas a regulación estatal. La extensión de la distribución del riesgo y la importancia de la asignación de los recursos en esas industrias dependerá en gran parte de la naturaleza de la intervención a la que estén sujetas y el grado de competencia entre ellas y otras industrias. Postulados generales difíciles de formular. Sin embargo, como una regla muy general, uno podría esperar que los precios y los niveles de producción en las industrias reguladas se acercaran más a los que se den en competencia que en monopolio, y que el análisis de la distribución del riesgo y la asignación de recursos de empresas competitivas podría ser un buen punto de partida, excepto, claro está, que la salida de la industria o el abandono de servicios previamente prestados puede ser difícil.

<sup>73</sup> Uno puede incluso imaginarse una situación de alguna manera fantástica en la que la responsabilidad de la empresa concentraría pérdidas. Asumamos que una industria está formada por una sola empresa de estos accidentes. Su compañía sufre 20 accidentes sin culpa promedio en un año. Un sistema subjetivo cargaría a los 20 trabajadores heridos y sus familias con el costo de estos accidentes. La responsabilidad de la empresa podría, vamos a asumirlo, trasladar a los consumidores o de nuevo a los trabajadores el costo de 10 de los accidentes. El resto quedará en el propietario, el soportaría 10 veces las pérdidas que cualquier trabajador soportaba antes. Si esto fuese deseable, es difícil argumentar que es distribución del riesgo.

## LA JUSTIFICACIÓN DE LA BUENA BOLSA (o "DEEP POCKET")

### EL SENTIDO ECONÓMICO Y EL SENTIDO POLÍTICO

En un cierto momento un cuantioso grupo de economistas sintió que era menos doloroso para un rico, que para un pobre, perder un dólar, y que por lo tanto, trasladar las pérdidas de los pobres a los ricos, era bueno en sí. Como se puede advertir, esta *"teoría económica de la utilidad marginal decreciente del dinero"*, se halla generalmente desvirtuada<sup>74</sup>. Por lo tanto, no basta por sí sola para respaldar la noción de: que donde la responsabilidad de la Empresa deje las pérdidas sin distribuir, se justifica si es que las coloca sobre los ricos antes que sobre los pobres. Sin embargo, se puede encontrar algún sustento para la responsabilidad de la Empresa en estos casos, en términos de *"los objetivos de la distribución de pérdidas"* -el evitar pérdidas secundarias económicas y sociales en vez de en el hecho de la propia distribución. Pues mientras la incapacidad de un monopolista para trasladar pérdidas, le va a causar utilidades reducidas y un bienestar social menor, es improbable que se den efectos económicos secundarios. Esto se debe a que una vez que se ha efectuado el paso a la responsabilidad de la Empresa, los costos de accidente no serán transferidos sólo si la industria produce más que cualquier otra, negándose así la posibilidad de que ocurran efectos económicos secundarios.

Además, a pesar de que esta teoría económica no se cumple, estamos acostumbrados como ciudadanos a este criterio.

Pese a que los economistas no aceptan que para un millonario los últimos US\$ 1,000 le importa menos que a un pobre, el Departamento de Recaudación Fiscal, trabaja en este sentido. Se puede construir un argumento para permitir que nuestro sistema de asignación de pérdidas trabaje a la par con el código tributario; y como Robin Hood, despojar a los ricos, de manera general, para darle a los pobres, poco más o menos. Esto podría ser realizado mediante un programa gubernamental contra accidentes financiado con impuestos progresivos o mediante un sistema de responsabilidad que tendería a gravar los accidentes en las clases altas en vez de las pobres<sup>75</sup>. La responsabilidad de la empresa parecería poder hacer esto, por lo menos si no hubieran problemas de empresas en mal estado y dificultades en el paso a la responsabilidad sin culpa. No es necesario decir que la posición que uno adopte va a depender de si uno está de acuerdo o no con la elección de los votantes en favor de los impuestos graduales. E incluso si uno lo está, uno podría aún preguntarse si es que no sería más justo, y más honesto, hacer un poco la labor de Robin Hood abiertamente a través del seguro social y los impuestos. Estos sistemas parecen más factibles a funcionar justa y consistentemente, que un sistema fortuito de responsabilidad de la Empresa; y hacer pagar a los que los ciudadanos deciden para que paguen.

*“En un cierto momento un cuantioso grupo de economistas sintió que era menos doloroso para un rico, que para un pobre perder un dólar”*

<sup>74</sup> Ver nota 50, supra.

<sup>75</sup> Comparar Morris, *"Torts"* pp. 248-249 (1953).

## IMPUESTOS AL MONOPOLIO

Un aspecto adicional de la teoría de la responsabilidad de la Empresa puede otorgar a ese método ciertas ventajas sobre el seguro social financiado con el impuesto a los relativamente ricos<sup>76</sup>. Una vez que los ajustes iniciales, y tal vez perjudiciales, fueron hechos, y desaparecieron las largas barreras a las salidas de una industria<sup>77</sup>, el único caso importante en que la carga de la pérdida, debida a la responsabilidad de la Empresa, no podría ser trasladada del primer afectado, hacia el resto, sería el caso de las industrias con beneficios monopolísticos<sup>78</sup>. Un impuesto cuya recaudación fuera utilizada para pagar perjuicios por accidentes, y cuya incidencia fuera distribuida ya sea ampliamente o puesta sobre los beneficios de los monopolios, puede ser apoyado y defendido<sup>79</sup>. En realidad, en vista de nuestra política anti-monopólica, expresada en mucha de nuestra legislación, alguien puede pensar que este impuesto a las ganancias del monopolio sería la mejor manera de pagar los costos no esparcidos de accidentes, mejor inclusive que un sistema amplio de seguro social. Si uno encuentra este argumento, esencialmente político, atractivo, entonces uno tiene una razón importante para apoyar un esquema de la responsabilidad de la Empresa sobre la asignación de pérdidas en un área donde la justificación de "*distribución de pérdidas*" es débil, e incluso donde su respaldo de "*asignación de recursos*" no es tan fuerte como en otros casos<sup>80</sup>.

## ALGUNAS OBSERVACIONES GENERALES

Al final de este análisis, un tanto largo, debemos también considerar algunas de las consecuencias de las diferentes justificaciones para una distribución de pérdidas sin culpa y algunos resultados inconsistentes que éstas teorías parecerían implicar. Posiblemente las inconsistencias más dramáticas se dan entre algunos de los requerimientos de la justificación de asignación de recursos y la justificación de la distribución de pérdidas. Un buen ejemplo es el tratamiento de las pérdidas que definitivamente son causadas por las empresas, pero que éstas no pudieron prever y contra las cuales probablemente no se aseguraron. De no ser éstas cubiertas por un programa estatal de seguro social general, esas pérdidas probablemente no serían cabalmente distribuidas. Quedarían sobre las partes perjudicadas o bien en las empresas que las engendraron. Es debido a esta ausencia de distribución a través de seguros que el Profesor Ehrenzweig sugiere, en su profundo y provocador tratado sobre el tema, que en estas situaciones no debería aplicarse la responsabilidad de la Empresa<sup>81</sup>. Pero la justificación de asignación de recursos requeriría que la Empresa sufrague estos costos al igual que los que se pueden prever.

En cuanto a lo que asignación de recursos se refiere, estas pérdidas son parte de los costos de producción de bienes particulares, como lo son algunos riesgos más previsibles. La imprevisión dificulta la inclusión de estos costos en el precio del

<sup>76</sup> Un sistema como éste tendría obviamente un importante efecto en la asignación de recursos independientemente de cualquier ventaja dentro de la teoría de la "buena bolsa".

<sup>77</sup> Barreras permanentes para la salida no pueden existir. Tarde o temprano la gente saldrá del negocio o simplemente dejará de entrar en el mismo hasta llegar a que desaparezca. Esto no quiere decir que no pueda haber pasado un buen tiempo hasta que esto suceda.

<sup>78</sup> Lamentablemente, otra área en la que las cargas de las pérdidas no pueden ser distribuidas es en el de las industrias en rápido crecimiento. En este caso también se pueden obtener utilidades "extra". Y es bastante más difícil ver un impuesto a las industrias en crecimiento como deseable.

<sup>79</sup> Por supuesto los propietarios de la compañía al momento en que la carga es impuesta pueden no ser los mismos que al momento que se organizó el monopolio y se repartieron las utilidades extras. Como consecuencia, el impuesto debería de justificarse sobre el negocio monopolístico antes que como un mecanismo para reducir las utilidades extras del monopolista "rico".

<sup>80</sup> Por las razones dadas en las notas 78-79 supra, y también porque me gustaría ver el sistema a lo Robin Hood actuando de una manera más abierta, no encuentro la noción de un impuesto sobre el monopolio muy convincente en términos políticos. Pero pienso que una combinación de distribución de pérdidas en algunas áreas y asignación de recursos en la mayoría, es una justificación adecuada para la responsabilidad de la empresa distinta de la noción de impuesto al monopolio.

<sup>81</sup> Ehrenzweig "Negligence Without Fault" pp. 58, 60, 66, 72-73 (1951); ver nota, University of Chicago Law Review, vol. 8, pp. 729,736 (1941).

artículo, pero no la imposibilita. Industrias con cuotas mayores de pérdidas imprevistas; y por lo tanto que también sobrepasan su cuota de malos años y fracasos, adquieren la reputación de ser riesgosas. Cada vez menos firmas entran en este tipo de industrias y, al pasar el tiempo, rigen precios más altos. Así, el deseado efecto de asignación, es llevado a cabo. Sin embargo, precios altos no implican que esté ocurriendo que los empresarios de tales industrias obtienen mayores utilidades, sujetos al peligro de que alguno de ellos pudiera ser tan gravemente perjudicado que no se recuperara nunca de sus pérdidas, o que pudiera desaparecer, si es que el riesgo se manifestara. En tales casos, pérdidas sociales y económicas secundarias, vendrían después.

Nada de esto ocurrirá si en vez de ser manejados por un sistema de responsabilidad de la empresa, los riesgos de todos los perjuicios estuvieran cubiertos por un programa general estatal de accidentes. Pero tampoco se reflejarían estas pérdidas en los precios, bajo un esquema como este. Los defensores de la responsabilidad de la Empresa en la asignación de recursos, argüirían además que a pesar de que esas pérdidas secundarias parecen severas, son necesarias para cualquier sistema de libre empresa. Los empresarios siempre toman riesgos "*no asegurables*" – en realidad, el peligro de entrar al negocio, que muchos economistas dicen que es la propia fuente de las "*ganancias*", distinguidas de los pagos por trabajo y por el capital, es justamente un riesgo <sup>82</sup>. Y los defensores de la responsabilidad de la Empresa dirían que ésta es sólo la manera de asignar pérdidas de la "*libre empresa*", en contra de los planes colectivistas de seguridad social.

Desde luego, es cierto que finalmente la responsabilidad de la Empresa debe ser primordialmente sustentada por un argumento de la libre empresa. Aunque como sistema de distribución de pérdidas, la responsabilidad de la Empresa tiene algunos méritos, continúa siendo relativamente ineficiente. En primer lugar, no estamos preparados para cargar a las empresas con pérdidas que no son fácilmente asignables a una actividad específica. Y por supuesto, existen muchas pérdidas de este tipo. Si la distribución de riesgos es realmente importante, éstas pérdidas generales de supervivencia requerirán algún tipo de seguro social. La responsabilidad de la Empresa puede ser igualmente ineficiente donde el costo de recaudar las pérdidas de la empresa es alto -ya sea en términos de gastos en la corte o en los honorarios de los abogados. (En tales casos tampoco habrá una justificación de asignación de recursos para colocar estas pérdidas en cualquier actividad. En realidad esta distribución iría en sentido contrario. Una mayor mala asignación es causada al incurrir en costos innecesarios por tratar de asignar la pérdida, en vez de dejarla donde esta cae y permitir que los costos reales se ajusten en el precio del producto involucrado). En el mejor de los casos, pues, si la distribución de riesgos es considerada crucial, la responsabilidad de la Empresa sólo cubriría una parte de la tarea; la otra debería ser completada por algún tipo de seguridad social.

En segundo lugar, inclusive cuando la responsabilidad de la Empresa desempeña su rol, con seguridad sería un distribuidor de riesgos menos efectivo, que un plan de seguridad social. Hemos visto que el peligro de formar empresas débiles y la posibilidad de deshacerse de los

<sup>82</sup> Knight "*Profit*" en American Economics Association, Readings in the Theory of Income Distribution, pp. 539-541 (1946).

pequeños competidores -al menos durante el período de transición al sistema de responsabilidad de empresa- indican que puedan ocurrir efectos económicos secundarios y sociales de carácter perjudicial con este sistema de responsabilidad de la Empresa, pudiendo ser evitados con un seguro social general. Esto no implica que se logre una mala distribución de pérdidas en el caso de responsabilidad de empresa, sino que se lograría uno mejor con el sistema de seguro social.

