

Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿Puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto?(*)

Guido Calabres (**)(***)

Las recientes críticas al Análisis Económico del Derecho, aunque de distintas fuentes, se han centrado en el hecho que la noción de eficiencia económica siempre depende, tanto en los diferentes sentidos que se le da como para su aplicación práctica, de valores extraños a la propia noción de eficiencia⁽¹⁾. Sin los fundamentos, que los economistas no pueden formular, acerca de la justicia distributiva y acerca de los derechos originales que asigna el sistema legal, titularidades o puntos de partida, el Análisis Económico no puede darnos respuestas. De acuerdo con esta crítica, uno debería abandonar el Análisis Económico y regresar a nociones de justicia en la generación

del sistema jurídico. Sin embargo, lo que las críticas quieren decir por justicia varía de un caso a otro. Para Ronald Dworkin "justicia" significa regresar nuevamente a la filosofía⁽²⁾. Para Duncan Kennedy "justicia" significa ideología o sus propias intuiciones acerca de lo que es justo⁽³⁾. Para Richard Epstein parecería significar regresar al "common law" y a las relaciones del "common law"⁽⁴⁾. Supongo que para otros significa aceptar lo que la mayoría desea como "justo". Todas estas críticas, por supuesto, son las que el nuevo Análisis Económico del Derecho nos permite identificar, al menos cuando ellas son vistas como las últimas fuentes del Derecho⁽⁵⁾.

(*) El presente artículo fue originalmente publicado bajo el Título "First Party, Third Party, and Product Liability System: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?" el Iowa Law Review, Mayo 1984. Vol. 69, pp. 833-851. La traducción ha estado a cargo de Alfredo Bullard con expresa autorización de Iowa Law Review y de Guido Calabresi.

(**) Sterling Professor of Law, Yale University. Este artículo se deriva de la Conferencia "John F. Murray" dada en el Iowa College of Law por el profesor Calabresi el 20 de Enero de 1983.

(***) Nota del traductor: El profesor Guido Calabresi es uno de los juristas más destacados en los Estados Unidos. Sus trabajos en Análisis Económico del Derecho y en el área de la Responsabilidad Civil se encuentran reunidos en numerosos artículos y en varios libros entre los que destacan "The Cost of Accidents", "Tragic Choices" e "Ideals, Beliefs, Actitudes and the Law". En el presente artículo el profesor Calabresi desarrolla cómo el Análisis Económico del Derecho, a pesar de las críticas que enfrenta, puede ayudarnos a responder no sólo preguntas vinculadas con el objetivo de la eficiencia, sino también con principios distributivos. Para ello analiza los distintos sistemas que

pueden adoptarse para controlar los accidentes de tránsito y sus efectos.

(1) Es difícil hacer una relación de todas estas críticas o de sus autores; existen demasiadas y se ha escrito mucho al respecto. Una relación representativa (tomada de solamente un número de dos Revistas de Derecho en el mismo año) sería: Dworkin, *Is Wealth a Value?*, 9J. Legal Stud. 191 (1980); Epstein, *The Static Conception of the Common Law*, 9 J. Legal Stud. 253 (1980); Fried, *The Laws of Change: The Cunning of Reason in Moral and Legal History*, 9 J. Legal Stud. 335 (1980); Horowitz, *Law and Economics: Science or Politics?*, 8 Hofstra L. Rev. 905 (1980); Kennedy & Michelman, *Are Property and Contract Efficient?*, 8 Hofstra L. Rev. 711 (1980).

(2) Ver por ejemplo Dworkin, *Is Wealth a Value?*, 9J. Legal Stud. 191 (1980).

(3) Ver por ejemplo Kennedy & Michelman, *Are Property and Contract Efficient?*, 8 Hofstra L. Rev. 711 (1980).

(4) Ver por ejemplo Epstein, *The Static Conception of the Common Law*, 9 J. Legal Stud. 253 (1980).

(5) Ver Calabresi, *The New Economic Analysis of Law: Scholarship Sophistry, or Self-Indulgence?*, 68 Proc. Brit. Acad. 85, 88 (1982).

Desafortunadamente el uso que hacen del Análisis Económico del Derecho muchos de sus representantes –por ejemplo el Juez Richard Posner–, nos lleva precisamente a las críticas que se le han formulado⁽⁶⁾. Estos representantes del Análisis Económico del Derecho parecen prácticamente decir que como “*nosotros*” no podemos decir nada “*científico o académico*” sobre los puntos de partida o valores distributivos, debemos ignorarlos y analizar el Derecho sólo en base a la eficiencia económica definida simplemente como maximización de la riqueza⁽⁷⁾. En otros trabajos he tratado de demostrar que las críticas al Análisis Económico del Derecho son correctas en cuanto, careciendo de bases en otros valores, la maximización de la riqueza es un concepto carente de significado.

Sostengo que Posner y sus seguidores deben estar asumiendo, de manera subrepticia, premisas acerca de los puntos de partida y sobre la deseable distribución de la riqueza para poder definir esa “*riqueza*” que, ellos sostienen, el sistema jurídico debe (o debería) maximizar⁽⁸⁾.

Si bien este argumento implicaría que el Análisis Económico no debe ni puede decir nada sobre los puntos de partida y los valores distributivos, esto no quiere decir que los valores que el Análisis Económico tiende a obviar puedan ser ignorados. Evitar el desperdicio es parte de la noción común de justicia, incluso si “*desperdicio*” en cualquier sociedad dada puede ser sólo definida en base a aquellos profundos

valores que establecen titularidades y puntos de partida.

Con estos comentarios como contexto, me gustaría analizar tres tipos de sistemas que puede utilizar el Derecho para bregar con los accidentes de tránsito, contrastarlos entre ellos y a su vez con un sistema de seguro social general contra accidentes. De esta labor me gustaría derivar algunas nociones acerca de qué nos puede decir el Análisis Económico y que no nos puede decir acerca del Derecho y su reforma. Los sistemas a los que me refiero son: (a) Seguros contra primera persona (esto es, que la responsabilidad recae sobre el propietario del automóvil o el conductor por los daños que éstos sufran, sus pasajeros o los peatones)⁽⁹⁾; (b) Seguros contra tercera persona (esto es que, dada la tradición existente sobre leyes y normas que limitaban la responsabilidad al conductor en el caso de pasajeros transportados a título gratuito, o que generaban un régimen de inmunidad entre los miembros de una familia para efectos de la responsabilidad civil y la resistencia a demandar a los propios amigos cuando otros pueden ser demandados, se asignaba responsabilidad al propietario del carro o al conductor por los daños que sufrieran las personas fuera del automóvil en caso de un accidente)⁽¹⁰⁾; (c) Responsabilidad por productos (esto es que la responsabilidad recae primariamente en el fabricante del carro en todos los casos en que alguien sufre daños en un accidente de tránsito, sea dentro o fuera del carro); y (d) Seguro Social (esto es que, la responsabilidad

(6) Para un detallado recuento de las varias ramas en el movimiento del Análisis Económico del Derecho, incluyendo aquella representada por Posner y sus seguidores, ver C. Veljanovski, *The New Law-and-Economics- A Research Review* (1982). Veljanovski es también el compilador de una excelente, aunque el día de hoy ligeramente desactualizada, bibliografía sobre el tema. C. Veljanovski, *Bibliography in Law and Economics* (1979).

(7) Comparar R. Posner, *Economics Analysis of Law* 10 (2d. ed. 1977) y Posner, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, 8 J. Legal Stud. 103, 105-07 (1979) con Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 8 Hofstra L. Rev. 487, 497 (1980).

(8) Ver Calabresi, *About Law and Economics; A Letter to Ronald Dworkin*, 8 Hofstra L. Rev. 553 (1980); Calabresi, *The New Economic Analysis of Law; Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?*, 68 Proc. Brit. Acad. 85 (1982). Otros han tomado, por supuesto, posiciones estrechamente vinculadas. Ver por ejemplo Baker, *Starting Points in Economic Analysis of Law*, 8 Hofstra L. Rev. 939 (1980); Dworkin, *Why Efficiency?*, 8 Hofstra L. Rev. 563 (1980); Dworkin, *Is Wealth a Value?*, 9 J. Legal Stud. 191 (1980); Kronman, *Wealth Maximization as a Normative Principle*, 9 J. Legal Stud. 237 (1980); Markovits, *Legal Analysis and the Economic Analysis of Allocative Efficiency*, 8 Hofstra L. Rev. 811 (1980).

(9) Las respuestas más comunes de Seguros contra primera persona se derivan de R. Keeton & J. O'Connell, *Basic Protection for the Traffic Victim* (1965).

