

LA INTERPRETACIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO (*ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*)*

Guido Alpa**

El análisis económico del derecho hace referencia a una nueva metodología de estudio de los fenómenos jurídicos, que permite determinar la correspondencia que existe entre las exigencias económicas y los instrumentos jurídicos, así como establecer el costo de los instrumentos jurídicos y los efectos jurídicos que inducen a determinar el comportamiento del mercado.

En el presente artículo, el autor desarrolla, de manera detallada, las fases en que puede operar el análisis económico del derecho, como son, la creación de instrumentos jurídicos, las relaciones entre la economía y el derecho, los problemas relativos a los criterios legales de la interpretación, entre otros. Asimismo, explica las tendencias económicas de las diferentes escuelas de análisis económico del derecho y el rol actual de las reglas de responsabilidad civil, para concluir con una interesante explicación de las dificultades que aún encuentra esta disciplina.

1. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: UNA FÓRMULA PARA DECODIFICAR

“Interpretación Económica del Derecho”, “Análisis Económico del Derecho”; fórmulas homólogas para traducir una expresión del inglés que hace tiempo ha logrado difusión, en el discurso habitual inclusive, de la doctrina italiana: *economic analysis of law*.

No se alude a una investigación cualquiera sobre un dato jurídico, que sea ejecutada en la perspectiva de las ciencias económicas. Más exactamente, se hace referencia a una nueva metodología de estudio de los fenómenos jurídicos, aparecida en Estados Unidos hacia los años sesenta, y casi contemporáneamente en otros países (sin interferencias o diferencias notables, en algunas ocasiones).

* Título original: “*Interpretazione economica del diritto (Economic analysis of law)*”. En: *Novissimo Digesto Italiano*. Apéndice IV, UTET, Turín, 1983, p. 315-324. Traducción, con autorización del autor, de Leysser L. León. Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Lengua y Cultura Italianas por la Universidad para Extranjeros de Perugia (Italia).

** Guido Alpa firmó el presente estudio como docente extraordinario de Instituciones de Derecho Privado en la Universidad de Génova. Actualmente, es ordinario, de la misma materia, en la Universidad de Roma “La Sapienza”. Nota del autor.- “El propósito del presente trabajo es indicar, simplemente, algunos de los aspectos más significativos de un nuevo método de análisis del derecho. Sin ninguna pretensión de amplitud, los comentarios recogen algunos de los temas claves del análisis económico del derecho. Se reenvía, para un estudio más extenso de los mismos, en todo caso, a las obras específicas, ensayos y demás estudios que han sometido a un examen profundizado tanto las premisas económicas del método interpretativo, cuanto los particulares sectores del derecho que éste, paulatinamente, ha ido cubriendo”. Las contribuciones más relevantes son los ensayos. Para las referencias pertinentes, se remite a las notas bibliográficas que subsiguen. Entre las obras monográficas, ver en particular: ATIYAH, P.: “*Accidents, Compensation and the Law*”. 2a. edición, Londres, 1974; ACKERMAN, B.: “*Economic Foundations of Property Law*”. Boston-Toronto, 1975; CALABRESI, G.: “*Costo degli incidenti e responsabilità civile*”. Traducción italiana, Milán, 1975; POSNER, R.: “*Economic Analysis of Law*”. 2a. edición, Boston-Toronto, 1977. En la literatura jurídica italiana, TRIMARCHI, P.: “*Istituzioni di diritto privato*”. 4a. edición, Milán, 1980 y los ensayos compilados en ALPA, G. y BESSONE, M.: “*Poteri dei privati e statuto della proprietà*”. Volumen I, Appendice I, Padua, 1980, y en ALPA, G. y TEDESCHI, V.: “*Il contratto nel diritto nord-americano*”. Parte II: Materiali, Milán, 1980. Para una discusión sobre los confines del *economic analysis of law*, sus presupuestos y resultados, ver PARDOLESI, R.: “*Analisi economica e diritto dei contratti*”. En: *Politica del Diritto*, 1978, p. 699 y ss., y precedentemente TRIMARCHI, P.: “*Economia e diritto nella responsabilità civile*”. En: *Politica del Diritto*, 1971, p. 353 y ss.; PULITINI, F.: “*Regole giuridiche e teoria economica*”, En: *Politica del Diritto*, 1976, p. 431 y ss. La literatura norteamericana sobre la materia está desperdigada, dada la novedad del análisis económico como perspectiva de interpretación sistemática adoptada en el estudio de las diversas ramas del sistema jurídico. Una recopilación de los ensayos fundamentales, cuidada por Guido Alpa, Francesco Pulitini, Stefano Rodotà y Franco Romani, se encuentra en curso de publicación, en los tipos de la editorial Giuffrè. Por razones de espacio (y de competencia del autor), las referencias específicas están circunscritas al tema de la responsabilidad civil. [Adición del traductor.- La obra compilatoria a que hace referencia el profesor Alpa es *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milán, Giuffrè, 1982, 662 p.]