De manera similar, desde el punto de vista de la justificación de la "*buena pro*", sería preferible un seguro social antes que la responsabilidad de la Empresa. A decir verdad, en el largo plazo la responsabilidad de la Empresa representa una amplia distribución de pérdidas o un impuesto al monopolio. Pero no grava a todos los monopolios por igual, ni a los adinerados que no son monopolistas. El sistema tributario, con todos sus defectos, es más elaborado en lo que se refiere a quitar a los ricos y dar a los pobres, de lo que jamás podría ser la responsabilidad de la Empresa. Por todo, para muchos autores interesados en la distribución de riesgos o la "*buena bolsa*", la responsabilidad de la Empresa es, en el mejor de los casos, "*una casa en la mitad del camino del seguro social*"<sup>83</sup>.

Se podría discutir esta posición haciendo preguntas acerca de los costos reales de mantener un programa de seguro social, y sugiriendo que en virtud de dichos costos, la responsabilidad de la Empresa hace lo que hace al esparcir riesgos, a un precio bastante bajo. O podemos reformular preguntas acerca de la desincentivación de accidentes, o regresar a algunas de las otras justificaciones para la responsabilidad por culpa, y ver si es que no forman alguna justificación en defensa de la responsabilidad de la Empresa compara-

da con el seguro social. Pero la primera de estas aseveraciones no está sujeta a demostración, y la segunda, aunque potencialmente fructífera, está en realidad fuera del alcance de este artículo, ya que involucraría una discusión minuciosa sobre el rol que cumple la culpa en nuestro sistema de asignación de pérdidas.

Sobre la base de lo discutido en este artículo, la responsabilidad de la Empresa es superior al seguro social pues promueve una adecuada asignación de recursos. Y la importancia de la asignación de recursos aumenta y nos lleva a valorizar la libre empresa<sup>84</sup>. Por lo tanto, mientras nuestra sociedad mantenga el ideal de la libre empresa, la responsabilidad de la Empresa no va a poder ser relegada al rol de una simple medida intermedia en el camino hacia la seguridad social.

La razón por la cual la justificación de asignación de recursos va unida al concepto de libre empresa (un sistema de alternativas de producción basado en decisiones individuales para comprar), es que es un sistema que refleja todos los costos en el precio de los bienes, inclusive los costos de los accidentes. Mientras más nos desviamos de este sistema, - más creemos que las personas no saben qué es mejor para ellas-más es lo que minamos las bases de la responsabilidad de la Empresa, es decir la teoría de la asignación de recursos. No hay duda que en los últimos años se ha sembrado en nuestra sociedad una creciente incertidumbre acerca de los valores de un sistema de alternativas basado en precios libres. En diversos sectores se ha dicho que la gente no aprecia la importancia de ciertos productos básicos, para ellos y para la sociedad, y que por lo tanto estos deberían serles suministrados quieran o no. Los gastos de salud y de vivienda, son tan sólo dos ejemplos. Hasta

<sup>83</sup> Ver, por ejemplo, Harper y James, 2, pp. 1370-1379 (y los casos y doctrina allí citados.)

<sup>84</sup> Para una discusión sobre la no despreciable potencialidad inherente de la justificación de asignación de recursos para prevenir accidentes, ver nota 88 infra.

cierto punto, el subsidio en esta área es un reconocimiento de la teoría de asignación de recursos. El argumento para subsidiar la vivienda, por ejemplo, es en parte el correlativo del argumento de la responsabilidad de la empresa: el precio debe contener los beneficios y costos ocultos. Se debe subsidiar la vivienda pues las personas deben darse cuenta de que si existen buenas viviendas, muchos de los costos (de protección policial y el peligro de incendios, por ejemplo) se reducen.

Pero la tendencia a subsidiar no pueden explicarse completamente por la teoría de la asignación de recursos, pues está parcialmente en conflictos con esta teoría. Pues el subsidio, parece indicar que las personas no saben cómo deben distribuir sus gastos, "*por su propio bien*", en, por ejemplo vivienda y salud comparados con otros bienes como televisores<sup>85</sup>. En este punto, la justificación de la asignación de recursos se ve debilitada. Si debido a la publicidad, por ejemplo, la gente adquiere carros o televisores que en "*realidad*" no desean, y si no están satisfechos con lo adquirido entonces, tal vez, debería abandonarse el concepto de que la propia gente sabe mejor que nadie qué es lo que le conviene. Quizás debería haber alguna agencia central que controlara la producción de carros, televisores, "*widgets*", tal y como sucede en tiempo de guerra, cuando los deseos individuales están sujetos a la necesidad colectiva cuando en efecto coincidimos que las elecciones individuales de compra no reflejarían lo que es verdaderamente bueno para los consumidores.

A pesar del debilitamiento de algunos

de los postulados de la libre empresa, aún se puede decir que estamos aferrados al sistema de precios y a la libertad de elección individual de precios como bases correctas para la determinación de lo que se debe producir. La mayoría de bienes todavía se producen en respuesta a la elección individual y no en función de un mandato ejecutivo. En realidad las dificultades de determinar las elecciones de producción de cualquier otra manera, son tales que incluso algunos autores socialistas han buscado adaptar el sistema de precios como un medio para determinar la elección del público <sup>86</sup>. Por otro lado, si nos salimos del ámbito de las decisiones adquisitivas de los consumidores (donde el fenómeno de la propaganda puede sembrar dudas acerca de qué tan bien saben las personas lo que realmente quieren) y entramos al de la adquisición de los productores, se acentúa la validez de un sistema de libre elección. La decisión de una empresa para utilizar acero o aluminio para hacer "*widgets*", está en función de los costos relativos, exista o no propaganda. Si uno de estos metales causa más accidentes que el otro, la empresa debería, de una u otra forma, conocer la diferencia del costo real al momento de elegir. Y la mejor manera de hacer que la empresa note esto es cargándole a la empresa que use un metal, los costos de accidentes causados por el mismo <sup>87</sup>. Igualmente, si los costos de accidente varían no sólo de industria a industria, sino entre las empresas dentro de una industria, y si la diferencia es lo suficientemente importante para que se refleje en las distintas primas de seguro cargadas a cada firma, existen todas las razones

<sup>85</sup> De alguna manera, sin embargo, los subsidios son meramente la otra cara de la tributación como un mecanismo de distribución de ingreso. Así, el dinero debe ser utilizado para vivienda porque básicamente los que se beneficiarían de esto son gente pobre que quienes pagan por esto (a través de los impuestos) son ricos. Y, en consecuencia, el ingreso es redistribuido. Pero mientras este elemento explica los subsidios, esto no explica qué tipo de subsidios tenemos. ¿Por qué debería una persona -que admitimos es pobre- recibir un subsidio sólo si decide vivir en una casa decente, en lugar de darle la parte del dinero que le corresponde y dejarla a ella elegir cuándo quiere gastar este dinero en vivienda o en la bebida? La respuesta nos regresa al inicio -sea porque existen ahorros escondidos en la sociedad, no reflejados en el costo de la vivienda, de tener a las personas viviendo decentemente, o por que sentimos, como sociedad, que sabemos mejor que los individuos involucrados que estarán mejor en una buena vivienda que en una cantina. En cualquiera de estos casos nosotros debemos, incluso en la práctica ofrecerles un subsidio en términos de vivienda más . barata y no efectivo como ellos quisieran.

<sup>86</sup> Lange y Taylor, "*On the Theory of Socialism*" pp. 57-142 (1952).

<sup>87</sup> Entonces, en el grado en que nosotros estemos preocupados con cómo las cosas son producidas, en contraposición con que es producido, la justificación de la asignación de recursos se aplicaría igual a la Unión Soviética que a los Estados Unidos.



para colocar estos costos de accidentes en cada una. Así, el producto de la empresa más eficiente con costos bajos, se vería favorecido, permitiendo a esa firma expandirse a expensas de su competidor no culpable, pero con mayor tendencia a accidentes<sup>88</sup>.

¿Acaso no hemos probado demasiado? ¿Si los costos ocultos deben ser parte de los precios para asegurar que los consumidores compren con conocimiento implícito, no deberían entonces ser incluidos todos los otros costos ocultos?; ¿por qué quedarnos en estos costos por "*daños y perjuicios*" cuando hay otros costos como la congestión de tráfico, la contaminación del agua, y el agotamiento de recursos?<sup>89</sup>. La respuesta, me imagino, es que mientras en teoría debemos tomar en cuenta todo esto, tal vez no valga la pena en la práctica. El costo de determinar y asignar estos otros costos puede ser demasiado grande, y, como se ha dicho antes, si ese costo es tan grande, una peor asignación mayor resultaría al tratar de incluirlo dentro del precio, a que si se permitiera que los costos originalmente ocultos permanecieran así.

Así, los costos por "*daños y perjuicios*" son sustancialmente diferentes de la mayoría de los otros costos ocultos. Nuestra sociedad es tan organizada que mucho del gastos involucrado para evaluar y fijar los costos por "*daños y perjuicios*" tiende a ser sufragado incluso sin la responsabilidad de la Empresa. Bajo un sistema de culpa las personas están siempre listas para probar la culpa, y el costo de intentarlo, no difiere mucho si es que prueban la responsabilidad o no. Nuestro creciente

interés en la distribución de pérdidas, ha generado además un creciente número de pérdidas sin culpa a las que se les asigna un valor monetario y también se les asigna a una de las partes involucradas. Una vez hecho esto, no existe razón financiera alguna para no asignar la pérdida de una manera que fomente una apropiada asignación de recursos.

Por tanto, los costos por "*daños y perjuicios*" deberían ser sufragados por la actividad que los causa, incluso si los otros costos ocultos no pueden ser asignados, y por más que otros métodos de asignación de recursos hagan una mejor labor en la distribución de pérdidas. Todavía no hemos abandonado la estructura económica básica que requiere que los precios de los bienes reflejen todos los costos que están vinculados en su producción o utilización. A lo mucho hemos combinado nuestro interés en la eficiente producción de lo que la gente desea con una insistencia creciente sobre otros valores. Entre estos se encuentra el deseo de mitigar el efecto de las pérdidas al distribuirlas ampliamente. Es más fácil que permanezca estable un sistema de asignación de pérdidas que realiza un buen trabajo tomando en cuenta cada uno de los valores involucrados, que un sistema que enfatiza solo un conjunto de valores dejando de lado al resto. Debido a que el seguro social no toma en cuenta la asignación de recursos para alcanzar una óptima distribución de pérdidas es difícil concluir que la responsabilidad de la Empresa sea una medida sólo temporal, condenada a ser superada por su más claro y eficiente rival<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> Es en esta área de "*como*" los bienes son producidos y "*por quien*" que uno ve de más cerca la potencialidad de prevenir los accidentes inherente a la asignación de recursos. A través de forzar al productor, en base al costo que asume, a usar los recursos con un menor costo de accidentes, éstos son reducidos. A través de forzar al consumidor, en base a los precios que enfrenta, a comprar de la empresa con menos índice de accidentes, se reducen los accidentes. E incluso si uno discute "*que*" debe producirse, la misma potencialidad es puesta de manifiesto. De nuevo, sobre la base de los precios los consumidores, en un sistema de responsabilidad de la empresa, se ven forzados a comprar aquellos productos con un menor índice de accidentes. Todo esto nos indica que el bien que es más barato en términos de acero o costo laboral, pero que es más caro en término del costo de los accidentes, pierde su ventaja una vez que el costo de los accidentes es incorporado al precio.

<sup>89</sup>Ver, de manera general, Kapp "*The Social Cost of Private Enterprise*" (1950).

<sup>90</sup> Por supuesto se puede lograr el mismo efecto en asignación de recursos a través de la responsabilidad de la empresa por medio de un sistema de seguro social, si el seguro fuese pagado a través de impuestos especiales que se imponen a cada actividad que cause las pérdidas. Para que se logre el mismo efecto que la responsabilidad de la empresa, sin embargo, las pérdidas ocasionadas por cada firma y por cada industria tendrían que ser revaluadas frecuentemente y los impuestos especiales ajustados de acuerdo a éstos cálculos. En este punto podríamos empezar a preocuparnos si la responsabilidad de la empresa junto con un seguro privado y quizás público, podría no ser más barato y más manejable administrativamente hablando. Esta posición se reforzaría por el hecho que toda la no querida "*concentración de pérdidas*" generada por la responsabilidad de la empresa estaría igualmente presente en un sistema de impuestos especiales con seguro social.

Por supuesto, si los costos de administrar la responsabilidad de la Empresa resultan exorbitantes o si los daños ascienden muy por encima de lo calculado, (si en otras palabras, la cantidad cargada a la Empresa se vuelve mayor a la pérdida ocasionada) será difícil darle una oportunidad a la responsabilidad de la Empresa, a partir de la asignación de recursos. Y podemos buscar una creciente tendencia hacia un sistema de seguridad social. Igualmente, si nos interesamos más por la eliminación de cualquier posibilidad de distorsión económica se siente cada vez mayor desencanto por una producción de conformidad con los aparentes deseos de los consumidores, y por lo tanto el seguro social aumenta su importancia. Pero si estas cosas no ocurren, entonces existen razones para pensar que se debe tratar de combinar una responsabilidad de la Empresa más amplia (en la que se sintetizan los valores de la distribución de riesgos, asignación de pérdidas y la buena bolsa) con programas limitados de seguro social, financiados por impuestos progresivos, para cubrir pérdidas que sean demasiado generales para ser asignadas a una actividad específica o grupo de actividades.