(10) Tanto las leyes referidas a responsabilidad por transporte gratuito (que requieren grados mayores de negligencia o incluso negligencia grave o dolo para que se atribuya responsabilidad por los daños que sufra el pasajero) como la doctrina de la inmunidad intrafamiliar (que limita de manera bastante clara la capacidad de la víctima de obtener una compensación por un accidente causado por un familiar cercano) han ido declinando recientemente, por no decir que prácticamente han desaparecido. Muchos Estados han derogado las leyes que limitaban responsabilidad en caso de transporte gratuito. Ver por ejemplo *Apr. 9, 1975. ch. 379. S. 1. 1975 Colo. Sess. Laws 1568 (derogando Colo. Rev. Stat. S 42-9-101 (1973), Act of Feb. 14, 1972, ch. 72-1 S. 1. 1972 Fla. Laws 113 (derogando Fla. Stat. S 320-59 (1959); Act of Feb. 11, 1974, ch. 3, S. 1. 1974 Wash. Laws 2 (derogando Wash. Rev. Code S 46.08.080 (1961))*. Muchas Cortes estatales han declarado las leyes que limitan responsabilidad en el caso de transporte gratuito como inconstitucionales. Ver por ejemplo *Cooper v. Bray*, 21 Cal. 3d 841, 855, 582 P. 2d 604, 612, 148 Cal. Rptr. 148, 156 (1978); *Manistee Bank & Trust Co. v. McCowan*, 394 Mich. 655, 681, 232 N.W. 2d 636, 647 (1975); *Primes v. Tyler*, 43 Ohio St. 2d 195, 204-05, 331 N.E. 2d 723, 729 (1975). Adicionalmente numerosas Cortes estatales han dejado sin efecto la inmunidad impidiendo demandas por responsabilidad civil entre esposos, principio que estaba recogido en el “*common law*”. Ver por ejemplo *Klein v. Klein*, 58 Cal. 2d 692, 693-94, 376 P. 2d 70, 71-72, 26 Cal. Rptr. 102, 103-04 (1962); *Merenoff v. Merenoff*, 76 N.J. 535, 557, 388 A. 2d 951, 952 (1978). A pesar de esto las demandas en contra del conductor del otro automóvil, cuando son permitidas, siguen predominando.

recae en los contribuyentes pues las indemnizaciones se obtienen del pago de impuestos en los casos de accidentes de tránsito⁽¹¹⁾. Voy a describir y analizar estas aproximaciones no como existen el día de hoy en el sistema legal, sino en su forma prototípica. Me voy a concentrar, en otras palabras, en una inexistente aproximación pura de primera persona en la que el propietario del carro es responsable por todos los daños que sufran las personas que van dentro del automóvil; con un sistema de tercera persona en el que todas las demandas se plantean contra el propietario del "otro automóvil"; y con un sistema de responsabilidad por productos en el que el fabricante del automóvil es responsable por todos los daños producidos por los accidentes de tránsito que involucren sus productos⁽¹²⁾. La razón por la que hago esto es que las características fundamentales de cada una de las aproximaciones son destacadas cuando la aproximación es considerada en su versión pura o extrema.

De manera similar, en este artículo no voy a tomar en cuenta el sistema de la culpa como base de responsabilidad. Aunque tendemos a asociar algunas de estas aproximaciones con la culpa y algunas con el sistema objetivo, cada una de ellas puede ser basada en la culpa o en criterios de asignación de responsabilidad objetivos. Podríamos tener un sistema de primera persona en donde la indemnización sería pagada por el Seguro del propietario del vehículo, pero sólo si el accidente fue la consecuencia de la culpa

de alguien diferente (como ocurre en algunos esquemas de automovilistas que incumplen con tener un Seguro)⁽¹³⁾. Inversamente, podríamos tener una aproximación de tercera persona en la que tanto la responsabilidad como la compensación se den independientemente de que exista culpa (como fue propuesto por el antiguo plan de compensaciones por accidentes de tránsito de Columbia, 1930)⁽¹⁴⁾. La responsabilidad por productos podría, obviamente, exigir culpa por el lado del fabricante o constituirse en un sistema objetivo⁽¹⁵⁾. Finalmente, un sistema de Seguro Social para accidentes de tránsito, incluso si fuese cubierto por un fondo derivado de los ingresos generales tributarios del Estado, podría ser limitado para compensar sólo a aquéllos que sufren daños como consecuencia de la culpa de alguien, o podría estar disponible para todas las víctimas sin perjuicio que no exista culpable. Obviamente es bastante inusual encontrar argumentos en favor de un sistema basado en la culpa salvo en los casos de esquemas de primera persona o responsabilidad por productos. Este hecho debe ser importante en el debate de los méritos de un análisis de culpa para establecer responsabilidad. Sin embargo, esto no está relacionado con los puntos que voy a tratar de sostener en este artículo, pues esto puede hacerse tanto si uno asume un sistema basado en la culpa como si uno asume, como lo voy hacer, un sistema objetivo.

Ninguna de las cuatro aproximaciones mencionadas líneas arriba establece un sistema completo

(11) Uno podría, por supuesto, tener un sistema de Seguro Social en el que los fondos para la compensación no se deriven de los ingresos generales por impuestos, sino de contribuciones de las partes envueltas en el accidente. Dependiendo de cuando este fondo se obtenga de "impuestos" pagados por "primeras personas", "terceras personas" o fabricantes de los productos involucrados, el sistema de Seguro Social podría ser analizado como una variante del sistema de primera persona, tercera persona o responsabilidad por productos. Como yo estoy discutiendo estas últimas aproximaciones de manera directa, asumo en este punto un fondo de compensación derivado de los ingresos generales tributarios del Estado.

(12) De hecho cada una de estas aproximaciones tiene elementos que son característicos de las otras aproximaciones. En el grado en que la mayoría de los sistemas de primera persona hacen al conductor responsable respecto de los peatones, se crean ciertos incentivos de tercera persona. En el grado en el que los pasajeros podrían demandar al conductor del automóvil en el que viajaban, las aproximaciones de tercera persona mantienen algunos elementos de las aproximaciones de primera persona. Y obviamente, no existe sistema de responsabilidad por productos que haga a los fabricantes responsables por todos los accidentes de tránsito que involucren sus automóviles. La necesidad de demostrar un defecto en el producto y la existencia de diversas defensas en el caso de responsabilidad objetiva por productos suele derivar en situaciones donde las pérdidas son asumidas por personas distintas al fabricante dentro de una aproximación de primera o de tercera persona. Para efectos de simplificar el análisis, estoy ignorando

otras posibles personas que podrían resultar responsables (como los vendedores de automóviles o los fabricantes de repuestos y piezas componentes) en los casos de responsabilidad por productos. Todas estas derivaciones "realísticas" de las "aproximaciones puras" aquí discutidas deberían, obviamente, ser tomadas en cuenta antes que uno comience a efectuar propuestas tentativas de reformas al sistema jurídico. Esto será desarrollado más adelante en el presente trabajo.

(13) Ver por ejemplo *Rhault v. Tsagarokos* 361 F. 2d 205-06 (D. vt. 1973); *Allstate Ins. Co. v. Elkins*, 63 Ill. App. 3d 62, 66, 381 N.E. 1, 4 (1978), *aff'd*, 77 Ill. 384, 396 N.E. 2d 528 (1979); *Wescott v. Allstate Ins. Co.*, 397 A. 2d 156, 166 (Me. 1979); ver también *A. Widiss, A Guide to Uninsured Motorist Coverage* S 2.17 (1969); *Widiss, Uninsured Motorist Coverage: Observations on Litigating over When a Claimant Is "Legally Entitled to Recover"* 68 *Iowa L. Rev.* 397, 397 (1983).

(14) *Columbia University Council for Research in the Social Sciences, Reporte elaborado por el Committee to Study Compensation for Automobile Accidents* (1932). El plan de Columbia permitía recobrar daños a las víctimas de accidentes de tránsito de aquellos que les hubiesen causado los daños sin requisito de culpa. Esta propuesta se inspiró en las normas de compensación a los trabajadores por accidentes de trabajo que constituye una suerte de sistema objetivo de tercera persona.

(15) *Comparar McPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 394, 111 N.E. 1050, 1055 (1916) con *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 384, 161 A. 2d 69, 84 (1960).

de incentivos que minimicen el costo de los accidentes y el costo de las medidas necesarias para evitarlos. Cada uno deja al descubierto comportamientos importantes y que pueden generar costos por accidentes. En consecuencia todos ellos fallan en colocar la presión necesaria en las personas cuyas decisiones pueden reducir el costo de los accidentes. Pero las situaciones en las que cada una de las aproximaciones permite "un viaje gratis" (es decir en las que alguien se ve aliviado de asumir los costos que genera) son muy diferentes entre ellas. Y las partes que ganan o pierden como consecuencia de estos "viajes gratis" son también diferentes en cada sistema. Así se deriva que la elección de alguna de estas aproximaciones es importante no sólo por sus efectos en los costos de los accidentes, sino también por sus consecuencias distributivas. Para ver esto utilizaremos algunos minutos en describir las estructuras de incentivos y distribución creadas por cada sistema.

En un sistema de primera persona el costo de conducir un automóvil depende primordialmente de tres factores: la propensión a accidentes del propietario-conductor; la seguridad o riesgo relativos del automóvil para aquéllos que viajan en él; y los daños—esto es el costo del accidente, tanto para el automóvil como para aquéllos que viajan en él. Esto es porque las primas de los seguros de primera persona dependen primordialmente, y por tanto reflejan, la posibilidad y gravedad de daños que pueden sufrir el conductor y sus pasajeros⁽¹⁶⁾. En el sistema de tercera persona el costo de conducir un automóvil también depende de tres factores, pero dos de ellos son diferentes. El primero, que es el mismo que en el sistema de primera persona, es la propensión a los accidentes del propietario-conductor del automóvil; el segundo es la seguridad o riesgo relativo del carro para aquéllos que

se encuentran fuera de él o en otro automóvil; y el tercero son los daños—esto es el costo de los accidentes para aquellas personas heridas fuera del carro o en otros carros. Bajo un sistema de tercera persona las primas de los seguros dependen y reflejan la posibilidad y gravedad de los daños a las personas fuera del automóvil del propietario-conductor⁽¹⁷⁾.