Sin embargo, la expresión con la que queda denominada esta nueva perspectiva al traducir *economic analysis of law*, parece bastante genérica, y es, con toda seguridad, menos significativa que su equivalente en inglés.

Como primera impresión sólo permite entender que el tipo de análisis bajo examen está orientado y encaminado a apreciar los aspectos económicos del Derecho.

En cambio, una evaluación más conscienciosa saca a la luz numerosos y complejos problemas. La sola traducción de *law* por “derecho” no es del todo exacta; basta reparar, en tal sentido, que esta última locución (en su acepción más general) es denotativa de normas jurídicas, decisiones judiciales, actos y prácticas de la administración pública, de las costumbres mismas y, en fin, de todas las fuentes jurídicas y actos que, a causa de tener efectos jurídicos, conforman un principio ordenador de los comportamientos del individuo, crean expectativas en la colectividad respecto de su observancia, y permiten efectuar previsiones (y realizar operaciones económicas, por consiguiente) bajo la consideración de su eficacia vinculante.

El margen del equívoco que puede encerrar la expresión no está dado tanto por su alusión al derecho, sino más bien, y principalmente, por su parte inicial: “análisis económico” aplicado al derecho. Con una serie de acercamientos sucesivos, se tienen que precisar sus confines semánticos e individualizar sus contenidos objetivos.

Es posible, en efecto, que con “análisis” se quiera significar que en esta perspectiva analítica se dispone de instrumentos económicos para estudiar los instrumentos jurídicos en su actividad concreta y en las dos fases fundamentales de su vida, a saber: la fase de la “creación” y la fase de la “efectividad”. El propósito conjunto de aquél que se presta a examinar económicamente el derecho es, en otras palabras, determinar si existe o no una correspondencia entre las exigencias económicas y los instrumentos jurídicos, entre el operar del mercado libre y el del mercado regulado, así como establecer el coste de los instrumentos jurídicos, los efectos jurídicos que inducen, la alteración que generan en la situación de mercado, las características que imprimen al mercado, y los factores globales a los que tales instrumentos sirven como intermediarios, para determinar un particular juego del mercado.

Cada una de estas finalidades se encuentra – por expresarlo así – preorientada, y esto equivale a afirmar

que poseen valores políticos e ideológicos. No es necesario examinarlos en este punto; la tarea queda postergada hasta la conclusión del discurso. Asumiendo, por el momento, que tales finalidades fueran neutras, considérense las dos fases en las que puede operar el análisis económico del derecho, entendido en su significado genérico:

- a) La primera fase es la creación de los instrumentos jurídicos. Los historiadores del derecho, e igualmente los *justilósofos*, han escrutado los distintos móviles del sistema jurídico: los factores (políticos, religiosos, sociales, económicos, etc.) que animan a colectividades, representantes, al demiurgo mismo, a dictar normas de comportamiento. El aspecto económico es, ciertamente, uno de los factores predominantes. La dación de normas destinadas a reglamentar el precio de categorías específicas de productos o de servicios puede responder a finalidades fiscales (ejemplo, la gasolina) o sociales (ejemplo el pan o la merced conductiva razonable en los contratos de arrendamiento); puede tutelar intereses de organizaciones (ejemplo los sueldos); puede tutelar intereses históricamente fundamentales (ejemplo la indemnización en los casos de expropiación). El instrumento económico se convierte, así, en un intermediario de los factores políticos, religiosos, sociales, que operan a través del derecho.