## EL CONTEXTO LEGAL

Las teorías anteriormente analizadas tienen una amplia aplicación en muchas áreas del Derecho. Un estudio detallado de siquiera una de las áreas en las que pueden ser importantes, requeriría una explicación demasiado amplia para agregarla a un artículo ya tan extenso como éste. Sin embargo, pueda que valga la

pena examinar algunas de las áreas donde estas teorías son relevantes, para poder mostrar de una manera preliminar la utilidad de las teorías al analizar algunos de los problemas legales que se dan en cada área. No haré esfuerzo alguno para relacionar las teorías de responsabilidad objetiva que he discutido, con las teorías subjetivas o con culpa. Tal tarea aunque crucial, es demasiado amplia para cualquier estudio preliminar.

*“Debido a que el seguro social no toma en cuenta la asignación de recursos para alcanzar una óptima distribución de pérdidas es difícil concluir que la responsabilidad de la Empresa sea una medida sólo temporal, condenada a ser superada por su más claro y eficiente rival.*

*Por supuesto, si los costos de administrar la responsabilidad de la Empresa resultan exorbitantes o si los daños ascienden muy por encima de lo calculado, (si en otras palabras, la cantidad cargada a la Empresa se vuelve mayor a la pérdida ocasionada)”*

## MOLESTIAS POR RAZÓN DE VECINDAD (NUISANCE)\*

Nuestra discusión acerca del perjuicio debe limitarse a actividades con cierta utilidad social. Los otros perjuicios deberían, evidentemente, ser suprimidos; en dichos casos los daños son tan sólo incidentales a la supresión<sup>91</sup>, y no son realmente relevantes para los problemas de asignación de recursos o distribución de pérdidas.

La primera pregunta en la jurisprudencia de molestias por razón de vecindad es si acaso el perjuicio alegado debería ser restringido<sup>92</sup>. Desde la perspectiva moderna la restricción depende del daño que causa la molestia, tomando en cuenta, sin embargo, los beneficios sociales de la actividad que causa la molestia<sup>93</sup>. Si las cortes aplicaran una teoría de "los economistas" de asignación de recursos, no pasarían por todas estas complicaciones. Cargarían la molestia con los daños que ésta causara y si el causante pudiera pagarlos y todavía permanecer en el negocio, tomarían esto como una indicación de un buen mercado, si los beneficios a ser recibidos por esta actividad fueran lo suficientemente grandes para justificar su existencia. Si no pudiera soportar estos daños y permanecer en el negocio, se conseguiría el mismo efecto que si la molestia fuera restringida. Esto es como decir que si los "widgets" pueden pagar por los accidentes que causan y aún seguir en el mercado, significa que las personas quieren los "widgets" a

pesar de que causan accidentes.

Hay, sin embargo, razones prácticas de por qué la teoría de asignación pura no es totalmente adecuada para la discusión de las molestias por razones de vecindad. Cuando el efecto de la molestia se distribuye ampliamente es poco probable que se haga que la compañía que causa el daño responda por todo el daño producido. No siempre todo el que es perjudicado plantea una demanda. Incluso si todas las partes en realidad demandaran, el gasto de tener tantas demandas dispersas podría ser tan grande como para negar cualquier beneficio de asignación de recursos que pudiera teóricamente ser conseguido con una sola demanda exitosa. Si, entonces, es perfectamente claro que una molestia no cubriría todos los daños que causa, ¿Por qué esperar que mil acciones legales lo prueben?<sup>94</sup>. Incluso sobre la base de la teoría de asignación de recursos podría sostenerse la prohibición de ciertas molestias, que tienen una cierta utilidad social, al menos por razones de conveniencia<sup>95</sup>.

Sin embargo, la asignación de recursos, probablemente no pueda justificar muchos de prohibiciones surgida en los casos de molestias. Tampoco puede encontrarse una justificación general para prohibiciones en la teoría de asignación de recursos. Si una molestia afectara una área relativamente amplia, sería difícil ver cómo restringir esa molestia podría tener un efecto beneficioso para la distribución de pérdidas. En realidad, en la mayoría de

(\*) Nota del traductor: Hemos traducido "nuisance" como molestias por razón de vecindad. Esta es una institución en el sistema jurídico anglosajón que hace referencia a situaciones en que el uso de un inmueble externaliza costos y genera molestias a sus vecinos. El caso más común es el de contaminación de industrias sobre sus vecinos, o la generación de ruidos u olores molestos. Una de las medidas que pueden tomarse es conocida como "inspection" y consiste, a grandes rasgos, en una orden judicial que prohíbe la continuación de la actividad que genera las molestias. Hemos traducido éste últimos término como prohibición.

<sup>91</sup> Un prostíbulo podría fácilmente pagar por las molestias que causa, y sin embargo no necesariamente se le da la oportunidad de hacerlo; en tales casos las Cortes no están realmente interesadas en la compensación o en la asignación de recursos, sino en la supresión de lo que se considera en sí mismo un mal. Ver de manera general *Tedeschiv vs. Berger*, 150 Ala 649,43 So. 960 (1907); *Crawford vs. Tyrrell*, 128 N.Y. 341, 28 N.E. 514 (1891); *Marsan vs. French*, 61 tex. 173 (1884).

<sup>92</sup> *Fox vs. Ewers*, 195 md. 650, 75 A 2d. 357 (1950); *Sarraillon vs. Stevenson*, 153 Neb. 182, 43 N.W. 2d. 509 (1950); *Johnson vs. Drysdale*, 66 S.D. 436,285 N.W. 301 (1939); *Kramer vs. Sweet*, 179 Ore. 324, 169 p. 2d. 892 (1946).

<sup>93</sup> *Monroe Carp Pond Co. vs. River Raisin Paper Co.*;240mih. 279, 215 M.W. 325 (1927); *Clifton Iron Co. vs. Oye*, 87 Ala. 468, 6 So. 192 (1889); *De Blois vs. Bowers*, 44 F. 2d. 621 C.D. Mass. 1930), *Paramount Richards Theatres, Inc. vs. lity of Mattiesburg*, 210 Miss. 271,49 So. 2d. 574 (1950); *East St. Johns Co. vs. City of Portland*, 195 Ore. S.O.S, 246 p. 2d. 554 (1952); *Rose vs. Socony Vacuum Corp.*; 54 R.I. 411, 173 Atl. 627 (1934). *Comparar Powell vs. Superior Portland Coment, Inc.*, 15 Wash. 2d. 14,129 p. 2d. 536 (1942) con *Riblet vs. Spchene-Portland Co.*; Wash. 2d. 249,248 p. 2d. 380 (1952).

<sup>94</sup> Una prohibición podría no poner a una Compañía fuera del negocio. Podría simplemente forzarla a no utilizar determinado proceso o método de producción, y en algunos casos puede llevar a la empresa a descubrir un método mejor. Si los daños causados por el antiguo método son lo suficientemente grandes, el pago de indemnizaciones tendría el mismo efecto. Presumiblemente la empresa comparará el costo probable de desarrollar un nuevo método con el costo de los daños bajo el antiguo, y escogerá pagar el uno o el otro. La Corte puede pensar que un método alternativo de producción debe ser descubierto, pero la empresa involucrada puede o sobreestimar el costo de desarrollarlo o ser demasiado lenta como para tratar de hacerlo, siendo tentada la Corte de prohibir el método antiguo. Este movimiento podría ser justificado en términos económicos si el desarrollo del nuevo método resulta ser menos costoso que los daños causados por el método antiguo. Esto, sin embargo, representaría una evaluación de los costos del negocio por parte de la Corte que por parte de las empresas involucradas. En efecto, esto sería una afirmación por parte del Juez de que el está en mejor posición para decidir que el fabricante de "widgets".

<sup>95</sup> Ver, sin embargo, nota 105, infra sobre el excedente del consumidor.

los casos, la prohibición parecería producir una cierta concentración de pérdidas y así efectos secundarios poco deseables. Si una molestia afectara tan sólo a un número limitado de personas, (y la distribución del riesgo fuera por tanto indiferente o posiblemente incluso favoreciera la protección de los pocos perjudicados) el simple pago de daños sería adecuado para lograr el resultado deseado con menos riesgos de efectos secundarios eludibles. Sería menos probable que los daños forzaran a una compañía a salir del negocio; así también podrían ser esparcidas a los consumidores a través de cambios en los precios. De todos modos, "la teoría de distribución de pérdidas estaría en contra de los requerimientos incluso en estos casos en que la asignación de recursos pudiera justificar una prohibición y pudiera rara vez necesitar de una prohibición cuando las nociones de asignación de recursos pudieran ser opuestas.

Finalmente, me imagino, que este análisis sugiere que mientras todas las distintas teorías de "distribución de pérdidas" ciertamente resultan relevantes para el problema de restringir las molestias, otros importantes factores pueden exigir prohibiciones en los casos en que las teorías de distribución de pérdidas no lo hubieran hecho. Así, muchos casos garantizan dichas prohibiciones y la doctrina acerca de que "la prohibición surgirá si la molestia es voluntaria"<sup>96</sup>, a pesar de no poder ser explicada en términos de teorías de distribución de pérdidas, pueden ser comprendidos fácilmente usando otros conceptos. Por ejemplo, el concepto de que la propie-

dad es sagrada y que el derecho de expropiación con indemnización es un derecho que normalmente debería ser dado sólo al estado y no a disposición de algún vecino que quiera fabricar llantas<sup>97</sup>.

Existe la otra cara de la moneda la molestia. Asumiendo que un perjuicio alegado es considerado como no restringible hay acaso justificación para las siguientes nociones: (a) que debe haber un daño substancial para que el demandante alegue una molestia y pueda justificarse algún daño;<sup>98</sup> (b) que la "utilidad" de la empresa que causa el "daño" debe ser sopesada al decidir si existe alguna molestia -incluso si se trata de un problema de pago de daños y no de prohibición, (c) los daños, cuando adjudicados, deberían generalmente ser pagados en forma de una cantidad global.

El que se exija un daño sustancial se haya, por supuesto, justificando en términos de distribución de pérdidas. Si los costos de una molestia casi no se distribuyen, por hipótesis se lograría una excelente distribución de pérdidas y los efectos secundarios son mucho menos probables que cuando se requiere a una firma pagar los daños. Un "daño sustancial" también se justifica mediante la teoría de asignación de recursos debido al alto costo de la justicia: una vez más es cierto que una teoría pura requeriría incluso que los costos más ligeros fueran cargados a una firma. Pero si el costo de requerir pagos por daños pequeños fuera más grande que los beneficios que la estricta asignación de recursos traería, no habría razón en forzar tales pagos<sup>100</sup>. En cualquier caso, cuando peores asignaciones substanciales de

<sup>96</sup> Comparar *Racchich vs. Mastrovich*, G.S. S.D. 321.273 N.W. 660 (1937), con *White vs. Bernhart*, 41 Idaho, 665,241 Pac. 367 (1925). Ver discusión en Ames "How far on Act maybe a Tort because of the wrongful motive of the Actor", *Harvard Law Review*, vol. 18, p. 441 (1905); *Drukker*, "Spite Fences and Spite Wells: Relevancy of motive in the Relations of adjoining Landowners", *California Law Review* vol. 26, p. 691 (1938). Ver también *Prosser*, "Torts" p. 413, n. 49 (2da. ed. 1955) (Colección de casos); *Harper y James I*, Sección 1.26, Nota, *Virginia Law Review*, vol. 11, p. 122 (1924); *Nota Wyoming Law Journal*, vol. 9, p. 74 (1954).

<sup>97</sup> *Cumberland Torpedo Co. vs. Gaines*, 201 Ky. 88, 255 S.W. 1046 (1923); *Helms vs. Eastern Kansas 0.1 Co.*; 102 Kam. 164, 169 Pac. 208 (1917); *Kennedy vs. Frechette*, 45 R. 1. 399, 123 Atl. 146 (1924); *Krocker vs. Westmoreland Plating Mill Co.*, 274 Pa. 143,17 Atl. 669 (1922); *Sanaillon vs. Stevenson*, 153 Neb. 182,43 N.W. 2d. 509 (1950); *Jackvs. Tarrant*, 136 Conn.414, 71 a. 2d. 705 (1950); *Cities Service Oil Co. vs. Roberts*, 62 F. 2d. 579 (10th. Cir. 1933); *Brebe vs. Minnesota Crushed Stone Co.*, 143 Minn. 374,173 N.W. 805 (1919). Por otro lado, si el vecino viene desarrollando una función de gran utilidad social, o tiene un contacto con el gobierno, podría estar facultado a expropiar previo pago de la compensación correspondiente. Esta puede ser una analogía burda con el requerimiento de utilidad pública para la expropiación por el Estado, o incluso conceder los beneficios expropiatorios del Estado a ciertas industrias como por ejemplo los ferrocarriles. El no conceder compensaciones por molestias por razón de vecindad en algunos casos de importante utilidad pública o de actividades íntimamente vinculadas con el Gobierno, sin embargo, son más difíciles de explicar en términos de la analogía con las facultades de expropiación del estado. Ver notas 99,103 infra.