La responsabilidad por productos crea una estructura de incentivos bastante diferente. En estos sistemas el costo monetario de conducir un automóvil no depende de la propensión del propietario-conductor a sufrir un accidente. No es factible que los fabricantes de automóviles fijen precios diferentes a distintos compradores basados en la propensión a sufrir accidentes por estos últimos⁽¹⁸⁾. En lugar de esto el costo de conducir automóviles refleja la seguridad o riesgo relativos de los automóviles tanto respecto a aquéllos que se encuentran dentro de los mismos como de aquéllos que se encuentran fuera de ellos. De manera similar, el costo de conducir un automóvil depende de la magnitud de los daños que sufran las víctimas, se encuentran éstas dentro o fuera de los automóviles. Los fabricantes de carros tendrán que pagar los daños sin perjuicio de que las víctimas hayan estado en el interior o en el exterior de los mismos, y los precios que los fabricantes cobrarán por sus productos reflejarán esta responsabilidad.

Como una consecuencia de esto, los sistemas de responsabilidad por productos crean mayores incentivos para la seguridad que los que crean los sistemas de primera persona o tercera persona en lo que concierne a los propios automóviles, pues toman en cuenta tanto el número y severidad de los accidentes para las víctimas que se encuentran en el carro como para las que se encuentran fuera de él. Pero los sistemas de responsabilidad por productos no crean

(16) Siendo que los sistemas de primera persona permiten típicamente solicitar indemnizaciones al propietario del automóvil por parte de los peatones víctimas de un accidente, en la práctica uno de los componentes de las primas del seguro sería también la posibilidad y gravedad de los daños que puedan sufrir del seguro sería también la posibilidad y gravedad de los daños que puedan sufrir estos terceros. Esto, sin embargo, probablemente no sería un factor dominante en los Estados Unidos el día de hoy.

(17) Nuevamente, en la práctica, la posibilidad y gravedad de los daños a los pasajeros introduciría un elemento concerniente a la seguridad del carro en el sistema de tercera persona. La importancia de este elemento depende de la frecuencia con la que los pasajeros demandan y obtienen una reparación, dentro del sistema legal vigente, por los conductores de los automóviles en los que viajaban así como por los conductores de los otros automóviles. Más importante, probablemente, es el hecho que en la práctica común existe la influencia de un importante componente del sistema de primera persona como consecuencia de la existencia de seguros contra colisiones. Salvo que la compañía que provea cobertura contra colisiones está en posibilidad de repetir contra el causante

externo al automóvil asegurado (es decir al conductor del otro auto) el seguro de colisión es, sin duda, una forma de seguro de primera persona.

(18) La existencia de defensas por parte del fabricante en los casos de responsabilidad por productos puede, si estas defensas se basan en la propensión de los propietarios-conductores a sufrir accidentes, mitigar, de alguna manera, la predominante influencia que tiene el sistema de responsabilidad por productos en generar seguridad para el automóvil antes que seguridad para el usuario. Siendo que las reglas de concurrencia de culpa no son frecuentemente consideradas como una defensa en las demandas por responsabilidad por productos, otras defensas como asunción del riesgo o uso inadecuado del producto, pueden tener el mismo efecto. Ver por ejemplo D. Noel & J. Phillips, *Products Liability* 263-85 (2d ed. 1981). El hecho que estas defensas afecten o influyan el comportamiento individual de los conductores es, obviamente, algo bastante discutible. También es cuestionable que estas defensas estén lo suficientemente individualizadas como para afectar o influenciar el comportamiento de categorías de conductores. Ver por ejemplo, G. Calabresi, *The Costs of Accidents* (1970).

incentivos económicos para los propietarios-conductores para evitar accidentes, pues la propensión de los de los propietarios-conductores a sufrir accidentes no puede fácilmente reflejarse en el precio de compra de los automóviles. Los sistemas de primera y tercera persona, por el contrario, ponen énfasis en los riesgos que crean los propietarios-conductores y consideran además los peligros inherentes en el manejo de automóviles. Pero el sistema de primera persona lo hace sólo respecto a aquéllos que sufren daños dentro del carro y no respecto a aquéllos que sufren daños fuera de él, mientras el sistema de tercera persona lo hace sólo para aquéllos que se encuentran en otros carros y tiende a ignorar los daños de aquéllos que están en el propio carro del conductor.

Bajo un sistema de Seguro Social el costo de conducir no refleja el costo de los accidentes en ningún grado. Estos costos se convierten en parte del sistema general tributario del país, que a su vez refleja los costos de los accidentes de tránsito para todas las víctimas, sea que éstas se encuentren en el propio carro o en otro distinto. Ni la propensión del propietario-conductor, ni la propensión del automóvil a causar accidentes afectan el costo de conducir. Tampoco afectan las decisiones respecto al manejo ni a cómo los automóviles son fabricados. Sin embargo, estos sistemas sí afectan la presión tributaria que se presenta en la sociedad.

Siendo que ninguna de estas aproximaciones plantea soluciones para todos los riesgos y costos involucrados en los accidentes de tránsito, se puede visualizar cada sistema como admitiendo o permitiendo ciertos costos de los accidentes de ciertas clases particulares, haciendo que éstos sean demasiado altos y podrían ser criticados por esto. Uno también podría esperar que aquellos costos de los accidentes que no son adecuadamente controlados por cada aproximación se tornarían en objeto de propuestas de regulación estatal directa. La "laguna" en incentivos econó-

micos puede ser llenada –adecuada o inadecuadamente– por controles administrativos y sanciones penales. Y así ha sido en la práctica (incluso dada la naturaleza "impura" de las aproximaciones tal como las utilizamos en la realidad).

En consecuencia, en los Estados Unidos, el sistema dominante de responsabilidad por tercera persona ha hecho innecesaria la dación de leyes prohibiendo la instalación de lanzas en el frente de los carros, pues el riesgo que éstas representan para personas en otros automóviles resultaría en primas de seguros suficientemente altas para desincentivar a aquéllos que consideren estas lanzas como atractivas. En lugar de esto, el mismo sistema ha hecho poco para incentivar el desarrollo de seguridad interna en los automóviles pues los gastos en proteger a los pasajeros no se reflejarán de manera proporcional en la reducción de las primas de seguros a ser pagadas por el propietario-conductor. No es accidental pues que la mayoría de las reformas en las que se concentró Ralph Nader en las regulaciones administrativas se referían a requisitos de seguridad de los automóviles para sus pasajeros⁽¹⁹⁾. Esto fue así precisamente porque bajo el sistema dominante la falta de seguridad para los ocupantes del automóvil "no pagaba"⁽²⁰⁾.

No es descabellado sostener que si el sistema dominante fuese uno de primera persona, no tendríamos que discutir sobre las ventajas de exigir la instalación de cinturones de seguridad y bolsas de aire en los automóviles, ni sobre las seguridades de los autos en los que viajamos prestan a sus ocupantes en caso de colisiones⁽²¹⁾. Las primas de seguros incentivarían a reducir costos a través de estos implementos. Por el contrario, probablemente estaríamos discutiendo la necesidad de leyes que prohíban lanzas en el frente de los carros y regulaciones limitando el tamaño de los vehículos para controlar a aquéllos que comprarían su propia seguridad de manera "más barata" sin importar el costo de aplastar a los ocupantes de otros

(19) Ver por ejemplo 49 C.F.R. S 571.203 (1982) (protección al conductor de impactos contra el timón); de igual manera S 571.208 (protección a los ocupantes contra colisiones), y S 571.219 (zona de invasión del parabrisas).

(20) De acuerdo a la leyenda, hace muchos años un miembro de la industria automotor produjo un carro con importantes aditamentos de seguridad para los ocupantes del mismo. El carro, sin embargo, costaba considerablemente más que sus competidores como consecuencia de estos aditamentos. Bajo el sistema dominante de tercera persona, los compradores de este automóvil no obtendrían ninguna reducción en sus primas de seguro. El fabricante intentó convencer a los compradores de que el costo adicional valía lo que por él se pagaba. No debe sorprendernos que como una prueba de que los compradores no deseaban pagar dos veces lo mismo (una por sus propias primas de

seguro y otra por un mayor costo del automóvil) por accidentes de tránsito y costo de seguridad, se dijo que el incidente resaltó el no probado y probablemente erróneo refrán que en la industria automotor "la seguridad no paga". Calabresi *The New York Plan: A Free Choice Modification*, 71 *Column. L. Rev.* 267, 270-71 (1971) (proponiendo un sistema en el que aquellos que eligieran automóviles seguros para primera persona podrían obtener reducciones en las primas, mientras se permita a otros optar por la cobertura de seguros de tercera persona).

(21) Ver, por ejemplo, *N.Y. Times*, del 5 de agosto de 1982, p. A1, columna 1; id. del 29 de Octubre de 1981, p. A26, columna 1; id. del 24 de Octubre de 1981, s. 1, p. 1, columna 2; id. del 23 de Marzo de 1981, p. A16, col. 1.

carros, cuyos daños no estarían dentro de la esfera de su responsabilidad⁽²²⁾. De la misma manera, podríamos esperar que ninguno de estos argumentos sería de mucho interés en un sistema puro de responsabilidad por productos. Los fabricantes tendrían importantes incentivos en determinar los costos y beneficios de cada alternativa, pues serían responsables por todos ellos. Pero estos argumentos serían reemplazados por debates y discusiones sobre la necesidad de que se adopten una multitud de controles y regulaciones diseñadas para restringir categorías de conductores propensas a generar accidentes, como los jóvenes, cuya peligrosa propensión no resultaría ya en "exhorbitantes", a veces prohibitivas, primas de seguros⁽²³⁾. Finalmente, uno podría encontrar nuestro sistema de Seguro Social general, como suele suceder en muchos sistemas e. el que el riesgo es asumido por la colectividad en su conjunto, sanciones que persiguen controlar no solamente quién puede manejar, sino también cómo deben ser construídos los automóviles para lograr una adecuada seguridad tanto dentro como fuera del vehículo.