En aquellas etapas históricas en las que el espíritu del capitalismo ha impregnado, casi totalmente, las estructuras del ordenamiento jurídico, las finalidades económicas “han dictado la ley”, en el sentido literal de la expresión. Si se considera que a finales del siglo XIX y aún a inicios del siglo XX la relación de trabajo subordinado estaba sometida a las leyes del mercado libre y que el trabajo era calificado como una locación de obra, en el mismo nivel que cualquier otro contrato que se estipulase (dada la igual libertad negocial de las partes), se puede apreciar fácilmente, que la ley (incluso la normativa férrea, sobre los salarios libres) estaba codificada en función de las exigencias económicas que eran expresión de un mercado tendencialmente libre, que no deseaba controles que pudieran obstaculizar el nacimiento o afianzamiento de la sociedad industrial fundada en el capital.

En efecto, escudándose en una presupuesta, pero en la misma medida falsa, paridad de poder contractual, las leyes de la economía confiaban al operador económicamente más fuerte la tarea de regular la relación. De todo esto derivaba “la posibilidad, para el más poderoso en el mercado – normalmente el empresario – de fijar tales condiciones según su arbitrio,

y de ofrecerlas a los sujetos que buscaban trabajo, los cuales no podían sino aceptarlas o rechazarlas”¹.

Otro ejemplo sintomático lo constituyen diversos principios (abstractamente neutros y alejados de la dinámica del mercado) que regulaban el derecho civil, y lo hacen hasta ahora.

Repárese, por ejemplo, en el principio “no existe responsabilidad si no existe culpa” por el cual se imputaban al individuo deberes de resarcimiento nada más que por los daños provocados con dolo o culpa. Dicha regla no quería afirmar únicamente el principio de la libertad de actuar del individuo, que era costreñido a asumir deberes y cargas sólo en la medida que ello correspondiera a una decisión libre (acto de voluntad, comportamiento ilícito). Por el contrario, traducíendose en un incentivo para la producción en la actividad empresarial (que era permitida, aun cuando fuera riesgosa), la regla resguardaba a la empresa de toda demanda de resarcimiento que no tuviera origen en daños cometidos dolosamente o culposamente. Salvo en una mínima proporción, la empresa no respondía del riesgo creado: usualmente, no respondía de los daños causados a sus dependientes en los accidentes de trabajo, ni de los daños a los vecinos, ni de los daños a los consumidores, ni de los daños al medio ambiente².

Es hasta obvio subrayar la relación entre derecho y economía, y la dependencia – si se admite la expresión – del derecho respecto de la economía, que tienen lugar en la fase de la creación del derecho. Siglos hace que los juristas son conscientes de ello, aun cuando normalmente prefieran olvidarlo al momento de asumir sus decisiones o al recomendar soluciones a quien debe adoptar tales decisiones.

b) Menos evidente es el análisis de las relaciones entre la economía y el derecho en la segunda fase, es decir, en aquella que no se preocupa tanto de la razón del nacimiento de un instrumento jurídico, sino más bien de la forma como opera éste y qué efectos produce. Se preocupa, en otras palabras, de cuál es el coste de dicho instrumento para la colectividad (o para las partes interesadas, si se tratara de una operación específica).

Veamos algunos ejemplos. Con la Ley 10 de 1977 se introdujo una reforma fundamental en la administración del territorio y en el régimen de la actividad de la construcción. La reforma (al menos según su intención originaria) perseguía quitarle al titular la facultad de construir libremente en el terreno de su propiedad, atribuir a la colectividad el poder de autorizar la construcción, y transponer el coste social de la urbanización sobre quien se convirtiera en adjudicatario de lo edificado. Por esta vía se pretendía contener los fenómenos de la construcción descontrolada, los abusos de aquellos que construían sin autorización, y la distribución irracional de las zonas edificadas en el área urbana. La ley se distanciaba de las directrices del mercado, que habrían presumido, por el contrario, una libre contratación de las áreas edificables, una rápida circulación de los bienes, y la asunción de cargas por parte de la colectividad, como garantía de los poderes del sujeto privado³.