<sup>98</sup> *Maddox vs. International Paper Co.* 47F. Supp 829 (W.D. Ld. 1942); *Kepler vs. Industrial Disposal Co.* 84 Ohio App. 80, 85 N.E. 2d. 308 (1948); *Rhodes vs. Dunbar*, 57 Pd. 274 (1868); *Hampton vs. North Carolina Pulp Co.*, 223 N.C. vs. *Heatwole*, 126 W. Va. 888, 30 S.E. 2d. 537 (1944).

<sup>99</sup> *de Blois vs. Bowers*, 44 F. 2d. 621 (D. Mass. 1930), *Michigan Law Review*, vol. 29, p. 760 (1931); ver nota 86 supra (casos citados) ver también *Harper y James I*, sección 1. 30.

<sup>100</sup> Así, si el sistema general de responsabilidad objetiva por accidentes de tránsito se estableciera alguna vez, parece razonable suponer que los daños menores a cierta suma sea US\$50, US\$100, o más realmente no importa -serían excluidos del programa. El costo de manejar pretensiones tan pequeñas no justifica el logro de las ventajas en términos de asignación de recursos y carceración de sustento en términos de distribución del riesgo. Ver, de manera general, nota 121, infra.

recursos ocurren en nuestra sociedad, el tiempo de la corte sería mejor empleado en hacer mejoras más grandes, que mal gastado en las pequeñas. Por supuesto que si una empresa causara gran cantidad de perjuicios menores, la mala asignación agregada podría ser sustancial, a pesar de que no valdría la pena preocuparse por algún reclamo singular por daños. En este caso sería difícil decidir qué pueden hacer las Cortes para mejorar la asignación de recursos, salvo que el daño fuera lo suficientemente grande como para justificar una prohibición judicial. Una mejor solución podría ser impuestos especiales a la empresa o a su producto.

Resulta un poco más difícil encontrar una justificación para evaluar la utilidad social de una actividad antes de determinar si es que debería pagar los daños en aquellos casos en que el daño causado fuera sustancial. Uno podría preguntarse también por qué ésta tendría que ser la función de las Cortes, asumiendo que una decisión en contra de una prohibición ya hubiese sido tomada. Bajo la aproximación de la asignación de recursos, si una actividad causara perjuicio el costo de ese perjuicio debería ser considerado como parte del precio de los bienes que esa actividad produce. Y si el producto fuera solamente lo suficientemente útil podría resultar un éxito aún teniendo que soportar los costos del perjuicio. Si no fuera así, habría un indicativo del mercado de que no fue lo suficientemente útil para que valga la pena producirlo. Por supuesto, cuando

el criterio de la "*utilidad relativa*" se expresa como "*la ley*" no se aplica para nada en la decisión de si deben pagarse los daños o no. Así, las Cortes a veces dicen que la utilidad de una empresa no es suficientemente grande para excluir una prohibición, pero que si los perjuicios son pagados, no surgiría ninguna prohibición<sup>101</sup>. Este lenguaje puede también ocultar una tendencia a causar daños, sin prohibición, solución habitual de los casos en que existe perjuicio, cualquiera sea la utilidad real de la actividad<sup>102</sup>.

Por otro lado, hay claros casos en los que no se cubren los daños obvios, y la única razón para esto es que la utilidad de la empresa es muy grande<sup>103</sup>. Esta concepción es un rezago del siglo XIX donde la responsabilidad por "*culpa*" se justifica en términos de "*utilidad*" de la industria en general; el lenguaje puede haber expresado también un sentimiento oculto de que el subsidio a un industria era de alguna manera socialmente deseable<sup>104</sup>. Tal vez, un razonamiento similar justifica la inmunidad de algunas actividades altamente útiles ante los reclamos por daños<sup>105</sup>. Pero incluso asumiendo que lo hiciera, lo cual es dudoso, la pregunta de por qué los vecinos perjudicados deberían subsidiar una actividad. Si se necesita un subsidio, ¿por qué no obtenerlo de los impuestos?. Por supuesto, nuestro sentir acerca de quién debe pagar el subsidio cuando se trata de una molestia, es menos fuerte que en el caso de accidentes industriales del siglo XIX, pues es probable que los perjuicios

<sup>101</sup> Spaulding vs. Cameron, 38 Cal. 2d. 265, 239 P. 2d. 625 (1952)

<sup>102</sup> Kentucky W. Vd. Gas. Co. vs. Lafferty, 174 F. 2d. 848 (6th. Cir. 1949); Central Georgia Power Co. vs. Pope, 141 Ga. 186, 80 S.E. 642 (1913); Town of Braggs vs. Slape, 207 Okld. 420, 250 P. 2d. 214 (1952); Nailor vs. C. W. Blakeslee and Sons, Inc., 117 Conn. 241, 167 Atl. 548 (1933); United Verve Copper Co. vs. Ralston, 46 F. 2d. 1 (9th. Cir. 1931); California Orange Co. vs. Riverside Portland Cement Co., 5d. Cal. App. 522, 195 Pac. 694 (1920); Vann vs. Bowie Sewerage Co., 127 Tex. 97, 90 S.W. 2d. 561 (1936).

<sup>103</sup> East St. Johns Shingle Co. vs. City of Portland, 195 Ore. 505, 246 P. 2d. 554 (1952); Rose vs. Socony - Vacuum Corp.; 34 R.I. 411, 173 Atl. 627 (1934); Powell vs. Superior Portland Cement Inc., 15 Wash 2d 14, 129 P. 2d. 536 (1942).

<sup>104</sup> Notas 44-47 supra y texto correspondiente. Ver también Clifton Iron Co. vs. Oye, 87 Ala. 468, 6 So. 192 (1889). Madison vs. Ducktown Sulphur, Copper and Iron Co., 113 Tenn. 331, 83 s.w. 658 (1904).

<sup>105</sup> Mientras que el razonamiento específico que se aplicó a la situación del siglo XIX probablemente no es aplicable, otra excepción a la regla normal de asignación de recursos podría aplicarse. Este es el concepto que los economistas conocen como "*excedente del consumidor*". No hay necesidad de entrar en complejos tecnicismos de esta teoría. De manera muy general, la idea es que si en una actividad con pocos sustitutos fuese forzada a salirse del negocio si es que se le hace soportar todos los costos que genera, y si la actividad puede sobrevivir si es que se le permite cargar con un precio mayor que a aquellos que realmente quieren sus productos, y un menor precio a los demás, entonces es importante mantener la actividad con vida, incluso si por ciertas razones cargar precios diferentes -discriminatorios- no fuese posible. El sentido común de esta teoría es simplemente que la mayoría quieren teléfonos, pero sólo a un precio razonable, mientras otros quieren teléfonos de tal forma que antes de perder el servicio están dispuestos a pagar un precio más alto que todos los demás, no existe razón valedera para dejar de prestar el servicio telefónico como un negocio incapaz de mantenerse porque es imposible cobrar dos precios diferentes por el mismo producto dentro de la industria. Si las actividades exceptuadas de pagar daños por molestias a sus vecinos son esencialmente servicios públicos -empresas generalmente sujetas al requerimiento del excedente del consumidor- este análisis, podría servir como una explicación parcial. En vista a las duras críticas que el concepto ha recibido, incluso estas explicaciones parciales no resultan muy convincentes. Ver de manera general Little, "*A critique of Welfare Economics*", pp. 166-184 (2da. ed. 1950) para encontrar un análisis lúcido y crítico de este concepto. Ver también Samuelson "*Foundations of Economic Analysis*", pp. 195-197 (1958). En cualquier caso el concepto, incluso si fuese válido, es muy limitado en la aplicación a una buena justificación teórica para eximir del pago de daños a los vecinos por los daños que las empresas con una alta utilidad social ocasionan.

se distribuyan razonablemente. Esto sucede especialmente desde que las Cortes no consignan definir los daños sino sólo después de haber contrastado el tamaño del perjuicio frente a la utilidad social de una actividad<sup>106</sup>. En realidad, es tal vez en la teoría de la distribución de pérdidas que uno puede encontrar la mejor justificación para la doctrina del no daño. A menos que los perjuicios hacia un individuo fueran extremadamente grandes, las cortes podrían dudar en cargar a una empresa importante con el costo de daños graves. Los daños podrían ocasionar un desbarajuste en la industria, o tal vez incluso hacerla cerrar, con consecuencias secundarias desastrosas<sup>107</sup>. Tal alcance tan sólo reflejaría la idea de que a pesar que la asignación de recursos pudiera requerir cerrar una firma, los desórdenes sobrevivientes serían demasiado grandes como para justificar el cambio. Mi propia tendencia, sin embargo, es que todavía hay muchos casos en los que no existe una verdadera razón para no cargar a una empresa con los perjuicios por molestias a pesar de que la Empresa sea muy útil socialmente hablando -casos en que el efecto de cargar estos costos no significarían un desastre para la industria, sino tan sólo precios más altos en el largo plazo.

La preferencia por daños cubiertos por una "*cantidad global*"<sup>108</sup> frente a aquellos "*ocasionales*"<sup>109</sup> en los casos en que los perjuicios por molestias fueran amplios para la industria, dependerá totalmente de la estructura de la industria relacionada y de la estructura de las industrias competitivas. Los daños de cantidad global, debe recordarse, son fijos y no varían con la producción, mientras que los daños "*ocasionales*" presumiblemente re-

flejarán las diferencias en el volumen de la producción<sup>110</sup>. Si la industria fuera una puramente competitiva, cualquiera de los dos daría como resultado una reducción de la producción y un efecto favorable de asignación de recursos. Este resultado se obtendría más rápidamente si los daños ocasionales fueran cargados, pues de ese modo el efecto se sentiría sin que se dé un cambio en el número de empresas en la industria. Además, la oportunidad de dislocaciones secundarias sería menor que en los casos de daños de "*cantidad global*". Pero con el transcurso del tiempo, se obtendría el mismo resultado cualquiera fuera el tipo de daño que se cargara.

Si la industria involucrada fuera una industria relativamente monopolista, y compitiera con una más competitiva, la producción del monopolio sería de por sí muy baja comparándola con la producción de la industria competitiva, pues los precios de los bienes de la industria monopolística son más elevados en relación a sus costos, que aquellos de la industria competitiva. Es así que cualquier daño que disminuyera la producción, baja de por sí, sería poco deseable.

Sin embargo, al fijar los daños en "*cantidad global*", se puede aprovechar uno de los giros en los precios discutidos previamente, y permitirnos cargar los costos de accidente al monopolista sin inducirlo a subir su precio y bajar su producción<sup>111</sup>. Esto sólo sería posible si el monopolio utilizara un sistema de precios por costo marginal en vez de precios "*con sobre-costos*". Por supuesto, no se mantendría el mismo nivel de precios y producción si los daños totales por el perjuicio fueran tan grandes que excedieran las ganancias de la industria monopolista. Pero en este

<sup>106</sup> Ver casos citados en nota 98, supra.

<sup>107</sup> Comparar *Madison vs. Ducktown Sulphur, Copper and Iron Co.*, supra nota 104, con *McCarthy vs. Naturla Carconic Gas. Co.*, 189 N. Y. 40, 81 N.E. 549 (1907).

<sup>108</sup> *Kentucky W. Va. Gas. Co. vs. Lafferty*, 174 F.2d. 848 (6th. Cir. 1949); *Nailorvs. C. W. Blakeslee and Sons, Inc.*, 117 Conn. 241, 167 Atl. 548 (1933); comparar *Cumberland Torpedo Co. vs. Games*, 201 Ky. 88, 255 S.W. 1046 (1923).

<sup>109</sup> *Akers vs. Ashland Oil and Ref. Co.* 139 W. Va. 682, 80 S.E. 2d. 884 (1954).

<sup>110</sup> Si los daños causados fuesen constantes a la producción, entonces (incluso si los daños fuesen cargados "*ocasionalmente*", el efecto de asignación de recursos sería idéntico al causado por los daños en cantidad global. Ver notas 31-36 supra y texto correspondiente.

<sup>111</sup> Ver texto correspondiente a notas 31-36 supra.

caso el monopolista estaría produciendo demasiado, pues el efecto expansivo de no cubrir costos ocultos habría más que superado el efecto contractivo del sistema de precios del monopolio, y así se justificaría una reducción.

Si, en cambio, la industria involucrada fuera monopolística, pero compitiera con otras industrias monopolistas, serían preferibles los pagos "ocasionales". Pues sería más probable que estos causarían que las diferencias entre los costos ocultos de las dos industrias monopolísticas en competencia se reflejan sus precios.

Los pagos en cantidad global, por supuesto, son un impuesto mucho más efectivo al monopolio, mientras que los pagos ocasionales son mejores distribuidores de pérdidas tanto debido a su dispersión intertemporal como porque permiten mayores cambios en las pérdidas, incluso en los casos de industrias monopolísticas; son mejores distribuidores de pérdidas.