Me refiero, por supuesto, al mundo real (incluso a través de sistemas que he descrito como puros o prototípicos) y no al mundo cousiano donde no existen costos de transacción⁽²⁴⁾. En el mundo sin fricciones que describe Coase cada sistema incompleto de incentivos sería completado a través de transacciones. En la ausencia de costos de transacción, los fabricantes de carros que son hechos responsables bajo el sistema de responsabilidad por productos podrían cargar a sus clientes precios distintos que respondan a la propensión a sufrir accidentes de cada uno de estos últimos e incluso a su propensión para revender los carros a aquellos que tienen una diferente propensión a sufrir accidentes. Pero entonces, en ese mundo, los aseguradores de tercera persona pagarían también a los propietarios de automóviles para que adopten medidas de seguridad que protejan a quienes viajan en el auto para así reducir su responsabilidad contra

terceras personas, y los aseguradores de primera persona pagarán a los propietarios de automóviles para evitar lanzas delante de los autos y otros juguetes similares que incrementarían las primas de seguros de primera persona. En otras palabras, todos los sistemas serían igualmente buenos en lo que concierne a alcanzar la eficiencia económica (aunque ellos no serían necesariamente iguales respecto a la igualdad distributiva)⁽²⁵⁾.

Algunas transacciones del tipo de las mencionadas en el párrafo anterior ocurren incluso en nuestro mundo que se encuentra lejos de ser uno sin fricciones⁽²⁶⁾. Y éstas serían más frecuentes si es que nosotros no hiciéramos algunos de estos acuerdos y transacciones más difíciles –por buenas razones como aquéllas sugeridas por las regulaciones antimonopólicas– de lo que serían en otra situación. El efecto neto sigue siendo, sin embargo, que el sistema de responsabilidad civil que utilizamos crea diferencias considerables respecto a qué medidas de seguridad son inducidas y en consecuencia adoptadas "voluntariamente" y qué medidas por el contrario no son inducidas y por tanto, en la mayoría de casos, adoptadas bajo el uso de la coerción, si es que finalmente se llegan a adoptar.

Si el cuarto sistema que he descrito tiene efectos significativos en cuáles medidas de seguridad parecen ser valiosas en el mercado y cuáles no, ellas tienen igual o quizás mayores efectos respecto de qué categorías de personas soportan el peso del costo de los accidentes y el costo de evitarlos. Por supuesto, la determinación de cuáles implementos de seguridad son valiosos puede ser alterada por la intervención social y las regulaciones, y de la misma manera puede serlo la determinación de quiénes soportan la carga de los accidentes a través de sanciones y reglas que excluyan algunos grupos de la conducción de automóviles o requiriendo algún tipo de calificaciones especiales para permitir que alguien conduzca un auto. Sin embargo, ignoremos por un momento estas

(22) G. Calabresi, *The Cost of Accidents* 106 (1970) (uso de los seguros de primera persona podría necesitar regulaciones de carácter colectivo de automóviles que podrían proteger a los pasajeros pero crearían la tendencia a dañar a terceros).

(23) Un ejemplo de altas primas de seguros para conductores jóvenes puede encontrarse en Allstate Insurance Company, en Iowa. Las primas para el caso de daños a la persona por US\$ 100,000 / US\$ 300,000; daños a la propiedad por US\$ 50,000 en una póliza de Allstate para un automóvil Chevrolet Citation son: US\$ 169 / 6 meses para solteros de 21-24 años de edad; US\$ 72 / 6 meses para casados de 21-24 años de edad; US\$ 76 / 6 meses para un soltero mayor de 25 años de edad; y US\$ 60 / 6 meses para un caso mayor de 25 años de edad. Entrevista telefónica con un agente de Allstate, Iowa City, Iowa (20 de Enero de 1984). Sobre la extraordinariamente alta propensión a accidentes de

conductores entre 16 y 24 años, y especialmente en el caso de varones solteros, ver U.S. National Highway Traffic Safety Administration, *Fact Book: Statistical Information on Highway Safety*, tabla IV 1.3 (1977); Trunky, *Trauma. Sci. Am.*, Agosto 1983, pp. 28, 33.

(24) Ver, Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & Econ. 1 (1960).

(25) Comparar Calabresi, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules - A Comment*, 11 J.L. & Econ. 67 (1968) con Calabresi & Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089, 1093098 (1972).

(26) Un ejemplo es la oferta de Allstate, por la que se hace un descuento de 30% de la porción médica del Seguro contra accidentes en el caso de aquellos carros equipados con bolsas de aire. Entrevista telefónica con Myra D. West-Allen, representante de Allstate, Northbrook, Illinois (Enero 20, 1984).

(indudablemente cruciales) alteraciones colectivas y veamos solamente los efectos distributivos de los propios sistemas de responsabilidad.

El más fácil de evaluar es el sistema de Seguro Social que se financia de los impuestos. Siendo que este sistema reduce los incentivos para generar seguridad (salvo que sea complementado por regulación directa del Estado), y en consecuencia incrementan los accidentes, coloca el costo añadido de los accidentes sobre aquéllos que los sufren y que no pueden ser compensados en términos monetarios⁽²⁷⁾. Siendo que este sistema compensa (hasta donde puede el dinero hacerlo) a todas las víctimas utilizando los ingresos del fisco, pone la carga de la compensación en aquéllos gravados por el sistema tributario bajo la política de que son los que se encuentran en mejor condición para pagar.

Más complejos, y más interesantes son los sistemas de primera y tercera persona. En el sistema de tercera persona las categorías que cargan con el peso del costo de los accidentes son los propietarios-conductores de acuerdo a su propensión para causar daños. Como consecuencia, aquellas categorías de propietarios-conductores que tienen mayor cantidad de accidentes, cargan con el peso del costo de evitarlos a través de primas de seguro más elevadas. Pero el costo de los accidentes sobre los que se basan las primas de seguros no se deriva simplemente del número de accidentes que cada categoría de propietario-conductor tiende a sufrir. También se basa en los daños causados por las víctimas de tales accidentes. En los sistemas de tercera persona, la víctima es considerada aquella persona promedio, de edad y medios promedios. No somos una sociedad tan segregada como para que los pobres atropellen sólo a los pobres y los viejos sólo a los viejos. Como consecuencia, el propietario-conductor, sea que tenga altos o bajos ingresos, o una larga o corta expectativa de vida, se asegura de acuerdo a una víctima promedio para un número promedio de años.

Este resultado, que es tremendamente desventajoso para los pobres y los viejos (y por una razón ligeramente diferente también para los jóvenes), está en aguda contradicción con lo que sucede en los sistemas de primera persona⁽²⁸⁾. En estos últimos, la frecuencia de los accidentes cuenta tanto como en los

sistemas de tercera persona. El costo esperado de cada accidente se basa sin embargo, de manera principal, en el ingreso esperado y las expectativas de vida del propietario-conductor y de sus pasajeros. Esto quiere decir, que un conductor de bajos ingresos que tiene tendencia a llevar pasajeros también de bajos ingresos debería pagar menos por cada accidente que un conductor rico cuyo carro tiende a estar lleno de pasajeros también ricos. De la misma manera, los conductores mayores aseguran sus ingresos por mucho menos años que un conductor joven, cuya actividad de conducir expone un ingreso por mayor tiempo al riesgo. Esto es como si los conductores ricos y jóvenes estuviesen llevando de manera habitual jarrones de la Dinastía Ming en sus automóviles, mientras que los mayores, de bajos ingresos no llevasen otra cosa que loza barata. El hecho de cargar a ambos el mismo monto por cada accidente que ellos pudiesen sufrir sobrecarga el costo a los pobres y carga muy poco a los ricos.

Por supuesto el asunto no es tan sencillo. Esto no es exactamente igual si nosotros cobramos el mismo seguro a los propietarios de casas baratas por cada riesgo de incendio como le cargamos a los propietarios de mansiones. Los conductores viejos o de ingresos reducidos que sufren un accidente no sólo se dañan a ellos mismos y a sus pasajeros, sino que dañan a la "persona promedio" que viajaba en el otro carro. Nuevamente el problema es que tanto el sistema de primera persona como el de tercera persona son incompletos. Los sistemas de tercera persona se fijan principalmente en el daño causado a la víctima "promedio"; los sistemas de primera persona se fijan principalmente en los daños causados al propietario-conductor y a sus pasajeros. Ambos ignoran parte del panorama. Lo que es ignorado por el sistema de tercera persona incrementa la carga de evitar los accidentes que es colocada sobre los pobres y los viejos. Lo que es ignorado por el sistema de primera persona disminuye la carga colocada en estos grupos e incrementa la carga soportada por los grupos relativamente más ricos o jóvenes.

Los sistemas de responsabilidad por productos ignoran la propensión del propietario-conductor a sufrir accidentes. En el grado de que sean los viejos o los jóvenes las categorías más riesgosas de conducto-

(27) Calabresi, *The Costs of Accidents* 205, 215-25 (1970) (discutiendo las consecuencias del hecho que las indemnizaciones en dinero no pueden compensar perfectamente muchos tipos de daños).