¿Cómo ha funcionado la ley? ¿Qué costes ha inducido? ¿Qué distorsiones (si fuera lícito hablar de distorsiones, dada la connotación peyorativa del término) ha suscitado en el mercado de las áreas edificables, de los alojamientos y de la construcción?

Piénsese en otros dos ejemplos. Paralelamente al mercado de los terrenos edificables se encuentra el mercado de los inmuebles destinados a usos habitacionales. Un mercado que, desde hace casi un siglo, es controlado y reglamentado. El régimen de la prórroga legal de los alquileres data, en efecto, del año 1915. En 1978 entró en vigor una ley que reformó parcialmente el sistema y estableció una duración mínima de los contratos de arrendamiento, así como un límite máximo para la merced conductiva que le toca recibir al propietario⁴.

¿Qué costes (privados y sociales) ha tenido la ley? ¿Qué efectos ha provocado en el mercado? ¿Qué otros efectos adicionales induce?

Y vaya otro ejemplo. Hoy se ha difundido de modo irreversible el fenómeno de la contaminación ambiental. Los recursos (hídricos, térmicos y naturales en general) están en vía de extinción gradual; la actividad empresarial crea productos y servicios, pero destruye

¹ WEBER, M.: *“Economia e società (Sociologia del diritto)”* Traducción italiana de G. GIORDANO, Milán, 1980, volumen III. p. 85.

² Para una reseña de las interpretaciones que sucesivamente se han conferido al principio “no existe responsabilidad si no existe culpa”, véase: ALPA, G. y BESSONE, M.: *“La responsabilità civile”*. Volumen I, Milán, 1981. p. 4 y ss.

³ Un cuidado análisis económico de este fenómeno ha sido emprendido por MAGNANI, I. y MURARO, G.: *“Edilizia e sviluppo urbano”*. Bolonia, 1978. Algunos aspectos de la problemática han sido retomados, posteriormente, por I. MAGNANI en el ensayo *“Contenuto economico del diritto di proprietà privata immobiliare. «Cuius commoda eius et incommoda»”*. En: *La proprietà privata immobiliare [Atti del Convegno di Studi]*, Urbino, 1-3 octubre 1979, Milán, 1981. p. 37 y ss.

⁴ Sobre el tema ver PULITINI, F.: *“Alcune considerazioni sul controllo degli affitti”*. En: *Politica Economica*. 1980, II. p. 3 ss.

recursos; no solamente aquéllos que son necesarios para el proceso productivo, sino también otros que se encuentran vinculados con el mismo. En 1976 entró en vigencia una norma que impone a la empresa la realización de controles sobre los desechos industriales, con el fin de prevenir en sus formas más graves la contaminación de las aguas⁵. Control de los desechos significa reducción de los mismos: o sea, reducción del proceso productivo y adopción de costosos sistemas de depuración.

¿Qué efectos ha causado la disposición? ¿Cuál ha sido su impacto en los costos de producción? ¿Cuáles han sido sus beneficios sociales?

Consideremos un último ejemplo extraído, en este caso, no de la legislación especial, sino del Código Civil. En una de sus normas, el Código establece que “es nulo todo pacto que excluya o limite previamente la responsabilidad por dolo o culpa grave” (artículo 1229). De ello se deduce que en cualquier otra hipótesis en la que las partes celebraran pactos de exoneración de responsabilidad no derivados de dolo o culpa grave, los pactos concluidos serán válidos. En la contratación en masa, la empresa se vale, en todos los sectores, de formatos que contienen cláusulas de exoneración (actualmente lícitas, sin lugar a dudas), que transfieren el riesgo al consumidor, distribuidor, minorista, etc.^{6 (a)}

¿Cuáles podrían ser los efectos económicos de una reforma de esta regulación, tal como ha sido propuesta en un proyecto de directiva comunitaria, destinado a impedir la inserción de cláusulas de exoneración de responsabilidad en los contratos con los consumidores?

El análisis económico del derecho brinda (o debería brindar) respuestas precisas a todas estas interrogantes, mediante una confrontación entre la situación concreta y aquella que es determinable *in abstracto* con la corrección del sistema, y la investigación de los costes, privado y social, del funcionamiento de nuevos y antiguos instrumentos jurídicos.