Es aclaro entonces que se pueden esgrimir argumentos en favor de cualquiera de los dos métodos, dependiendo de la estructura de la industria particular y el énfasis que uno quiere colocar en cada una de las teorías de distribución del riesgo. Bajo las circunstancias sería mejor para que las Cortes que tengan discreción al dar "daños en cantidad global" u "ocasionales". La discreción debería, por supuesto, requerir la consideración de muchas cosas además de las teorías discutidas -la inconveniencia y gastos de muchos liti-

gios, y la oportunidad de que si los pagos continuos fueran requeridos, la molestia podría ser eliminada con el tiempo, por una mejor tecnología. Estos son sólo dos de los otros factores a ser considerados -pero las teorías de distribución del riesgo que hemos discutido hasta el momento deberían jugar algún papel en la decisión final<sup>112</sup>.

## ACTIVIDADES EXTRA RIESGOSAS

La doctrina legal contempla responsabilidad objetiva o sin culpa para los perjuicios que resultan de cierto tipo de actividades denominadas "extra riesgosas"<sup>113</sup>. Existió mucha confusión exitosa en el pasado entre actividades extra riesgosas y molestias por razón de vecindad. Tal confusión no debe sorprendernos debido a la similitud económica sustancial entre ambas doctrinas. En cada caso tenemos, en efecto, una carga impuesta sobre una actividad útil que involucra un número cierto y significativo de perjuicios. Las consecuencias de la asignación de recursos de la carga son casi las mismas que las consecuencias de impuestos al monopolio. Las razones de la distribución de pérdidas para colocar los costos de perjuicio en actividades extra riesgosas, parecen sin

<sup>112</sup> Donde sólo una empresa en la industria causa molestias a sus vecinos, el problema de la asignación de recursos es principalmente una cuestión que atañe a la asignación entre esta firma y sus competidores. Esto podría ocurrir cuando una empresa produce en una ciudad cercana al mercado de sus productos, mientras que sus competidores producen en las afueras de la ciudad donde ninguna molestia se produce. Mientras que la empresa en la ciudad no tiene que cargar con todos sus costos, esta produciría presumiblemente más de lo que debería en relación a sus competidores. La mejor manera de hacer que la empresa produzca lo que debería, dados sus verdaderos -aunque ocultos- costos, sería colocando ocasionalmente los daños sobre ella. Entonces, la decisión de cuánto producir reflejaría más exactamente sus costos, incluido el costo por las molestias que ocasionan. Podría ser que si estos costos son cargados a la empresa, esta decidiría en algún momento mudarse a las afueras. Esta decisión reflejaría el hecho que el costo agregado de transportar los bienes al mercado y que se genera por esta mudanza, es menor que el costo que la empresa causa a otros por producir en la ciudad. O esto podría significar que incluso pagando el costo de las molestias, la empresa estaría en la capacidad de competir, en cuyo caso existe una evidencia clara que tener la fábrica en la ciudad es deseable. Incluso esta empresa podría probablemente producir menos que antes de asumir el costo de las molestias. El pago de daños por cantidad global podría ser igualmente efectivo para forzar a la empresa para mudarse a las afueras. Pero estos últimos serían menos efectivos para lograr la reducción de producción -de acuerdo con su costo real- si encuentra adecuado quedarse en la ciudad. Adicionalmente, daños por cantidad global tenderían a que la empresa se mude a las zonas aledañas inmediatas, lo que sería deseable desde el punto de vista de la asignación de recursos, pero devastador desde el punto de vista de la distribución del riesgo.

<sup>113</sup> Sullivan vs. Dunham, 161 N.Y. 290, 5 N.E. 923 (1900); Dixon vs. New York Trap Rock Corp., 293 N.Y. 509, 58 N.E. 2d 517 (1944); Alonso vs. Mills, 95 Cal. App. 2d 778, 214 p. 2d. SO (1950); Exner vs. Sherman Power Constr. Co., 54 F. 2d 510 (2d. Cir. 1931); ver Fletcher vs. Rylands, 159 Eng. Rep. 737, 3 Hurl and C. 774 (1865) (para desarrollos tempranos); 2d. A.L.R. 2d. 1372 (1951) (relación de estados y colección de casos que admiten recobrar daños sin culpa); Harper y James 2, sección 14 (Colección de casos y doctrina).

<sup>114</sup> Coley vs. Cohen, 289 N.Y. 239, 45 N.E. 2d. 913 (1942); Vincent vs. Hercules Power Co., 228 App. Div. 118, 239 N.Y. Supp. 47 (1930). Ver también Harper y James 2, sección 14.8; Prosser "Selected Topics in the law of Torts" pp. 159-177 (1953).

embargo, mucho mayores que las razones equivalentes para cargar las molestias. Este hecho puede explicar por qué los autores que han estado más interesados con la distribución de pérdidas como una justificación de la responsabilidad objetiva, han enfatizado la "*distribución del riesgo*" en el campo de actividades extra riesgosas, mucho más que en el campo de las molestias<sup>115</sup>.

Pero en realidad existen diferencias significativas en las doctrinas legales aplicables a los dos campos. En las molestias, por ejemplo, el daño particular debe ser significativo<sup>116</sup>, mientras en las actividades extra riesgosas la responsabilidad existe, sea el daño grande o pequeño -siempre y cuando surja del riesgo que hizo que la actividad sea extra riesgosa<sup>117</sup>. La teoría de asignación de recursos y las nociones de distribución de riesgos, pueden servir para explicar la diferencia. Sobre la base de la teoría de asignación de recursos estricta, las industrias deberían ser responsables por todos sus costos, grandes o pequeños. La conveniencia, sin embargo, requiere de una excepción en los casos de molestias por razón de vecindad; el costo de hacer frente a daños pequeños es demasiado grande frente a los beneficios recibidos. Por otro lado, la distribución del riesgo se ve favorecida al permitir que las pequeñas pérdidas queden en donde caigan. Esta excepción parece mucho menos necesaria en casos de actividades extra riesgosas, ya que una serie de

demandas costosas por daños menores son poco probables en estas situaciones. La actividad típicamente extra riesgosa es aquella en que existe una importante posibilidad de un daño substancial<sup>118</sup>. En realidad, si muchos daños menores fueran el resultado más probable de una actividad, parece probable que una etiqueta de molestias con restricciones o prohibiciones sería usada<sup>119</sup>. Si el caso usual de actividad extra riesgosa puede ser medido, no sería necesario una regla especial de conveniencia para regular daños insignificantes. Aquellos pocos perjuicios que se dan incidentalmente son cubiertos y son lo suficientemente extraños para no preocuparse por crear una excepción especial que las cortes tendrían que tomar en cuenta al decidir cada caso. Si por el contrario, actividades tales como manejar, fueran de pronto tildadas de actividades extra riesgosas<sup>120</sup>, sería muy probable que se requiriera un daño substancial similar al existente en los perjuicios<sup>121</sup>. De otro modo, no valdría la pena.

Un problema más difícil surge ya que para ser extra riesgosas, una actividad requiere algo más que la certeza matemática de que el daño ocurrirá ocasionalmente<sup>122</sup>. Es necesario que haya mucha seguridad de que el daño ocurra frecuentemente como resultado de esa actividad<sup>123</sup>. Y de acuerdo al Restatement of Torts, es necesario además que no se trate de una "*actividad cotidiana*"<sup>124</sup>.

Así, la categoría de extra riesgosa exclu-

<sup>115</sup> Comparar Harper y James 1, pp. 64-92 (1956), con ibidem 2, pp. 794-795.

<sup>116</sup> Mc Carthy vs. National Carbolic Gas Co., 189 N.Y. 40, 81 N.E. 549 (1907); Riblet vs. Spokane Portland Cement Co., 41 Wash. 2d. 249, 248 P. 2d. 380 (1952); Brede vs. Minnesota Crushed Stone Co., 143 Minn. 374, 173 N.W. 805 (1919).

<sup>117</sup> Sullivan vs. Dunham, 161 N.Y. 290, 55 N.E. 923 (1900) (dicta); see 2d. A.L.R. 2d. 1372 (1951) (Colección de casos).

<sup>118</sup> Restatement, torts, secciones 519-520 (1938); ver Asheville Constr. Co. vs. Southern RR., 19 F. 2d. 32 (4th. Cir. 1937); Federoff vs. Harrison Constr. Co., 362 Pd. 181, 66 A. 2d. 817 (1949); Rainham Chen Works vs. Belvedere Fish Guano Co., (1921) 2 A.C. 465.

<sup>119</sup> Cum Leverland Torpedo Co. vs. Gaines, 201 Ky. 88, 255 S.W. 1046 (1923); Whittlemore vs. Baxter Foundry Co., 181 Mich. 564, 148 N.W. 437 (1914); Dixon vs. New York Trap Rock Corp., 293 N.Y. 509, 58 N.E. 2d. 517 (1944); Landau vs. City of New York, 180 N.Y. 48, 72 N.E. 631 (1964); Pennsylvania R.R. vs. Sagamore Coal Co., 281 Pa. 233, 126 Atl. 386 (1924). Ver también Prosser, "*Torts*" pp. 336-338, 399 (2d. ed. 1955); Harper y James 2, sección 14.

<sup>120</sup> (120) Ver Wings vs. Condor Cen. Omnibus Co., (1909) 2 K.B. 52; Phillips vs. Britania Hygienic Laundry Co. (1923) 1 K. B. 539; Steffen vs. Mc Naughton, 142 Wis. 49, 124 N.W. 1016 (1910) (el automóvil no es una invención peligrosa).

<sup>121</sup> Ver Prosser, "*Torts*" pp. 336-338 (2d. ed. 1955). Ver también, nota, Illinois Law Review, vol. 29, p. 372 (1934); Nota, University of Pennsylvania Law Review, vol. 95, p. 781 (1947); nota 100 supra.

<sup>122</sup> Restatement, Torts, sección 520 y comentario (1938); Harper y James, secciones 14.1-14.5; Prosser "*Torts*" 315-318 (2d. ed. 1953).

<sup>123</sup> Od., sección 520.

<sup>124</sup> Ver Baltimore and O.R.R. vs. Goodman, 275 U.S. G.G. (1927) (concurrancia de culpa indicada).



ye aquellos casos de accidentes de paso a nivel<sup>125</sup> que, inevitablemente, hieren a unos cuantos cada año. Presumiblemente, esto es porque no son dañadas suficientes personas en el lapso de un año, o porque la actividad es "cotidiana", sea lo que sea lo que eso signifique. Es un tanto difícil conciliar estas reglas con las teorías que hemos discutido. La regla de "frecuencia" puede encontrar cierto respaldo en la teoría de asignación de recursos, pero va muy en contra de las nociones de distribución de pérdidas. Y la noción de los "cotidiano" se opone a ambas. Así, puede decirse que si la pérdida esperada, aunque significativa para la parte dañada se da pocas veces, cualquier ajuste de los recursos que surgiera de la asignación de las pérdidas para la industria que la causó, sería mínimo. Y no habría base alguna en la teoría de la asignación de recursos para que haya responsabilidad. Por otro lado, el mismo hecho de que se requeriría muy poco reajuste para cubrir la pérdida si fuera trasladada a la Empresa, sugiere la razón más poderosa para que exista responsabilidad, ya que por hipótesis la pérdida era demasiado pesada cuando se colocaba sobre la persona perjudicada.

Resulta claro así, que la noción de actividades extra riesgosas no ha sido llevada a una conclusión lógica en términos de teorías de distribución de riesgo. Si sólo se considera la asignación de recursos, se puede encontrar alguna justificación para restringir la etiqueta de "extra riesgosa" a las actividades que involucran daños frecuentes y sustanciales. Sin embargo, aunque limitada, esta doctrina parecería requerir la inclusión de muchas actividades sujetas a la responsabilidad objetiva. Si uno considera también otras bases para

la distribución del riesgo (la distribución de pérdidas en especial), parecería indicar una enorme ampliación de la doctrina de actividades extra riesgosas. En general, uno no puede evitar pensar que es un poco incongruente que justo aquellas actividades que causan la mayoría de nuestros daños no son consideradas extra riesgosas, a pesar de que podrían darse reajustes sustanciales de los recursos si fueran incluidas, y a pesar de que la distribución de pérdidas, ciertamente favorecería su inclusión. La justificación que tiene esta estrecha definición de actividades extra riesgosas debe encontrarse en factores ajenos al ámbito de este artículo.

## RESPONSABILIDAD VICARIA\*

En general.- La responsabilidad vicaria -así como la compensación de los trabajadores, con la que siempre ha sido comparada- fue la precursora de la moderna responsabilidad de la Empresa. Por lo tanto, se ha escrito extensamente sobre ambas, aunque usualmente con énfasis sólo en sus alcances dentro de la "distribución de pérdida" o la "buena bolsa"<sup>127</sup>. Ambas se basan en la noción de que ningún trabajador individual estima el riesgo que asume en su trabajo como suficientemente grande como para justificar la contratación de un seguro o para pedir salarios mucho más altos para esto. Esta es una proposición empírica que puede ser aceptada rápidamente<sup>128</sup>. La responsabilidad vicaria se aplica a los perjuicios a terceros, mientras que la compensación de los trabajadores se aplica al mismo trabajador.

El efecto de esta proposición en términos de justificación en favor de la respon-

<sup>125</sup> Así, es difícil de entender por qué, desde un punto de vista de la asignación de recursos la utilidad de una empresa debe ser relevante al problema de cuando esta es ultra riesgosa. Comparar el análisis de una doctrina similar en los casos de molestias por razones de vecindad, texto correspondiente a las notas 103- 107 supra.