(28) Siendo que los jóvenes tienen una larga expectativa de vida, uno podría pensar que cuando ellos sufren daños, el costo del accidente sería muy elevado. Actualmente este no es probablemente el caso. Siendo que usualmente ellos están ganando muy poco, la pérdida de ingresos por un accidente tiende a ser baja. A mayor abundamiento, ellos tienden sea

a morir o a recobrase del accidente; las personas mayores parecen ser más propensas a sufrir daños permanentes a la integridad física. Quizás irónicamente, la sociedad (bajo las cuatro aproximaciones al problema de los accidentes) considera los daños permanentes a la integridad física como más costosos que la muerte violenta. Por estas razones las primas de seguros para conductores jóvenes tienden a ser significativamente más bajas en un sistema de primera persona que en un sistema de tercera persona.

res, la responsabilidad por productos disminuye la carga que ellos soportan e incrementa la carga soportada por categorías menos propensas a accidentes. Los precios de los automóviles reflejarán la propensión promedio de los propietarios-conductores a sufrir accidentes, lo que obviamente favorece a aquellos grupos que tienen una tendencia a sufrir accidentes por encima del promedio. Pero este sistema comparte también con los sistemas de tercera persona la característica de valorar el costo de cada accidente en valores promedio. Como consecuencia, el pobre y el viejo se enfrentan a precios de automóviles que incluyen los mismos componentes del costo de los accidentes que enfrentan los ricos y los jóvenes, a pesar que el costo del riesgo de los primeros grupos por cada accidente es, por definición, inferior que el promedio mientras que el costo impuesto por los segundos es superior al promedio⁽²⁹⁾. Una vez más, todo esto es consecuencia del carácter incompleto de los factores que determinan la responsabilidad por productos. Las características de los propietarios-conductores y de los pasajeros son "desenfáticas". Las características de los automóviles son enfatizadas. Se desprende que aquéllos que tienen una tendencia mayor a sufrir accidentes que la promedio son favorecidos y que aquéllos cuyo costo por cada accidente es menor que el promedio son desfavorecidos.

Así, si asumimos que los tres sistemas –primera persona, tercera persona y responsabilidad por productos–, a pesar que son incompletos e imperfectos, creasen iguales incentivos respecto a la seguridad, podríamos seguir teniendo preferencias muy claras respecto a uno o al otro en atención a sus distintas consecuencias distributivas. No podemos, sin embargo, asumir simplemente que los tres son igualmente buenos para generar seguridad. Debemos por lo menos considerar cuál puede llevarnos a una mejor combinación entre incentivos de mercado y regulación estatal. El análisis debe centrarse, en parte, en qué elecciones son, en los hechos, más importantes para prevenir accidentes. (¿Es la seguridad de primera persona un mejor punto de presión que la seguridad de tercera persona? ¿Es la frecuencia de los accidentes reducida a menor costo haciendo mejores autos o incentivando mejores conductores?) Pero el análisis también debe centrarse en qué elecciones pueden ser hechas o influenciadas de mejor manera por el Gobierno y cuáles a través de incentivos de mercado. (¿Es el Gobierno efectivo para decidir las ventajas relativas de diferentes tipos de cinturones de seguridad y de estos respecto de bolsas de aire? ¿Es el

Gobierno capaz de definir qué grupos de conductores implican un mayor riesgo y por tanto restringir su manejo? ¿Está el Estado en capacidad de prohibir lanzas frente a los automóviles o carros que parezcan tanques y que aplastan a todos aquéllos que colisionen con ellos?)

Al final, estas decisiones, incluso si se basan parcialmente en evidencia empírica, son meras conjeturas. Estas decisiones deben, en todo caso, basarse no en la capacidad absoluta del Gobierno en hacer cualquiera de estas cosas, sino en el hecho de cuándo las regulaciones estatales o los incentivos de mercado tienen una ventaja comparativa respecto de la elección adoptada. Esto es consecuencia de lo difícil que es crear un sistema completo de control de los accidentes que emplee sólo incentivos de mercado o sólo sanciones por el Estado.

Mi propia impresión es que el Gobierno se encuentra en una sustantiva mejor posición para llenar los vacíos dejados por los sistemas de tercera persona o de responsabilidad por productos. Esto es en parte porque las decisiones dejadas al Gobierno por los sistemas de tercera persona parecen ser mucho más técnicas, como el caso de los cinturones de seguridad versus las bolsas de aire (con el resultado de que el Gobierno se muestra más abierto a los retos hechos por la industria de su competencia), mientras que las decisiones que los sistemas de primera persona requieren del Estado parecen ser más sencillas (como decidir si se ponen o no lanzas delante de los automóviles o determinar el tamaño de automóvil promedio). Pero esto podría ser sólo una ilusión. Es más importante tomar en cuenta que las elecciones que el Gobierno debe tomar para completar sistemas de tercera persona implican usar la coerción sobre las personas para que se protejan ellas mismas ("*Tú debes usar una bolsa de aire*"). Aquellas decisiones que debe tomar el Estado para completar el sistema de responsabilidad por productos requiere que se excluya o limite el manejo por parte de grupos o categorías de alto riesgo (como los ancianos), lo que el Estado normalmente se muestra reacio a hacer. Inversamente, lo que el Gobierno debe hacer para completar los sistemas de primera persona, implica principalmente la prohibición o control de las características de los automóviles que tienden a dañar a otros ("*Tú no debes tener una lanza en tu automóvil porque eso pone en peligro a otras personas*"). Y este rol del Gobierno, siendo más aceptable para la mayoría en nuestro país, parece tener mayores posibilidades de éxito.

Debería quedar claro de lo que he dicho ante-

(29) Mi colega George Priest me señaló este punto.

riormente sobre los distintos efectos distributivos de cada sistema, que no es suficiente examinar cuáles de ellos solos o complementados con regulaciones estatales, parecen reducir el costo de los accidentes de manera más efectiva. Hacer esto sería hacer exactamente aquello por lo que los críticos del análisis económico cuestionan a Posner y a sus seguidores. Al elegir entre los sistemas para prevenir accidentes de tránsito debemos también considerar las preferencias distributivas en nuestra sociedad. ¿Pero qué podemos decir sobre ellas?. Los seguidores de Posner sugerirían que no podemos decir nada⁽³⁰⁾. Aunque suele ser difícil definir las preferencias distributivas globales de un Estado si uno las define a través de muchas instituciones legales, esto no sería tan difícil de identificar si tales preferencias se limitan a un área específica, como es el caso de las regulaciones de accidentes de tránsito.

Existen, de hecho, fuertes indicativos de las preferencias distributivas de la sociedad en esta área. En los últimos años ha existido un marcado incremento en la acción estatal prohibiendo o limitando la categorización para efectos de los contratos de seguros basados en la edad, sexo, raza e incluso el lugar de residencia bajo los sistemas de tercera persona⁽³¹⁾. Todas estas normas tienen el efecto de reducir la mayor carga que soportan los grupos que tienen un mayor número de accidentes al promedio bajo un sistema de tercera persona. Siendo que estas reglas se aplican incluso si el resultado es un incremento en el número total de accidentes (evidencia de que alguno de estos grupos son, de hecho, propensos a accidentes no evita la categorización "discriminatoria"), ellas parecen, de manera bastante clara, reflejar objetivos distributivos.

Esto es especialmente cierto desde que no es

posible imaginar una tendencia similar a prohibir la categorización por edad o por situación económica bajo un sistema de primera persona. La noción de que los ciudadanos mayores deben ser reunidos con los ciudadanos más jóvenes en un sistema de primera persona y como consecuencia hacerlos que aseguren sus ingresos para un lapso de vida promedio—esto es para un período mucho más largo que su expectativa de vida— encontraría pocos adherentes. Por supuesto se permitiría que los más viejos paguen menos que los más jóvenes desde que ellos están asegurando un período de ingreso menor. La prohibición de discriminación por edad (en un sistema de tercera persona) se apoya en que los sistemas de tercera persona perjudican a los más viejos y a los más jóvenes. Una categorización análoga basada en la edad bajo un sistema de primera persona se vería muy distinto, exactamente porque el efecto de la categorización bajo tales sistemas favorecería de una manera bastante clara a estos grupos, como a los más viejos, quienes son el objeto (al menos en esta área del Derecho) de preocupaciones sociales respecto a la distribución⁽³²⁾.

Lo mismo es cierto acerca de clasificaciones basadas en el nivel económico y en consideraciones raciales. En estos casos, cuando una aparente categorización "basada en la eficiencia" coloca cargas en un grupo desfavorecido, se presenta la posibilidad de ser limitada o prohibida por el Derecho. Por el contrario, cuando las nociones de "eficiencia" parecen favorecer a estos grupos (como sería bajo un sistema de primera persona) "desautorizar al mercado" aparece como algo perverso si se quiere tratar de manera "equitativa" grupos desfavorecidos que en esta rara circunstancia tienen una ventaja⁽³³⁾. Incluso aquéllos que desdeñan una acción afirmativa sobre el tema, estarían de acuerdo con esto.

(30) Calabresi, *The New Economic Analysis of Law; Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?*, 68 Proc. Brit. Acad. 85, 98 (1982) (Descripción de la "venganza de Posner").

(31) Ver ejemplo, Cal. Ins. Code S 11628 (West 1972 & Supp. 1983); Mass. Gen. Laws Ann. Cap. 175 S24A (West Supp. 1983); N.Y. Ins. Law S40-e (McKinney Supp. 1983); id. S183-a; cf. Arizona Governing Comm. for Tax Deferred Annuity & Deferred Compensation Plans v. Norris, 103 S. Ct. 3492, 3497-99 (1983) (El Título VII prohíbe el uso de tablas actuariales segregadas por sexo que perjudiquen a las mujeres por tener una mayor expectativa de vida); Reckless Insurance for Wreckless Drivers, N.Y. Times, Oct. 18, 1977, pág. 36 col. 1.