Ejemplificados algunos de los sectores en los que el análisis económico es aplicado al derecho, y esbozados sus límites, quizás hemos realizado un progreso en la decodificación de la fórmula. Sus confines, empero, continúan siendo demasiado amplios.

2. LA INTERPRETACIÓN ECONÓMICA

Se podría observar que, a fin de cuentas, un análisis de este tipo, si bien útil y apreciable, no añade nada de nuevo a lo que se conocía y practicaba desde hace mucho tiempo. Se trata, efectivamente, de un método para comprobar qué decisiones económicas han determinado la adopción de principios jurídicos y qué efectos económicos tienen los principios jurídicos vigentes. En el derecho comercial, la adhesión de las instituciones a las directivas del mercado es tal vez más evidente que en otros sectores; la adhesión del derecho al juego económico está descontada; la tutela de los operadores económicos es prácticamente una consecuencia necesaria.

Cesare Vivante observaba, a propósito del Código de Comercio italiano de 1882, que: “el legislador ha delegado a los comerciantes una parte de su poder normativo, escribiendo en el Código un artículo que dice: los usos comerciales valdrán como leyes para todos aquellos que contratan con los comerciantes. Y dado que, entre estos usos, existen muchos adoptados por acuerdo entre los comerciantes minoristas y mayoristas para burlar a los consumidores, de forma tal que éstos resultan constreñidos a dejarse engañar en virtud de la ley que consagra la costumbre”⁷. Curiosamente, Brooks Adams advertía, en el mismo período, que la “clase dominante (...) plasmará el derecho en su propia ventaja y el código que mejor favorezca a los intereses de la clase dominante será aquél que más se acercará al ideal de justicia de cada época en particular”⁸.

No se requiere sino un breve paso para arribar desde estas premisas a la consecuencia de que el derecho debe ser interpretado según las necesidades de la economía, porque es así como fue creado. El método

⁵ También en el medio italiano, la literatura sobre la materia es actualmente bastante amplia. Para un breve reconocimiento de campo, ver ALPA, G.: “Dalla economia del «cow-boy» alla economia della preservazione”. En: *Politica del diritto*, 1978. p. 767 y ss., y especialmente, ROMANI, F.: “Strumenti di politica economica per la tutela del ambiente”. En: *Note Economiche*, II, 1974. p. 21 y ss.; GERELLI, E.: *Economia e tutela dell'ambiente*, Bologna, 1974; BOGNETTI, G.: “Aspectos económicos de gestione delle risorse naturali (Beni pubblici. Problemi teorici e di gestione)”. Milán, 1974. p. 104 y ss.

⁶ Este es el denominado “argumento económico” que a menudo se aduce como un obstáculo frente a cualquier reforma del régimen de las condiciones generales de contratación, y contra cualquier otra limitación de la libertad contractual de las partes. Sobre el punto ver ROPPO, E.: “Contratti standard”. Milán, 1975.

(a) Nota del traductor: La directiva fue aprobada en 1993 (la número 13 del 5 de abril de 1993), recibida en Italia mediante la Ley 52 del 6 de febrero 1996. El texto de la directiva fue íntegramente incorporado al Código Civil italiano (los actuales artículos 1469 bis y ss).

⁷ VIVANTE, C.: “Trattato di diritto commerciale”. Milán, 1922. p. 15.

⁸ ADAMS, B.: “The Modern Conception of Animus” 19 Green Bag, 12, 17 (1907), citado por POUND, R.: “Giustizia, diritto, interesse”. Traducción italiana de Paolo GORI, Bologna, 1962. N° 15. p. 133.

económico constituye desde siempre, en efecto, una de las categorías de la interpretación. Encubierto, en gran medida, en las sentencias (especialmente en las de los jueces europeos continentales), el método de la interpretación económica es más evidente en las elaboraciones doctrinarias (y, obviamente, en los actos de discusión parlamentaria). Este es uno de los aspectos más interesantes y más complejos de la entera temática de la interpretación.

In abstracto, se pueden distinguir distintos aspectos de este problema. Dos de ellos parecen particularmente relevantes:

- a) La relación entre interpretación y norma preexistente.
- b) La relación entre interpretación y norma *in fieri*.