(\*)El término en el texto en inglés es "Respondeat Superior", es decir "que el superior responde". Básicamente se refiere a la doctrina de la "responsabilidad vicaria", es decir al hecho que el empleador responda por los daños que sus dependientes ocasionan en el ejercicio de sus cargos o funciones.

<sup>127</sup> Ver, por ejemplo Gregory y Kalven, "Cases on Torts" pp. 703-725 (1929) (Colección de casos y doctrina).

<sup>128</sup> En cierto grado, los sindicatos han cambiado esto. Ver nota 25 supra. Incluso, en algunas industrias donde la administración y el aparato gerencial es reducido, pobre o desorganizado, mientras el sindicato es fuerte, rico y grande, el sindicato podría estar más enterado de los riesgos y estar en una mejor posición para distribuirlos y convertirlos en parte de los precios apropiados.

sabilidad de la Empresa, es transparente. El empleador es el mejor asegurador, tanto porque es capaz de obtener un seguro a tasas más bajas como porque está más consciente del riesgo<sup>129</sup>. Consecuentemente, él es el mejor y principal distribuidor del riesgo. El costo de seguro se transfiere normalmente en parte al costo de la mano de obra y de ese modo se distribuye hacia atrás. En parte es distribuido hacia adelante, a los consumidores, a través de ajustes de precios y producción. El saldo, luego de un período de transición, es distribuido hacia adelante en todas las industrias salvo las monopólicas. Así, se logra una distribución muy amplia, tanto primaria como secundaria. Además, por supuesto, lo que no se distribuye puede justificarse tanto por los fundamentos del impuesto al monopolio, como por las nociones más amplias de la buena bolsa, que enfatizan la posición financiera generalmente más fuerte de los patronos frente a los trabajadores.

Igualmente, pueden darse argumentos sólidos basados en la asignación de recursos. A menos que los salarios reflejan el riesgo de los daños, no se aprecia el costo real de la mano de obra en una industria. De manera similar, el no poder mostrar los costos de los perjuicios, significa que los precios de los productos que vende la industria subvalúan sus verdaderos costos, y que se produce demasiado en esa industria comparada con aquellas que son menos propensas a accidentes. Por otro lado, si los trabajadores fueran a asegurarse y pedir salarios más altos para pagar dicho seguro, el hecho de que ese seguro probablemente les costaría más que a sus empleadores, implicaría que los costos por perjuicios en la industria se exagera-

rían. De cualquier modo, la compensación de los empleados y la responsabilidad vicaria tenderán a una mejor asignación de recursos. No es necesario decir, que la aportación entre patrón y sirviente o el reembolso al patrón por parte del sirviente que comete el perjuicio, se oponen precisamente (aunque probablemente basándose en la culpa), a todas las justificaciones de la "*distribución del riesgo*". Como resultado, uno no puede entender la tendencia de algunas cortes de evadir tales contribuciones e incluso dar un veredicto en contra del patrón (basado en la negligencia del sirviente) así como no encontrar ninguna negligencia por parte del sirviente, en el caso<sup>130</sup>.

Las similitudes entre la compensación de los trabajadores y la responsabilidad vicaria han llevado a algunos autores a afirmar que la regla del "*ámbito del empleo*" de la responsabilidad vicaria debe entenderse tan ampliamente como la prueba de la compensación de los trabajadores "*que surge del y durante el curso del empleo*"<sup>131</sup>. En base a las teorías aquí analizadas esto queda claramente justificado. Estas teorías sugerirían que todos los perjuicios causados por los empleados que surgen del o durante el curso del empleo deberían originar la responsabilidad del empleador, así un perjuicio, surgiera o no de alguna actividad que beneficiara al empleador o que fuera autorizada por éste, y así ocurriera por voluntad del empleado o su negligencia o falta de ésta<sup>132</sup>. Debido a que probablemente exista un seguro disponible en cada caso, y debido a que la distribución del riesgo es seguramente el mismo en cada caso, parece no haber razón para las distinciones en base a la distribución del riesgo o "*buena bolsa*". De

<sup>129</sup> Rankin vs. Western Union Tel.Co., 147Neb.411,23N.W.2d. 676 (1946). Ver también nota 131, infra.

<sup>130</sup> Ver nota, University of Chicago Law Review, vol. 8, p. 729, pp. 729-734 n. 26 (1941) (Colección de casos).

<sup>131</sup> Restatement, Agency Sección 228 (1958); Harper y James 2, sección 26.7; Prosser, "Torts" p. 352 (2d. ed. 1955). G. Lubatt, Master and Servant, secciones 2224 - 2283 (1913).

<sup>132</sup> Ver Sears, Roebuck and Co. vs. Creekmore, 199 Miss. 48,23 So. 2d. 250 (1945); Limpus vs. London Gen. Omnibus Co., 1 Lt. and C. 526,158 Eng. Rep. 993 (1862); Mautino vs. Precedale Supply Co.,338 Pa. 435, 13A. 2d. 51 (1940);Great Atl. and Pac. Ted. Co. vs. Noppenberger, 171 Md. 378,189 Atl. 434 (1937); White vs. Pacific Tel. and Tel. Co., 24 F. Supp. 871 (0. Are. 1938); Hubbard vs. Lock Joint Pipe Co.; 70 F. Supp. 589 (E.D. Mo. 1947); Forsbery vs. Tevis, 191 Wash. 355, 71 P. 2d. 358 (1937). Comparar Joel vs. Morrison G.Y. and P. 501 (1834), con Nelson vs. American West African Line, 86 F. 2d. 730 (2d. Cir. 1936). Deben haber, por supuesto, razones basadas en la culpa para no hacer esto. Todas estas razones están fuera del ámbito de este artículo.

manera similar, la asignación de recursos tenderá a respaldar la responsabilidad. El costo de una actividad no es menos real porque un empleado no fue autorizado para asumirlo, o porque actuó voluntariamente<sup>133</sup>. Si surgiera de una empresa debería ser tan adjudicable a esa empresa como los daños por negligencia; ambos deberían reflejarse en los precios. Por supuesto la asignación de recursos no es una justificación tan exacta o poderosa para que importe demasiado en realidad, dónde se dibuja la línea divisoria entre las actividades que surgen y que no surgen de una empresa; siempre que sea en el área general. Pero ya que las otras justificaciones van de acuerdo a lo que formalmente parece la línea más correcta, desde el punto de vista de los recursos parece justo decir que la asignación de recursos también respalda la equivalencia entre el "*ámbito del empleo*" y "*lo que surge de o en el curso del empleo*". Es en este sentido que las cortes, como las de California, que están a la vanguardia del movimiento en esta dirección, han aplicado adecuadamente las teorías de distribución del riesgo<sup>134</sup>.

Esta discusión, sin embargo, no nos explica por qué la responsabilidad vicaria se halla en realidad limitada a los perjuicios causados a través de la falta del sirviente. Por supuesto, no existe una respuesta a esta pregunta en términos de las teorías analizadas en este artículo, más de lo que existe una respuesta de por qué las actividades extra riesgosas están limitadas como están, o por qué la responsabilidad por daños y perjuicios generalmente tiene una base de cuasi culpa. La respuesta debe buscarse en las amplias justificaciones para el requerimiento de la culpa. La inconsistencia entre estas limitaciones

basada en la culpa y la filosofía de la compensación de los trabajadores fue resalta-da hace mucho<sup>135</sup>. Todavía permanece.

Contratista Independiente.- Un empleador no es responsable por lo agravios cometidos por contratistas independientes a su servicio<sup>136</sup>. Esta doctrina se ve justificada en términos de nuestro análisis si un contratista independiente es definido como una parte que a priori estaría más propensa a considerar el riesgo en sus decisiones de mercado, que su empleador. Así, un chófer de taxi está mejor preparado para soportar el riesgo de accidentes del taxi que el hombre que contrata el taxi. El pasajero normalmente no está asegurado e incluso si lo está, no sería influenciado en su uso del taxi por el hecho de que parte del costo de su seguro de responsabilidad general nace por tomar taxis. De manera similar, aunque el propietario de una casa que contrata a un talador para cortar un árbol es tan buen distribuidor de riesgo como su contratista independiente, no es tan bueno al asignar sus costos. El propietario probablemente tiene un seguro general del propietario de una casa, y esta póliza probablemente cubre perjuicios causados si el árbol cayera sobre la cabeza de su vecino. Por lo tanto, el peligro de esos accidentes sería propiamente asignado como un costo de la propiedad de una casa. Pero a menos que el talador soporte el costo inicial, y haga que su seguro sea parte de un precio por cortar árboles el perjuicio no será contado como un costo de esa actividad. El contratista independiente hace que el peligro sea un costo tanto del negocio de los árboles como del de casas, mientras que el propietario no puede hacerlo; así el contratista se encuentra en una posición más crucial

<sup>133</sup> Ver Harper y James 2, sección 267, p. 1379

<sup>134</sup> Ver, por ejemplo, Harper y James, sección 26.7, p. 1377, n. 13, (Colección de casos).

<sup>135</sup> Smith, "Sequel to 'Workmen's Compensation Acts'", Harper Law Review, vol. 27, pp. 235,344 (1914)

<sup>136</sup> Ver Harper "The Basis of the Immunity of an Employer of an Independent Contractor", Indiana Law Journal, vol. 10, p. 494, (1935); Prosser "Torts", sección 64, p. 357 (2d. ed. 1955); Harper y James, sección 26.11, p. 1395. Ver también Davis vs. ComWyman Lumber Co., 126 Tenn.576 (1912) (Colección de casos y doctrina); Laughler vs. Pointer, 11 Eng. C. C. 579, 5B and C. 547 (1826); Painter vs. City of Pittsburgh, 46 Pa. 213 (1863).

para llevar a cabo una correcta asignación de recursos.

Por supuesto, si ambas partes están igualmente dispuestas a considerar el verdadero costo de la responsabilidad al tomar sus decisiones de mercado, a la asignación de recursos le importa poco quién debería ser responsable; y si ambas partes están igualmente dispuestas a asegurar o soportar la pérdida sin causar efectos secundarios nocivos, a la distribución de las pérdidas no le importa quién debería asumir el costo. En tales casos la responsabilidad inicial no importará para nada, ya que la carga final generalmente reposará sobre las mismas personas sin importar quién es responsable inicialmente.

Mientras que originalmente la excepción del contratista independiente en la responsabilidad vicaria, era considerablemente más amplia que la que se justificaría por las teorías de distribución del riesgo, su ámbito se ha ido reduciendo considerablemente en tiempos recientes<sup>137</sup>. Los empleados que solían ser considerados como contratistas independientes son tratados actualmente como sirvientes para los fines de la responsabilidad vicaria<sup>138</sup>. Así, los canillitas, las estaciones de servicio local si son suficientemente controlados por sus compañías matrices de petróleo y otros que soportan el riesgo inadecuadamente, han sido excluidos de la categoría de contratistas independientes<sup>139</sup> la definición técnica de contratista independiente ha permanecido casi inalterada, pero las cortes tienden a aplicar las definiciones de manera más acorde a las teorías de distribución del riesgo,

de lo que solían hacer en el pasado<sup>140</sup>. A pesar de esta reducción queda un número sustancial de casos en los que se da el status independiente, pero en los que el contratista independiente ha fracasado en asegurarse y no puede compensar a los perjudicados sin efectos secundarios sustanciales, si es que logra hacerlo de alguna manera<sup>141</sup>. Es difícil decir, sin embargo, en cuántos de estos casos las cortes no escogieron "*al que mejor asume el riesgo*", y cuántos son los casos en los que (aunque escogen correctamente) la parte involucrada no se asegure simplemente porque era terco y prefirió correr riesgos<sup>142</sup>. Sin embargo, cierta restricción en la doctrina probablemente sería todavía deseable sobre la base de las teorías de distribución de riesgo. Pero la doctrina en sí, si está limitada correctamente, se encuentra claramente justificada por estas teorías.

Obligaciones Indelegables.- Una segunda limitación a la doctrina se ha dado a través del desarrollo de excepciones. Es difícil decir exactamente lo que estas excepciones (y las excepciones de las excepciones) hacen. Algunos han argumentado, sin embargo, que son esencialmente modos de cargar el costo a la parte que está más al tanto del riesgo<sup>143</sup>. Y el argumento es ciertamente plausible. La principal excepción a la doctrina es la regla de que ciertas obligaciones no son delegables, y que la responsabilidad por ellas no puede ser evadida a pesar de que los contratistas independientes son contratados para realizarlas<sup>144</sup>. Estas tareas son usualmente descritas como tareas estatutarias<sup>145</sup>, o tareas que involucran cierto riesgo especial

<sup>137</sup> Ver Murray's Case, 130 Me. 181, 154 Atl. 352 (1931). Ver también el desarrollo de conceptos en Harper, supra nota 136; Steffen, "*Independent Contractor and the Good 'Life'*", University of Chicago Law Review, Vol. 2, p. 501 (1935); Morris "*The Torts of an Independent Contractor*", Illinois Law Review, Vol. 29, p. 339 (1935).