(32) Este problema se me presentó hace algunos años cuando se me preguntó si podría ser uno de los muchos consultores de un Estado que deseaba reexaminar sus regulaciones sobre accidentes de tránsito. Resultó claro para los consultores que cualquier reforma debería prohibir la discriminación por medio de primas basadas en la edad. Cuando yo señalé que una posible propuesta de reforma que podríamos sugerir sería un sistema de primera persona, y que tal sistema favorecería a los más viejos si la edad pudiese ser tomada en cuenta,

los consultores cayeron inmediatamente en la cuenta de que tal sistema basado en la edad podría ser considerado como un factor aceptable para determinar las primas.

(33) Las distinciones basadas en el sexo de las personas no han tenido recientemente la misma historia. Así, las clasificaciones en base al sexo bajo sistemas de tercera persona han sido atacadas incluso cuando favorecen a las mujeres, y especialmente a las jóvenes. Ver, por ejemplo Arizona Governing Comm. for Tax Deferred Annuity & Deferred Compensation Plans v. Norris, 103 S. Ct. 3492, 3497-99 (1983) (sosteniendo que el Título VII prohíbe el uso de tablas actuariales que discriminan en razón del sexo y que desfavorecen a las mujeres como consecuencia de su alargada expectativa de vida mayor a la promedio). Como una consecuencia, no nos debe sorprender que muchas mujeres astutamente buscan apartar este tipo de distinciones, incluso aquellas que parecen superficialmente favorecerlas. Esto es especialmente cierto si, como es el caso, la distinción favorable a ellas ha sido vista en la sociedad como símbolo de las diferencias entre hombres y mujeres que han sido utilizadas como soporte para prácticas discriminatorias en contra de las mujeres.

En consecuencia, podemos concluir que algunas de las preferencias distributivas –al menos en ciertas áreas del Derecho– pueden ser identificadas y una vez discernidas, nos ayudarán a perfilar de manera adecuada cómo debe organizarse tal área del Derecho. Sin embargo, ¿no serían también determinantes del resultado, como sugieren algunos de los críticos del Análisis Económico, sin perjuicio de las consideraciones dirigidas a evitar el desperdicio de recursos?⁽³⁴⁾. Pienso que no. En verdad las decisiones de algunas Cortes en casos de accidentes de tránsito sugieren lo contrario, y ponen énfasis en la necesidad de un cuidadoso Análisis Económico dirigido a identificar y buscar mejores combinaciones de los objetivos distributivos y de los de eficiencia.

Existen muchas razones detrás de la aparición de la responsabilidad por productos en casos de accidentes de tránsito. Algunas se derivan del deseo de incrementar la compensación a las víctimas, otras se derivan de limitaciones procesales para las Cortes. Así, incluso tomando en cuenta el hecho de que ciertas Cortes parecerían querer establecer un sistema de responsabilidad objetiva para los accidentes de tránsito, quizás por razones vinculadas a la compensación, ellas no pueden desarrollar un sistema efectivo de primera persona porque no pueden fácilmente requerir seguros obligatorios. De manera similar, desde que la existencia de sistemas de tercera persona está basada en la culpa, es muy difícil para las Cortes deshacerse del requisito de la culpa de una sola vez, y mantener al mismo tiempo un sistema de responsabilidad de tercera persona⁽³⁵⁾. Para aquéllos que encuentran la erosión de los estándares de culpa de tercera persona demasiado lenta, el incremento en la aplicación de la responsabilidad por productos en accidentes de tránsito aparece como una alternativa

atractiva. Bajo esta alternativa, la responsabilidad objetiva puede ser impuesta sin necesidad de requerir un seguro obligatorio porque los fabricantes de automóviles son empresas suficientemente grandes como para autoasegurarse si es que deciden hacerlo⁽³⁶⁾. Voy a sugerir, sin embargo, que estos deseos por una responsabilidad objetiva combinados con las limitaciones legales procesales no explican plenamente las presiones que han incrementado los casos de responsabilidad por productos en los accidentes de tránsito. Otro factor que se encuentra debajo a esta tendencia podría ser la disminución en la efectividad de la responsabilidad de tercera persona dada la declinación gradual de la culpa y la revalorización de restricciones en las categorizaciones para seguros basadas en principios distributivos.

La responsabilidad de tercera persona parece reducir la suma de los costos de los accidentes de tránsito y los costos de evitarlos de una manera significativa a través de hacer el acto de conducir más oneroso para aquellas categorías de conductores que son propensas a sufrir accidentes. Uno puede discutir cuándo un sistema de responsabilidad de tercera persona realmente basado en la culpa y sin seguro conseguiría un mejor resultado; pero es difícil de imaginar el sistema existente como algo distinto a una aproximación categorial o estructural, antes que individual, destinada a desincentivar accidente⁽³⁷⁾. En segundo lugar, la responsabilidad de tercera persona parece reducir la suma de los costos de accidentes y seguridad induciendo a los fabricantes a producir carros que cuenten con una seguridad considerable para terceros que se encuentren fuera del automóvil. La ventaja sobre el sistema de responsabilidad por productos no reside, sin embargo, en este segundo grupo de incentivos, pues la responsabilidad por

(34) Este es esencialmente la posición tomada por Dworkin, *Why Efficiency?*, 8 Hofstra L. Rev. 503, 570-72 (1970). Para un punto de vista diferente ver Baker, *Starting Points in Economic Analysis of Law*, 8 Hofstra L. Rev. 939, 954-57 (1980).

(35) Las dudas acerca del sistema subjetivo, el deseo de poner al alcance de las víctimas de los accidentes un causante financieramente solvente, y la resistencia a abandonar por completo la teoría de la culpa en un sistema de tercera persona se combinaron para inducir a la Suprema Corte de California a expandir de manera bastante amplia las excepciones de "obligaciones no delegables" que imponían responsabilidad en los que contratan profesionales independientes en una opinión en la que el que sería el gran Chief Justice Traynor (Presidente de la Corte Suprema) formuló sus argumentos por un cambio bastante explícito al respecto. Ver *Maloney v. Rath*, 69 Cal. 2d 442, 446-48, 445 P. 2d 513, 515-16, 71 Cal. Rptr. 897, 899-900 (1968).

(36) Esto no es sino otro ejemplo de lo que yo llamo la carrera final del common-law, por la que las Cortes evaden limitaciones en su autoridad o capacidad para reformar un área del derecho alterando un área

similar o afín que ellas si pueden controlar. Otro ejemplo dramático y reciente de esto es el desarrollo de responsabilidad por productos para los fabricantes de herramientas y maquinarias para evadir las normas de compensación a los trabajadores. Ver G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes* 143 (1982). Un efecto común de tales "soluciones" es que multiplican de manera innecesaria los costos administrativos. Ver también infra nota 38.

(37) Quizás un sistema de multas inasegurables por accidentes, basado en la culpa, nos llevará a una desincentivación individual antes que a una desincentivación categorial. Uno tendría que ser extremadamente astuto, sin embargo, para imaginar una multa lo suficientemente alta para desincentivar la negligencia individual, pero no tan alta como para inducir a categorías riesgosas de personas para abstenerse de realizar otras actividades que podrían generar accidentes en las que ellas estarían sujetas a una penalidad inasegurable. Esto último sería, por supuesto, sólo otra forma, no precisamente deseable de desincentivación estructural o por categoría. Ver Calabresi, *The Costs of Accidents* 109-11, 270 (1970).

productos induce a los fabricantes a producir carros que cuentan tanto con seguridad para los conductores y pasajeros como para los terceros fuera del automóvil. Entonces, si preferimos los sistemas de tercera persona en el campo de la prevención de accidentes sobre el sistema de responsabilidad por productos, esto es consecuencia de que el sistema de responsabilidad por productos hace muy poco para inducir una menor frecuencia de manejo o un manejo más seguro por conductores propensos a los accidentes. En el momento en que el Derecho, por una buena razón, prohíbe a los sistemas de tercera persona a cargar primas más altas a aquellas categorías que son propensas a accidentes, las ventajas que las aproximaciones de tercera persona tienen sobre la responsabilidad por productos desaparecen.

Es difícil de determinar por qué las Cortes, que no están enamoradas de aproximaciones basadas en la culpa y que, como consecuencia, persiguen una mayor compensación a la víctima, se inclinan a expandir la responsabilidad por productos después de descubrir que la responsabilidad de tercera persona parecería no hacer mucho (dadas las restricciones existentes o esperadas) para alcanzar una mejor seguridad en los autos. Después de todo, la responsabilidad por productos induce a una seguridad del producto. A pesar que este sistema falla en inducir la seguridad del usuario (conductor), las Cortes pueden realmente creer que una inhibida versión de la responsabilidad de tercera persona también fracasará en este aspecto.

No quiero decir, por supuesto, que las Cortes están actualmente comprometidas en este tipo de sofisticado razonamiento. Por el contrario, la parte principal de mi argumento es que si lo hicieran, ellas estarían bastante insatisfechas con la responsabilidad por productos, pues se manifiesta que otras aproximaciones pueden generar incentivos cruciales en los conductores sin necesidad de violar los objetivos distributivos de nuestra sociedad. Lo que estoy realmente diciendo es que las Cortes, sin mucho razonamiento sofisticado del tipo del que el Análisis Económico puede proveer, intuyen que los sistemas de tercera persona fracasan en hacer aquello que el deberían hacer (desincentivar a los conductores) creyendo que el sistema de responsabilidad por productos hace lo que el sistema está llamado a hacer ((a) inducir a los fabricantes para que tomen atención respecto a todos los implementos y medidas de seguridad que deben

contener y (b) compensar a las víctimas), y todo para concluir fácilmente que el último es un sistema deseable de accidentes de tránsito⁽³⁸⁾.