Menos relevante es, en cambio, el otro problema, relativo a los criterios legales de la interpretación. Ya se discutía (y hasta hoy se discute) si los criterios legales de interpretación de la ley, del contrato, del acto administrativo, tienen un *quid* de especificidad jurídica propia, o si son, por el contrario, un conjunto de reglas dictadas por el buen sentido. Más aún, en todos los ordenamientos –incluido el italiano– se conceden a la interpretación amplios márgenes de libertad, en virtud, especialmente, de las cláusulas generales y en las hipótesis en las cuales la valoración de los intereses en juego es remitida a la equidad. Por lo tanto, el hecho de que la interpretación económica pueda ser incorporada al lado de las reglas interpretativas formales es un dato indiscutible en el plano científico, pero es también una praxis normal en el plano fáctico.

Para retornar a los aspectos precedentemente indicados, los dos perfiles no pueden ser confundidos, ni colocados en un mismo plano.

- a) En sus análisis, los intérpretes de formación económica, acostumbradamente dedicados a estudiar los mecanismos del mercado *in vitro*, prefieren examinar normas para el *jus condendum*^(b). La operación, simplificada, se descompone en estas fases: 1) el examen del dato económico derivado de las tendencias del mercado; 2) la creación del dato normativo que traduce en precepto las sugerencias extraídas de la andadura del mercado; 3) el control de los efectos del dato normativo en función de las reacciones del mercado.

Como es obvio, la operación presenta graves carencias; por lo tanto, debe ser realizada con cautela. El modelo abstracto siempre está distante de la realidad. Por lo general, además, la realidad ha sido objeto, con anticipación, de la normativa existente. Los espacios para efectuar este tipo de operación interpretativa son entonces muy reducidos.

- b) Igualmente difícil es el segundo tipo de operación. Establecido un modelo abstracto, éste es confrontado con el modelo real. Se intenta adaptar, así, el modelo real al modelo abstracto. Esta es una operación sobre el *jus conditum*^(b). La letra de la norma, el sentido integral de la misma, son entendidos (y se propone que sean entendidos) de un modo tal que los efectos que producirían sean, en lo más posible, adherentes al modelo abstracto asumido como criterio ordenante.

Estas dos operaciones, especialmente la segunda, parecen más fáciles en los sistemas de derecho no codificado, donde la estructura elástica de los principios permite, por la vía de la interpretación judicial, adaptar el derecho a las exigencias reales (entre las que se cuentan las exigencias económicas) con mayor simplicidad y rapidez. En los sistemas codificados, la interpretación económica parece desenvolver, en cambio, una función servil: sirve para informar minuciosamente y aconsejar al legislador; sirve para formar al jurista; y a veces, sirve para tomar decisiones judiciales en las que las argumentaciones económicas (por la formación cultural del órgano encargado de juzgar) son de continuo enmascaradas con argumentaciones formales.

Se podría objetar que, en este caso, la simplificación de los datos es quizás excesiva, y ello hasta podría ser verdad. Sin embargo, un ejemplo sintomático, que puede fundamentar lo que se ha expresado, está dado por la circulación de productos defectuosos. En los ordenamientos del *common law* y, especialmente en el sistema norteamericano, la ausencia de disposiciones legislativas *ad hoc* ha favorecido la creación de principios dirigidos a hacer de cargo de la empresa el riesgo derivado de la circulación de productos dañinos, con lo cual se tutelan intereses (de los consumidores) otrora descuidados. Una interpretación económica fue la que favoreció la extensión de la tutela, principalmente en las sentencias del juez Cardozo, en las que se discute si la sólida

(b) Nota del traductor.- Léase "el derecho que está por construirse".

(c) Nota del traductor.- Léase "el derecho existente".

posición de la empresa en el sistema económico consiente o no la superación actual del principio “no hay responsabilidad si no existe culpa” y el reconocimiento de la relevancia de los intereses de los destinatarios de la actividad productiva. Lo mismo en las sentencias del juez Traynor, en las que se sostiene (casi mediando la elaboración de una demostración económica, en lugar de un pronunciamiento judicial) que la empresa está en condición de absorber los costes determinados por la circulación de productos defectuosos, pues tales costes componen un riesgo que la empresa misma transferirá, a través de contratos de seguro, al asegurador y que, en definitiva (como lo exige el mercado), el riesgo será repartido entre todos los consumidores, porque la prima del seguro se incluirá en un porcentaje del precio de venta del producto⁹.