<sup>138</sup> Murray's Case, supra nota 137; Pacific Fire Ins. Co. vs. Kenny Boiler and Mfg. Co., 201 Minn. 500, 277 N.W. 226 (1937).

<sup>139</sup> Ver Humbleoil and Ref. Co. vs. Martin 148 Tex. 175, 222 S.W. 2d 995 (1949); Warren vs. Male, 203 Ark 608, 158 S.W. 2d 51 (1942); Robinson vs. George, Cal. 2d 238, 105 P.2d 914 (1940)

<sup>140</sup> Ver notas 137-139 supra (casos citados); Chapman, "Liability for the Negligence of Independent Contractors", L. R. Review Vol. 50, p. 71 (1934); Charlesworth "*Law of Negligence*", pp. 58-66 (1938).

<sup>141</sup> Ver notas 137-140 supra (casos citados); comentario en Yale Law Journal, vol. 39, pp. 861, 872 (1930); Harper y James 2, sección 36.11.

<sup>142</sup> Ejemplos de esto no se limitan al área de contratistas independientes. Así, mientras los conductores de automóviles son mejores portadores del riesgo que los peatones, conductores sin seguro difícilmente pueden ser considerados una rareza.

<sup>143</sup> Ver nota 137 supra (casos citados).

<sup>144</sup> Dixie Stage Lines vs. Anderson, 222 Ala. 673, 13450.23 (1931); Corrigan vs. Elsingher, 81 Minn. 42, 83 N.W. 492 (1900); Murray vs. Lehigh Valley R.R., 66 Conn 512.34 Atl 506 (1895)

<sup>145</sup> Blount vs. TowFong, 48 RL 453, 138 Atl. 52 (1927); Weber vs. Buffalo Ry., 20 App.Div. 292, 47 N.Y. Supp. 7 (1897); Colegrove vs. Smith, 102 Cal. 220, 36 Pac 411 (1894); Luce vs. Halloway, 156 Cal. 162, 103 Pac. 886 (1909).

que depende de su propia realización<sup>146</sup>. Para discutir los distintos significados dados, estas definiciones "de letra negra" requerirán una digresión sustancial. Sin embargo, en teoría, el empleador tiende a estar totalmente enterado de estas obligaciones. Es así que está más propenso a asegurarse contra el riesgo que implicaría, y ser mejor distribuidor del riesgo<sup>147</sup>.

Saber si el empleador se encuentra en una mejor posición para hacer que el costo sea parte del precio de los bienes particulares o servicios ofrecidos, es más problemático. En cierto modo, el punto aquí no es tanto si la parte perjudicada podría repetir en contra del empleador, sino si al empleador -una vez hecho responsable- podría repetir contra el contratista. A menudo, sin embargo, ambas cosas desembocan en lo mismo pues, si prevalece el seguro, la recuperación no tendría mayor efecto.

En todos los casos parece probable que las obligaciones "indelegables" involucran situaciones donde el empleador está en una posición bastante buena para hacer que el riesgo que soporta sea parte de sus decisiones de compra. El riesgo es o extra riesgoso<sup>148</sup> o estatutario<sup>149</sup>. En cualquier caso, es probable que el empleador asuma un seguro especial por el riesgo o que el riesgo sea parte crucial de su seguro general, y que los costos afecten así su decisión de entrar a la actividad que hizo que asumiera el riesgo. Hasta este punto el empleador es un asumidor del riesgo más adecuado (desde el punto de vista de la asignación de recursos), de lo que sería en una situación normal de contratista independiente.

La excepción de negligencia colateral

puede ser tomada como una simple limitación "que surge del empleo", aplicable a actividades indelegables. Es decir, una vez que se decide que los contratistas independientes son mejores portadores generales del riesgo tanto sobre la base de la asignación de recursos como de la distribución del riesgo, pero que se prefiere a los empleadores en ciertos casos especiales que involucran lo que llamamos actividades indelegables, la pregunta surge respecto qué es y qué no es propiamente parte de esta tarea. En un sentido, la pregunta no involucra más que una decisión acerca de si ciertos accidentes son más un riesgo del empleo general del contratante independiente que de la obligación indelegable específica, y que es mejor cargarlos a sus precios en general que a sus precios por esa clase especial de tarea. Si el riesgo es "general" el contratista no sólo se encuentra en mejor posición para trasladar el costo a los precios, sino, que como está en mejor posición para prever el riesgo que el empleador, es también un distribuidor del riesgo. Por supuesto esta aproximación amplía a la negligencia colateral no puede explicar todas las pequeñas distinciones que la doctrina ha producido<sup>150</sup>. Pero esas distinciones son más un incidente natural de cualquier línea divisoria que el resultado de una propuesta razonada en torno a los problemas involucrados.

Inmidades Benéficas.- Hay jurisdicciones que garantizan a las instituciones sin lucro cierta forma de inmunidad frente al principio de responsabilidad vicaria<sup>151</sup>. El ámbito y extensión de esa inmunidad varía mucho de estado a estado<sup>152</sup>. Como las justificaciones originales para las exo-

<sup>146</sup> Ver Annot, 23 A.L.R. 984 (1923); Prosser, "Torts", sección 69, p. 359 (2d. ed. 1955); Harper y James, 2, sección 26.11.

<sup>147</sup> Ver, de manera general "New York Law Revision Commission Report, Recommendation and Studies", pp. 411-688 (1939); Morris, supra nota 137; Steffen, supranota 137; Harper, supranota 136.

<sup>148</sup> Bower vs. Peate, 1 QBD321, 45 L. J. Q.B.446(1876); Restatement, Torts, secciones 416,423 (1938).

<sup>149</sup> Blount vs. Tow Fong, 48 R.J. 453, 138 Atl. 52 (1927).

<sup>150</sup> Ver nota 147 supra.

<sup>151</sup> Ver Harper and James, sección 29.17; Annot, 25 A.L.R. 2d. 29, pp. 79-84 (1952).

<sup>152</sup> Ver Annot; 25 A.L.R. 2d. 29. 143-200 (1952).

neraciones benéficas han sido fuertemente criticadas<sup>153</sup> muchas jurisdicciones muestran la tendencia a limitar o abolir dicha inmunidad<sup>154</sup>. Debemos, sin embargo, preguntar si la justificación de la distribución de pérdidas y la asignación de recursos apoyan la responsabilidad para instituciones sin fines de lucro. Presumiblemente, las nociones del "*impuesto sobre el monopolio*" o la "*buena bolsa*" no lo hacen.

La distribución de pérdidas es tan aplicable a las instituciones de caridad como a las que tienen fines de lucro<sup>155</sup>. En cuanto las instituciones de caridad sean las aseguradoras más adecuadas, ocurre una distribución de pérdida primaria. Además, una distribución secundaria puede también ocurrir a través de la asignación de recursos usada, por medio de los precios más altos para aquellos que pueden pagar por los servicios de las instituciones sin fines de lucro, a través de una "*caridad*" algo menor para los usualmente numerosos beneficiarios de la generosidad de la institución de caridad, y a través de una demanda más fuerte sobre los donantes. En todos los casos los efectos secundarios son ciertamente menos probables si la institución soporta la pérdida que si la soporta la parte perjudicada.

De manera similar, la asignación de recursos se aplica igualmente a las instituciones de caridad, como a las empresas con fines de lucro. Una institución de caridad "*se vende*" igual que cualquier otro servicio. Lo que consigue con buenas obras "*es su producción*". Su éxito depende de la utilidad de esas obras ante la mirada de los donantes y otros que pagan por los servicios de caridad, en comparación con los costos que la obra acarrea. Una elec-

ción racional entre las instituciones de caridad, y entre las instituciones sin fines de lucro y otros servicios, requiere que todos los costos aparezcan ante el público. Esto necesariamente implica que el costo por los perjuicios causados por los empleados de la institución se incluyan.

Decir que las personas no aprecian totalmente en valor de una institución de caridad, o que los resultados obtenidos son mayores una vez que los gastos han excedido a los costos por un monto significativo, es sólo decir que la institución de caridad crea beneficios ocultos, así como costos ocultos, o que la institución de caridad es una industria con costos decrecientes. Como hemos visto, tal situación no es exclusiva de las instituciones de caridad, y puede ser una buena base para la existencia de subsidios<sup>156</sup>. Pero no existe mayor razón para que las partes perjudicadas paguen el subsidio en el caso de las instituciones de caridad de lo que habría en otras industrias en similar condición.

Hay otras bases, por supuesto, para criticar las inmunidades de las instituciones de caridad<sup>157</sup>. La inconsistencia de una ley que asegura alivio a una persona perjudicada, por un camión de lavandería privado, pero que se lo niega a una persona herida por el camión de lavandería del hospital, sería suficiente para condenarla. Desde el punto de vista de este artículo, sin embargo, basta decir que no existen fundamentos en las bases de la distribución de pérdidas o de la asignación de recursos para eximir a las instituciones de caridad de la responsabilidad vicaria.

Instrumentos Negociables.- La aplicabilidad de las teorías de la distribución de pérdidas no está, por supuesto, limitada al campo de los daños y perjuicios. Para

<sup>153</sup> Ver Appleman, "*The Tort Liability of Charitable Institutions*", A.B.A.J. Vol. 22, p. 48 (1936); Feezer, "*The Tort Liability of Charities*", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 77, p. 191 (1923); Nota, Yale Law Journal, Vol. 48, p. 81 (1938); Nota, North Carolina Law Review, Vol.32, p.129 (1953). Pero ver Zollman "*Damage Liability of Charitable Institutions*", Michigan Law Review, Vol.19, p. 395 (1921).

<sup>154</sup> Ver notas 151-153, supra.

<sup>155</sup> Ver, por ejemplo, Harper and James, 2, secciones 26.16-29.18.

<sup>156</sup> Ver texto correspondiente a notas 43-47 supra.

<sup>157</sup> Ver nota 153, supra.

indicar cómo estas teorías pueden aplicarse en áreas no relacionadas con los daños y perjuicios, hemos incluido algunos comentarios acerca de los documentos negociables. La falsificación, que a menudo ha sido examinada por los autores interesados en principalmente la distribución del riesgo<sup>158</sup>, es considerada aquí porque la discusión y conclusiones alcanzadas se contradicen claramente con las que se alcanzarán al estudiar las órdenes de suspensión de pago. Además de este contraste, una discusión superficial de la asignación de recursos y falsificación, como la que podría considerarse aquí, aporta muy poco para modificar las conclusiones generales alcanzadas por aquellos que han estudiado el campo sólo desde el punto de vista de la distribución del riesgo. Un análisis más concienzudo podría, sin embargo, ser fructífero ya que tanto en las falsificaciones, como en los instrumentos negociables en general, uno trata con una estructura económica específica -el sistema de la banca. Como resultado, las preguntas acerca del efecto que tendrían la facilidad de la salida o el poder monopolístico sobre la asignación de recursos podría tal vez ser contestada en términos más específicos de lo que pueden ser en la menos homogénea área de la responsabilidad civil.

Falsificaciones.-Dejando de lado cualquier consideración de qué sistema de asignación de pérdidas sirve mejor para disminuir el riesgo de falsificaciones, es difícil escapar a la conclusión alcanzada por la mayoría de autores, de que en general el riesgo de falsificaciones debería ser colocado sobre el banco girado<sup>159</sup>. Una posible excepción a esto podría ser el caso de

falsificaciones en fraudes de negocios<sup>160</sup>. Excepto en este caso, el argumento de la distribución del riesgo es obvio. El banco es la parte más enterada de los peligros de la falsificación. Hasta donde se sabe, el daño se da con una certeza casi matemática. Es así la parte que de manera más factible de asegurarse, así como para la cual el seguro es más barato. El banco se encuentra también en un posición crucial para alcanzar una sustancial, si no completa, distribución del riesgo secundaria a través de la manipulación del precio de los cheques. Claramente pues, si el banco soporta la pérdida, se minimiza el peligro de indeseables efectos secundarios.

Además, la justificación de la asignación de recursos no se contradice realmente de la mejor conclusión sobre distribución del riesgo. En teoría, la asignación de recursos adopta aquí la forma de una comparación entre distintas maneras de hacer pagos. Debido a que la falsificación es un costo inherente del pago con cheque, debería hacerse parte del costo visible en los propios cheques, para que así las personas puedan tener los datos correctos al decidir entre pagar "*al contado*" o con "*cheques*". El argumento teórico diría que las personas están al tanto de los costos reales de usar efectivo (tales como la inconveniencia o el peligro de pérdidas) pero salvo que los bancos asuman el riesgo de la falsificación, los usuarios de cheques no conocerán el costo total de usar más cheques de los que usarían si estuvieran bien informados. De hecho la validez de la teoría resulta dudosa. Parece probable que el costo de falsificación es tan ligero al estar dividido entre los usuarios de cheques, que no habrá diferencia alguna en el

<sup>158</sup> Ver por ejemplo Corker, "Risk of loss from Forged Indorsements", Stanford Law Review, Vol.4, pp.24,30-31 (1951); Comentario, University of Chicago Law Review, Vol. 18, pp. 281, 287-288 (1951); Nota, University of Chicago Law Review, Vol.14, pp. 705, 708 (1947); Comentario, Yale Law Journal, Vol. 65, pp. 807,810 (1956).