El problema con la conclusión señalada es que ésta se apoya en la premisa, no examinada e incluso no considerada, que las metas distributivas de la sociedad hacen que desincentivar el manejo de ciertas categorías de propietarios-conductores sea imposible. Sólo si uno asume esto puede concluir que se pierde poco si nos movemos a un sistema, como la responsabilidad por productos, que pone énfasis en los incentivos de seguridad de los propios automóviles antes que en la exclusión por seguridad de ciertas categorías de conductores. Es precisamente en este punto en que el tipo de análisis del derecho que ha sido asociado con la economía puede ser importante. Este análisis permitiría poner de manifiesto que los sistemas de primera persona pueden, de manera consistente con las metas distributivas expresamente manifestadas por la sociedad de favorecer a los viejos y a los pobres, desincentivar el manejo de aquellas categorías de propietarios-conductores que imponen mayores costos de los accidentes a las sociedad. El carácter incompleto de los sistemas de primera persona respecto a los incentivos que generan sirve para alcanzar ciertas metas distributivas de la sociedad, mientras que los sistemas de tercera persona no alcanzan estas metas. Nada, como he dicho antes, nos da un sistema perfecto o completo de incentivos de seguridad (y la responsabilidad por productos no es la excepción), pero los sistemas de primera persona pueden ser admitidos para conseguir incentivos que favorezcan la producción de autos más seguros (aunque admitamos que tal seguridad es sólo parcial) porque favorecen ciertas normas distributivas de la sociedad, mientras las aproximaciones de tercera persona son limitadas, incluso en la forma parcial en que incentivan seguridad, pues de esta forma ofende principios distributivos.

¿Significa todo esto que el Análisis Económico del Derecho puede decirnos que es preferible el sistema de primera persona sobre el de tercera persona o sobre la responsabilidad por productos?. Por supuesto que no (aunque finalmente esta es la conclusión por la que me inclino). Este análisis no nos dice ni siquiera cuál de estas aproximaciones, combinada con regulaciones estatales, inducen a una seguridad óptima, dado algún deseo expreso de favorecer a los pobres o a los viejos. Y ciertamente este análisis no nos dice qué

(38) Aparte de todos los otros problemas (discutidos en el texto) vinculados a tal conclusión, el sistema de responsabilidad por productos tiene costos administrativos extraordinariamente altos. A fin de simplificar la figura, en este artículo no me voy a centrar en estos casos como una

consideración importante para elegir sistemas legales de control de accidentes. Ellos son sin embargo cruciales. Ver Calabresi, *The Costs of Accidents* 226.

peso debemos dar a otros objetivos distributivos que la sociedad aparentemente valora (como asegurar que los abogados litigantes están bien alimentados). Sin embargo, el Análisis Económico nos da la estructura analítica que nos permite ver mejor cuáles son los alcances de cada uno de los sistemas entre los que podemos escoger.

Un análisis apropiado de la elección entre los sistemas tomará como dado el deseo de reducir las cargas de manejar que sufren los viejos y los pobres, y comparar entonces la potencialidad de cada aproximación para inducir seguridad cuando son ayudados por cualquier tipo de regulación estatal necesaria para llenar las lagunas que dejan. Pero este análisis nos preguntaría también cuáles serían las consecuencias distributivas de las regulaciones estatales necesarias para complementar cualquiera de los sistemas. Así, un análisis de la responsabilidad por productos se haría las siguientes preguntas: ¿cuán importante es el control de los propietarios-conductores para la seguridad en el tránsito?. Si esto último es importante, ¿puede la poca atención que pone la responsabilidad por productos en el control de los propietarios-conductores ser remediada por restricciones establecidas por el Estado a categorías propensas a sufrir accidentes?. Si esto es así, ¿desfavorecería tal remedio complementario a los mismos grupos que no permitimos sean desfavorecidos por un sistema de tercera persona?. De manera similar, un análisis de los sistemas de primera persona consideraría sus deficiencias en inducir seguridad para los que se encuentran fuera del automóvil en caso de un accidente (tanto en la estructura de los carros como en las características de los conductores) y examinaría la capacidad del Estado de remediar este problema a través de sanciones y otras regulaciones⁽³⁹⁾. Pero este análisis estudiaría también las consecuencias distributivas de estas sanciones y regulaciones. Finalmente, considerar una aproximación de Seguro Social daría por sentado la primacía de los aspectos distributivos, pero cabría preguntarse qué sucedería con tal primacía si el Gobierno tratara de solucionar el defecto que tiene el sistema de Seguro Social para generar incentivos económicos para alcanzar una mayor seguridad controlando de manera directa cómo los automóviles

son construidos y quién puede ser propietario o conducir uno de ellos.

Si uno puede concluir al final de todo este análisis que, por ejemplo, los sistemas de primera persona y tercera persona (cada uno con su añadido de regulaciones estatales) son igualmente buenos en reducir la suma de los costos de los accidentes y de los costos de evitarlos (o la incertidumbre sobre sus bondades no permite determinar cuál es mejor en este campo), pero los efectos distributivos de los sistemas de primera persona fuesen más favorables que los que nos brindan los sistemas de tercera persona (dados los extraños y visibles indicios sociales que tenemos al respecto), entonces uno podría concluir que los sistemas de primera persona son preferibles a los de tercera. Lo mismo puede ser cierto, a fortiori, si los sistemas de primera persona nos brindan un mejor desincentivo de la ocurrencia de accidentes y tienen efectos favorables en las preferencias distributivas. Estaríamos cerca del objetivo trazado, pero no lo habríamos alcanzado aún –pues tendríamos además que considerar preferencias distributivas “no expresadas” (como aquéllas que pueden requerir suficientes litigios como para dar de comer a los abogados). Sin perjuicio de la posible existencia de tales metas distributivas no expresadas, el análisis (si es seguido por la conclusión postulada) haría posible a los académicos definir los sistemas de primera persona como preferibles a los sistemas de tercera persona dadas las preferencias distributivas expresadas socialmente, y sujeto solamente a otras aún no mencionadas. Y esto sería, que duda cabe, un verdadero logro.

Incluso en la ausencia del acuerdo sobre cuáles son las preferencias distributivas socialmente deseables, o de que tales preferencias distributivas estén claramente expresadas, este tipo de análisis puede ser extremadamente útil. Este tipo de análisis puede ayudarnos a indicar o aclarar los desacuerdos e incertidumbres que existan respecto tanto a las posibilidades de evitar accidentes como a las preferencias distributivas. Sólo si éstas son destacadas, podrán los autorizados a tomar las decisiones sociales elegir entre los distintos sistemas de accidentes de una manera inteligente. Estos encargados de tomar las decisiones no eligen entre las posibilidades como harían los

(39) De manera análoga un análisis del sistema de tercera persona consideraría su falta de efectividad en inducir seguridad para quienes van dentro del automóvil tanto respecto a la estructura de fabricación de los carros como a las características del conductor y la habilidad del Gobierno para solucionar estos vacíos. No quiere decir nada el hecho que el carácter imperfecto de estos sistemas se refiera no sólo a las características de los automóviles, sino también a las características de los conductores. Así, los sistemas de primera persona tienden a poner mayor atención en controlar categorías de conductores que son

especialmente peligrosos para las personas que se encuentran fuera del automóvil. Sin embargo, esta distinción no es de gran importancia porque no existe evidencia que yo conozca para sugerir que las categorías de conductores propensas a causar accidentes difieren en su potencialidad para causar daños a sus pasajeros, de la potencialidad que tendrían para causar daños a terceros. Tampoco sé de nadie que haya buscado esta evidencia, y es posible que si alguien lo hiciera, encontraría que tales diferencias sí existen.

académicos, sino por el contrario, toman su decisión porque son ellos mismos los seleccionados y facultados para "adivinar" de una manera correcta (cuando la información disponible nos deja dudas) y para hacer controvertidas elecciones distributivas. Son ellos quienes deben decidir cuándo los sistemas de responsabilidad por productos, sin perjuicio de sus defectos, son deseables porque tales sistemas (descartando lo que Guido Calabresi piensa al respecto) dan de comer a un número importante de abogados⁽⁴⁰⁾. Son ellos quienes deben decidir cuándo alterar los sistemas para inducir un mayor o mejor manejo por las personas mayores o, por ejemplo, subsidiar los taxis para personas mayores a cierta edad. Esto lo harán una vez que el Análisis Económico haya cumplido con su tarea y haya indicado los costos y los efectos distributivos del hecho de permitir a los más viejos manejar bajo distintos sistemas.