En los ordenamientos de la Europa continental, la interpretación económica de las normas dirigidas a tutelar al consumidor ha sido más difícil y, ciertamente, tormentosa¹⁰. Tradiciones pasadas, mentalidades restringidas, la poca preparación del órgano resolutor, han constituido una suerte de barrera, que sólo recientemente se ha desmoronado, por lo menos en parte. Las argumentaciones económicas aún presionan (en sentido opuesto, esta vez) para circunscribir el área de la responsabilidad de la empresa. Una directiva comunitaria en fase de proyecto, dirigida a hacer de cargo de la empresa una suerte de responsabilidad objetiva, está todavía bastante distante de una aprobación definitiva, precisamente en razón del temor excesivo de los efectos nocivos que ella podría tener en el mercado^(d).

La interpretación económica no opera necesariamente en favor de una extensión de la tutela de los intereses desprovistos de protección, y aun cuando estos fueran considerados merecedores de apreciación. Tampoco garantiza una aplicación “progresiva” de las normas. Ha servido, a veces, para decretar la muerte de instituciones tradicionales, del todo perjudiciales, pero que sobrevivieron hasta los tiempos modernos, como los

usi civici^(e). Otras veces, en cambio, ha servido para postergar la aplicación temporal de normas que tal vez sería más conveniente suprimir, como aquella que, en un contexto de grave inflación, aún dispone que “la tasa de los intereses legales es del cinco por ciento en razón de cada año” (artículo 1284, primer párrafo del Código Civil italiano).

El análisis económico del derecho, siempre entendido en su acepción genérica, no es ni siquiera nuevo. Anteriormente se han citado varios ejemplos de interpretación económica de normas, códigos, reglamentos y decisiones judiciales.

Debe brindarse una particular relevancia, por ejemplo, a la interpretación económica propuesta, a finales del siglo XIX, por los exponentes del socialismo jurídico.

Se trata de temas, nombres y tesis familiares al jurista italiano, que en las páginas de Achille Loria¹¹ investiga la teoría económica de la constitución política, en las páginas críticas de Iginio Petrone¹² reconstruye los orígenes del materialismo jurídico, y en las de Giuseppe Salvioli^(f), el significado de la historia del derecho: que las leyes “nacidas del terreno social, de un substrato histórico, están en correspondencia con la estructura económica del pueblo”, y en los manuales de Biagio Brugi¹³, la interpretación destinada a actuar principios de economía social.

El análisis tampoco era nuevo en el ambiente donde tuvo lugar su replanteamiento, tal como lo revelan las páginas de Roscoe Pound, dedicadas, justamente, a la interpretación económica (pero entendida con una acepción más circunscrita, que –para decirlo en palabras del autor– concierne a la aplicación marxista de la “dialéctica hegeliana de la economía política inglesa”)¹⁴.

Igualmente, la interpretación económica no fue des- cuidada en Italia, en el período entre las dos guerras; hubo de revelarse como un instrumento utilísimo para

⁹ Para una reseña de estos pronunciamientos, con la traducción de sus pasajes más relevantes ver ALPA, G. y BESSONE, M.: “*La responsabilità del produttore*”. Milán, 1981. p. 45 y ss.

¹⁰ Para una interpretación reciente por parte de un economista, ver BIEVERT, B.: “*Come tutelare il consumatore?*”. En: *Politica del Diritto*, 1979. p. 619 y ss.

(d) Nota del traductor.- Se aprobó. Se trata de la directiva 374 de 1985, recibida en el sistema italiano con el D.P.R. 224 del 24 de mayo de 1988.

(e) Nota del traductor.- Los *usi civici* (o *ademprivi*) eran una suerte de servidumbre especial, de raíces feudales, en favor de cualquier componente de la comunidad, que permitía cortar leña o pastear ovejas en terrenos de propiedad ajena (privada o pública). Al respecto ver BRANCA, G.: “*Istituzioni di diritto privato*”. 7a. edición al cuidado de Guido Alpa, Zanichelli Editore, Bologna, 1992. p. 216.

¹¹ LORIA, A.: “*La teoria economica della costituzione politica*”. Milán, 1886.