<sup>159</sup> Ver, por ejemplo, Comentario, Yale Law Journal, Vol. 62, pp. 417, 435-438 (1953); Cocker, supra nota 158, p. 31. Ver también Willinston 4, "Contracts" sección 1160, p. 3345 n. 10 (colección de casos); 5 Ibid sección 1572; National Bank of Stanford vs. Marshburn, 229 N.C. 104, 47 SE. 2d. 793 (1948).

<sup>160</sup> Ver Uniform Commercial Code, sección 3-405, Comentario 4 (1952).

número de cheques usados. Pero si esto es así, se deduce que los bancos pueden trasladar todo el costo de la falsificación a los usuarios de los cheques, y así el argumento de la distribución del riesgo se vería reforzado. Si esto no fuera así, y si sumar el costo de la falsificación al precio de los cheques fuera en realidad suficiente para hacer que un número de personas usen cheques menos frecuentemente, se obtendría una mejor asignación de recursos. De cualquier manera, al colocar la pérdida inicial en los bancos se obtiene un resultado deseable. Como un asunto práctico, la importancia de escoger un sistema de asignación de pérdidas que ayude de manera significativa para prevenir falsificaciones, puede ser tan grande que cualquier discusión acerca de la falsificación que deja de lado la prevención casi no vale la pena. Sin embargo, una discusión incluso tan esquemática como ésta, indica que las nociones de distribución del riesgo y asignación de recursos tienen lugar en la formulación de una regla lógica acerca de las pérdidas por falsificación.

El caso de las falsificaciones en fraudes de negocios es bastante diferente. El riesgo aquí podría ser asignable a cualquiera de las dos empresas, cada una de las cuales parece igualmente apropiada para proteger y actuar como un distribuidor secundario de riesgos. Si la distribución del riesgo es indiferente, las razones para escoger una empresa en vez de otra, deben derivarse de la teoría de asignación de recursos. Si el riesgo, cuando se asigna al banco, fuera una suma significativa al costo normal de falsificación, haciendo que valga la pena para los bancos discriminar cuentas de sociedades y cargar distintos precios por los cheques por ellas, la asignación de recursos sería indiferente en cuanto a que los bancos o los negocios

asumieran el riesgo inicialmente<sup>161</sup>. De cualquier manera, el costo formaría parte de ambas empresas, la bancaria y la de negocios. Y la división de la carga final no se vería afectada por aquel que asume la carga inicial. Que el banco o le negocio asumiera la mayor parte de ésta (de acuerdo estrictamente con la economía) dependería que los negocios tendieran a usar sustancialmente menos cheques, debido al riesgo involucrado, de los que usarían si los cheques no acarrearán riesgo alguno. Por supuesto, ya que los negocios en realidad no usarían menos cheques probablemente terminarían asumiendo la carga total.

Si el costo de separar las cuentas de cheques de las empresas fuera muy grande para que el banco se preocupara, se vería un resultado diferente. En ese caso los bancos tendrían que escoger entre pasar la carga a todos los usuarios de cheques, asumir las pérdidas ellos mismos o separar las cuentas de las sociedades de cualquier manera y pasar los costos de la misma, así como los costos de falsificación, a los usuarios de cheques. Cualquiera de estas formas asignarían de alguna manera mal los recursos. Primero, porque los usuarios (no hombres de negocios) de cheques enfrentarían un costo que ellos no generan, segundo, porque los negocios estarían aislados de un costo que es propiamente suyo, y tercero porque las empresas enfrentarían un costo que una mejor asignación de pérdidas hubiera podido prever. Por supuesto si el costo de las falsificaciones por empresas es tan pequeña que la mala asignación es insignificante (y esto no es poco probable), la pregunta es sólo interesante como un abstracto ejercicio intelectual. El problema entero podría evitarse poniendo el riesgo inicial sobre los negocios, en vez de sobre los

<sup>161</sup> Lo mismo es cierto si por otras razones los Bancos desean segregar cuentas de sociedades de cuentas individuales, o si la combinación de otras razones añadiéndole el riesgo de negocios fuese suficiente para justificar el costo de separar las cuentas de sociedades.



bancos, y parecería aconsejable hacerlo. Ya sea porque el costo del seguro de falsificaciones o de garantizar a los empleados fuera sustancialmente más alto para los negocios que para los bancos, o se mostrara que los negocios son sustancialmente menos propensos para asegurar que los bancos, habría razones para un resultado diferente. Dentro de la teoría de distribución del riesgo adecuado y tal vez también una asignación de recursos, existirían bases para tomar en cuenta no sólo el no tan sólido argumento de la asignación de recursos hacia los negocios, en vez de la responsabilidad del banco, que acabamos de considerar.

Órdenes de Suspensión.- Los argumentos a favor de la responsabilidad inicial del banco por las órdenes de suspensión, aunque aparentemente basados en la teoría de la asignación de recursos, no se justifican por esa teoría. Los autores han establecido que el riesgo de no observar las órdenes de suspensión se aprecia mejor en el lado del banco pagador<sup>162</sup>. Se dice que sólo el banco puede contrastar el costo de prevenir el no acatamiento de las órdenes de suspensión con el costo de pagar por los errores. Sólo el banco, puede así, asignar adecuadamente sus recursos entre la prevención y la compensación. Mientras esto resulta cierto, asumiendo la existencia de órdenes de suspensión, el argumento no sirve para enfrentar el problema de si (sobre la base de una asignación de recursos) los bancos deberían ser forzados a aceptar las órdenes de suspensión. En realidad, las indicaciones son que, en general, el derecho a suspender el pago de los cheques no es suficiente como

para garantizar el costo que engendra. Si los usuarios de cheques en realidad se preocupan lo suficiente por las órdenes de suspensión como para pagar sin irritarse un precio más alto que los cheques acarrearán, uno se pregunta por qué los bancos no les gusta tener que observar el derecho a utilizar las órdenes de suspensión. Si los clientes quisieran órdenes de suspensión, los bancos podrían fácilmente trasladar los costos agregados sin una baja en el uso de cheques o un detrimento en la no satisfacción del cliente<sup>163</sup>.

El hecho que algunos usuarios de cheques deseen el derecho a formular órdenes de suspensión y que algunos estarían deseosos de pagar un precio sustancialmente más alto por este servicio, es fundamento para que las reglas comunes hagan que las órdenes de suspensión sean aplicables en general<sup>164</sup>. Comúnmente todos los que usan cheques disfrutan del derecho de suspender su pago, y todos pagan por éste, quieran o no<sup>166</sup>. Como resultado, aquellos que no quieren este derecho y que rara vez lo usan, subsidian a aquellos que sí lo hacen. Por otro lado, los que ahora quieren el derecho para usar órdenes de suspensión, pueden aprovecharlo pues el servicio acarrea un precio menor que su costo real. Es así imposible decir si las órdenes de suspensión no subsidiadas serían suficientes.

La solución adecuada sería permitir el uso de las órdenes de suspensión a aquellos que las requieren y que están deseosos de pagar más por el derecho de tenerlas; pero las órdenes de suspensión no deberían estar a disposición como parte de los servicios normales de la chequera.

<sup>162</sup> Comentario, University of Chicago Law Review, Vol. 20, p. 667 (1953); Kentucky-Farmers Bank vs. Staton, 314 K y. 313, 235S.W. 2d. 767 (1951); Calamita vs. Tradesman's Nat'l Bank, 135 Conn 326, 64A. 2d. 46 (1949). Ver, sin embargo Comentario, Yale Law Journal, Vol. 65, pp. 807,819-821 (1956).

<sup>163</sup> Ver nota 166 infra.

<sup>164</sup> Second Nat'l Bank vs. Meek Appliance Co., 244 S.W. 2d. 769 (K y. 1951); Calamita vs. Tradesman's Nat'l Bank, 135 Conn 326, 64 A. 2d. 46 (1949); Bohlig vs. First Nat'l Bank and Trust Co., 16 ND. Super430, 84 A. 2d. 741, aff'd, 9 N.J. 607,89 A. 2d. 242 (1952).

<sup>165</sup> bid. Algunos Estados permiten a los Bancos incluir cláusulas que prohíben detener el pago. Ver Gaita vs. Windsor Bank 251 N.Y. 152, 167N.E. 203 (1929); Chase Nat'l Bank vs. Battat, 297 N.Y. 185, 78 NE. 2d. 465 (1948); Tremont Trust Co. vs. Burack, 235 Mass. 398, 126 N.E. 782 (1920); Hodmick vs. Fidelity Trust Co., 96 Ind. App. 342, 183 N.E. 488 (1933). Para limitaciones adicionales, ver de manera general nota, "Exculpation Clauses in Stop- Payments Orders", Rutgers Law Review, Vol. 6, p. 577 (1952); Martinez vs. National City Bank of N.Y., 80 F Supp. 545 (D.P.R. 1948)

<sup>166</sup> Muchos Bancos cobran una pequeña cantidad a aquellos que formulan una orden de detener el pago de un cheque. Pero, aparentemente, el cobro no guarda relación con la responsabilidad a la que el Banco se expone por detener el pago. Ver carta al autor de G. Harold Welch, Jr. Asistente del Vicepresidente del First New Haven National Bank, New Haven Conn, en los archivos de la Biblioteca de Derecho de Yale.

Si pudieran mantenerse cuentas separadas de órdenes de suspensión, existiría un buen indicio económico de que el costo de mantenerlas, vale la pena. Y se mantendrían sólo para aquellos que las quisieran y estuvieran dispuestos a pagar por ellas. Si las cuentas con derecho a órdenes de suspensión no fuera un servicio auto-suficiente, entonces desde el punto de vista de la asignación de recursos se demostraría que las órdenes de suspensión son tan sólo una pérdida de recursos. Por supuesto, en aquellas cuentas especiales que tuvieran el privilegio de usar órdenes de suspensión, los bancos serían responsables, sin tomar en cuenta la negligencia, por cualquier falla al implementar una orden de suspensión. La razón es que en relación a estas cuentas, los bancos en realidad estarían en la mejor posición para asignar recursos entre la prevención y la compensación.

Un argumento aún más sólido en favor de las órdenes de suspensión puede basarse en las nociones de distribución del riesgo. Las órdenes de suspensión permiten al comprador cambiar de opinión en medio de una compra y distribuir su riesgo sobre todos los usuarios de cheques. Todos estos tienen este privilegio y pagan por él.

En efecto, el sistema general de órdenes de suspensión no es más que un seguro a corto plazo que es obligatorio para los usuarios de cheques, y que reúne riesgos, buenos y malos. Esto indudablemente distribuye el riesgo de algunas pérdidas. Pero parece extraño que el tipo particular de pérdida involucrada en las órdenes de suspensión debe ser rescatada y ser no sólo asegurable, sino necesariamente

asegurable. En primer lugar, es más fácil evitar esta pérdida que la mayoría de pérdidas. En segundo lugar, es menos factible que sea catastrófica y que cause efectos secundarios indeseables. En tercer lugar, previene que el riesgo de pérdida caiga sobre el comprador por un período muy corto. Si no se da cuenta de su error mientras se autoriza el pago del cheque, la pérdida, pesada o liviana, caerá sobre él a pesar de las órdenes de suspensión. Por todas estas razones concluyo que mientras las órdenes de suspensión parecen encontrar alguna justificación en la distribución del riesgo, su relación con la distribución del riesgo es tan errática, y la distribución del riesgo involucrada tan lejana de lo que normalmente sucede en nuestra sociedad, que no existe ninguna justificación real para tal solución. Tan sólo si pidiéramos que todos se aseguraran o si distribuyéramos cada tipo de riesgo concebible, es que las órdenes de suspensión estarían apoyadas por las nociones de distribución del riesgo.

Bajo estas circunstancias parece difícil de entender por qué algunas cortes rehúsan autorizar a los bancos para que excluyan contractualmente la responsabilidad de las órdenes de suspensión<sup>167</sup> excepto, claro está, cuando dichos "*contratos*" son tan sólo intentos ex post facto por parte de los bancos para evitar una pérdida en la que ya han incurrido. Una solución más deseable, al menos desde el punto de vista de las teorías aquí discutidas, sería una regla general que aislará a los bancos de la responsabilidad de las órdenes de suspensión, a menos que exista pacto en contrario.

<sup>167</sup> Thomas vs. First Nat'l Bank, 376Pd.181, 101 A.2d. 910(1954); Speroff vs. First Cent. Trust Co. 149 Ohio St. 415 N.E. 2d. 119 (1948). Por supuesto que es fácil de entender porqué las órdenes de detención de pago existen en período de su historia. Y podría ser que existen razones fuera del ámbito de éste artículo que justifican una regla general de órdenes de suspensión. Pero es difícil de ver una razón válida para ésta regla en términos de "*distribución del riesgo*" según lo discutido en este artículo.



 @sodeuc.py

 @sodeuc


 Sociedad de Derecho y Economía  
de la Universidad Católica

 [www.sodeuc.org.py](http://www.sodeuc.org.py)



 @ipde\_py

 @IPDEpy

 Instituto Paraguayo de  
Derecho y Economía

 [www.ipde.org.py](http://www.ipde.org.py)