Sin embargo, el Análisis Económico no tiene porque renunciar a las premisas que asume, y a las elecciones que toma acerca de las preferencias distributivas o de la capacidad para evitar accidentes. Este debe, sin perjuicio de lo dicho, mostrar las bases y especialmente las debilidades de las premisas que asume de manera clara; de esta manera aquéllos facul-

tados a decidir pueden determinar, o al menos "adivinar", cuál es el peso que cada una de las premisas que se asume se merece. El objeto, si es que existe incertidumbre acerca de la efectividad de las metas distributivas o de la desincentivación de accidentes, no debe ser la defensa de las premisas, sino el ilustrar a aquéllos que deben elegir, aquéllos de quienes se puede decir que su especialidad, como la de un buen Gobierno, es la de hacer buenas elecciones⁽⁴¹⁾. Esto no quiere decir, que el Análisis Económico del Derecho fracasará en dar una aproximación normativa. El Análisis Económico del Derecho será completamente normativo en aquellos extraños casos en los que las preferencias distributivas y los efectos en la seguridad sean claros⁽⁴²⁾. Más comúnmente este análisis va a ser contingentemente normativo. "Si tú, el encargado de decidir (la Corte o el legislador según sea el caso), crees que nuestras preferencias distributivas en los casos de accidentes de tránsito están simplemente dirigidas a favorecer a los más viejos y a aquellos con bajos ingresos, y si tú también crees que los incentivos de un sistema de primera persona (como ha sido analizado por el abogado-economista) son tanto o más efectivos (con o sin su agregado en regulación estatal) que los incentivos del sistema de tercera persona o del sistema de responsabilidad por productos, entonces tú

(40) He dicho "descartando lo que Guido Calabresi piensa" porque mi conclusión en *The Costs of Accidents* de que no existe justificación para mantener el sistema existente se basaría sólo en mi creencia de que no existe argumento distributivo en favor de alimentar mejor a los abogados. Tal posición, aunque correcta desde mi calidad de ciudadano, no se derivó de ninguna habilidad especial que tenga yo como un académico. El señalar esto como algo evidente fue entonces, como yo recientemente escribí en una inusual autocrítica, en el mejor de los casos una autoindulgencia. Ver Calabresi, *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?*, 68 *Prog. Brit. Acad.* 85, 97-98 (1982); ver también *infra* nota 41.

(41) No estamos frente a una distinción fácil de hacer. Los académicos, como cualquier otra persona, tienen el derecho -como ciudadanos- a ser defensores de lo que piensan y a presionar respecto aquello a lo que se sienten comprometidos. Y ellos pueden, y yo creo que deben, ser defensores en su actividad académica de aquellas posiciones acerca de las cuales su entrenamiento académico (sea en trabajo de campo o en análisis teórico) les da alguna capacidad o conocimiento especiales. Ellos no deben sin embargo, disfrazar la defensa de posiciones bajo el manto de sus habilidades académicas cuando ellos no tienen mayores ventajas respecto al común de las personas. Ver *Ibid.*, págs. 98-107. Pero esta afirmación hace que la distinción parezca demasiado fácil. Por un lado, la defensa de una posición como ciudadano se ubica mejor en el contexto, y comúnmente el contexto es situado por el trabajo académico. Un análisis de los sistemas de primera y tercera persona, por ejemplo, podría llevar al académico a la conclusión que los sistemas de primera persona favorecen a los más pobres. Pero él podría concluir que eso no sería cierto si bajo los sistemas de tercera persona (a) no hubiese seguros obligatorios, (b) los muy pobres dejasen de asegurarse, y (c) como ellos carecen de dinero, los más pobres no podrían ser obligados a pagar daños a las víctimas que terminarían soportando las pérdidas. Bajo tales circunstancias, aquellas personas muy pobres que no se aseguraran estarían mejor

bajo un sistema de primera persona. Esto puede estar bien -pero quién puede resistir (o debe resistir) argumentar en este punto que este "beneficio" para los más pobres no es deseable porque favorece a aquéllos que, entre los pobres, son los más irresponsables (y no contratan un seguro) sobre aquéllos que son responsables (y que contratan un seguro) y aquéllos que están tratando de salir de la pobreza y en consecuencia han logrado superarse aunque sea un poco. Sugiero que esto es un buen argumento y merece ser formulado, pero no está en sí mismo basado en habilidades académicas, por el contrario es una apelación directa, si se formula adecuadamente, a la intuición del lector y para aquellas personas que están facultadas en la sociedad para tomar decisiones distributivas. Pero este argumento parece algo más, precisamente porque es apto para ser formulado por un académico cuyo conocimiento ha creado el contexto en el cual esta defensa ciudadana puede y debe desarrollarse. Esto no es decir que esta defensa contextual deba dejarse de lado, sino que uno debe ser tan honesto como uno pueda serlo, tanto con uno mismo como con los demás, acerca de qué rol uno está jugando en esta defensa de posiciones.

(42) "Completamente normativo" quiere decir simplemente que el académico recomienda adoptar una determinada posición sobre la base de las preferencias distributivas que deben ser preferidas o que deberían ser preferidas por la sociedad en los asuntos que se discuten, sea a través de análisis teórico o empírico. Esto está lejos de decir que el punto de vista del académico debe ser el que se imponga. El académico puede equivocarse sea en la elaboración de su análisis o en la búsqueda de los elementos fácticos, otras inesperadas preferencias distributivas pueden triunfar sobre aquéllas que el académico considera las únicas relevantes, y otras consideraciones de justicia, que yo no he discutido en este artículo, podrían predominar. Ver *Ibid.*, págs. 107-08. Esto no significa, sin embargo, que el académico pueda argumentar como académico en favor de aquello que, bajo el conocimiento existente, le parece lo correcto o lo deseable.

deberías favorecer/legislar la adopción de un sistema de primera persona." Esto es mucho más que un mero análisis positivo y puede de una manera poderosa colaborar con los objetivos de una reforma legal que esté en el corazón del movimiento conocido como Análisis Económico del derecho cuando éste se inició.

Comencé este artículo con la afirmación que los críticos del Análisis Económico del Derecho atacan correctamente este tipo de análisis cuando éste decide ignorar dos problemas íntimamente relacionados: preferencias distributivas y titularidades originales o puntos de partida. En este artículo he tratado de mostrar cómo, en el contexto de diferentes sistemas de control de accidentes de tránsito, el Análisis Económico puede conciliarse con, e incluso utilizar, las preferencias distributivas para alcanzar los objetivos que persiguen. Sin embargo, no he asumido la tarea de examinar el problema de las titularidades y los puntos de partida.

Ante la ausencia de una noción sobre puntos de partida apropiados (un tema que se debe tratar), nosotros no sabemos qué valor dar a las cosas y en consecuencia no podemos decir dónde está el desperdicio, fuera de decir que lo hemos reducido. No podemos afirmar que hemos reducido la suma del costo de los accidentes y del costo de su prevención porque no podemos saber qué valor asignar a cada uno. Nosotros podemos elegir un sistema que maximice, por ejemplo, la producción de maíz, pero esto podría ser un desperdicio astronómico si la gente no valora el maíz, sin importar si el valor del maíz depende o no de los gustos de las personas, lo que a su vez depende del punto de partida en el cual las personas se encontraban⁽⁴³⁾.

Lo que también es cierto, y comúnmente ignorado por los críticos del Análisis Económico del Derecho, es que ante la ausencia de una noción sobre los puntos de partida, nosotros no podemos decir nada acerca de la distribución o de la equidad. Nosotros no podemos decir con algún sentido que hemos tratado a Marshall y Taney de una manera equitativa o simplemente que hemos favorecido a Marshall sobre Taney sin tener un concepto de lo que es tratarlos equitativamente. Esto depende de cómo Marshall y Taney valorizan las cosas, lo que a su vez depende de sus gustos y, en consecuencia, depende también de los

puntos de partida. Nosotros podemos, de una manera trivial, exigir que tanto Marshall como Taney tengan una cantidad idéntica de maíz, pero a Taney puede gustarle el maíz y Marshall puede odiarlo, y ello difícilmente nos llevaría a un resultado equitativo (asumiendo que la equidad ha sido nuestra meta distributiva). Incluso podemos decir que el darle la misma cantidad de maíz a Marshall y a Taney (sin utilizar una noción de gustos basada en puntos de partida) es tan irrelevante para alcanzar metas distributivas como el maximizar la producción de maíz lo es para alcanzar la meta de reducción del desperdicio. Y en este caso ambos aspectos se basan en la misma razón.

El punto en todo esto no es introducir una discusión sobre cómo moldear gustos o sobre puntos de partida. Esto está muy lejos de los temas tratados en este artículo. Por el contrario, el punto es reafirmar que, siendo una de las funciones del Derecho la de definir puntos de partida, cualquier crítica a un conjunto de reglas legales dadas que ignore las titularidades o puntos de partida establecidos por tales reglas tenderá a ser incompleto e inadecuado. También es un objetivo afirmar que la misma inadecuación se aplica tanto a las críticas de las reglas legales basadas en "*aspectos distributivos*" como a aquéllas basadas en "*aspectos de eficiencia*". En otras palabras, la inadecuación es tan problemática para las propuestas hechas por la mayoría de críticos del Análisis Económico del Derecho como lo es para las propuestas hechas por sus defensores.

“ Siendo una de las funciones del Derecho la de definir puntos de partida, cualquier crítica a un conjunto de reglas legales dadas que ignore las titularidades o puntos de partida establecidos por tales reglas tenderá a ser incompleto e inadecuado. ”

(43) Para una discusión más completa sobre este punto ver *Ibid*, pág. 90-92 y los trabajos ahí citados.

Sin perjuicio del hecho que sino consideramos el problema de los puntos de partida y el de los gustos de los individuos todo análisis del Derecho es inadecuado (dado, como he dicho, que una primera función del derecho es la de definir titularidades para así moldear gustos), la mayoría del análisis legal no aspira a este nivel de discurso. El análisis toma algunos gustos, y a su vez algunos puntos de partida como

datos, y procede a sugerir y criticar lo que podría llamarse decisiones de nivel medio. El día de hoy el Análisis Económico no puede pretender llegar a más. Pero tampoco puede pretender llegar a menos. Hecho el análisis de manera cuidadosa y con plena conciencia de sus límites, éste se puede ajustar claramente en aquella área de la teorización media que define mucho de la doctrina legal americana. ■