¹² PETRONE, I.: “*Le nuove forme dello scetticismo morale e del materialismo giuridico*”. Roma, 1896.

(f) Nota del traductor.- Acaso SALVIOLI, G.: “*I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti e operaie*”. Palermo, 1891.

¹³ BRUGI, B.: “*Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*”. Florencia, 1898.

¹⁴ POUND, R.: “*Giustizia, diritto, interesse*”. Cit. p. 126 y ss.

la investigación, y así lo documentan – sólo para abreviar – los incisivos y premonitorios estudios de Tullio Ascarelli¹⁵.

Casi en el mismo momento, hacia 1960, nace en Italia, con los estudios de Pietro Trimarchi¹⁶, y en Norteamérica, con los estudios de Ronald Coase¹⁷ y Guido Calabresi¹⁸, la nueva fase del análisis económico aplicado al derecho, o si se quiere, una nueva acepción de la interpretación económica. La literatura específica¹⁹ ofrece una amplia documentación sobre estos nuevos aspectos y no es necesario ilustrar sus contenidos en esta sede.

Admitiendo que fuera posible realizar una *summa*, se puede decir que los propósitos que mueven a estos juristas, diferentes en su formación cultural y en sus posiciones ideológicas, están orientados a realizar una correspondencia entre la situación de mercado y el dictado legislativo, aportando al mercado los correctivos que fueren necesarios, a través de la reforma o de la creación de normas jurídicas.

Y es en esta perspectiva que la expresión “análisis económico del derecho” encuentra ahora una connotación precisa y una acepción particular. Se trata de la aplicación de las teorías de la economía del bienestar al sistema del derecho en su conjunto; bajo la luz de la teoría de la eficiencia, se estudian las formas bajo las cuales tienen que modelarse las normas jurídicas o cómo deben interpretarse los efectos de éstas en el mercado y en la distribución racional de los recursos.

Y las antiguas instituciones como la responsabilidad civil, la propiedad, el contrato, adquieren una nueva luz – si así puede decirse – sea demostrando la racionalidad económica de los principios de la tradición jurídica, sea demostrando la exigencia de aportar modificaciones y correcciones en la perspectiva antes indicada.

3. LAS ESCUELAS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Intentos de aplicar los principios de la economía del bienestar y del neomarginalismo a las instituciones jurídicas han tenido lugar en todas las experiencias jurídicas, y en tiempos recientes. Sin embargo, las “escuelas” –si así pueden llamarse– o los centros en torno de los cuales se concentran los estudiosos más conocidos, o de parte de los cuales se han prospectado las soluciones más interesantes, son esencialmente dos, ambos en el medio norteamericano: la Universidad de Yale y la Universidad de Chicago.

También existen otros centros, en Berkeley y Miami, donde se retoman y discuten las tesis elaboradas en Yale y Chicago; muchos son, además, los estudios realizados por los docentes de la *London School of Economics*. Los modelos más radicales, las referencias más inmediatas, las páginas más leídas y comentadas guardan conexión, empero, con los dos centros antes señalados.

En Chicago, justamente, Ronald Coase escribe un ensayo sobre los costes sociales, que da la partida al debate y familiariza a los juristas con los problemas vinculados con las externalidades, los costes de transacción y la alternatividad de las decisiones sobre la distribución de los recursos²⁰. También de Chicago proviene la propuesta interpretativa más radical (entiéndase “extremista”) en la aplicación de los principios de la economía del bienestar al derecho, a las decisiones del legislador o del juez: la de Richard Posner, que ostenta el mérito de extender el método interpretativo a todos los sectores del ordenamiento, persiguiendo un propósito sistemático que falta, en cambio, en otros cultores del análisis²¹.

No es casual que, siempre en Chicago, haya nacido el análisis económico del derecho en su versión actual: la Escuela económica de Chicago a la que pertenecen algunos de los más ilustres economistas contemporá-

¹⁵ ASCARELLI, T.: “*Corso di diritto commerciale*”. Milán, 1962. p. 11 y ss.

¹⁶ TRIMARCHI, P.: “*Rischio e responsabilità oggettiva*”. Milán, 1961.

¹⁷ COASE, R.: “*The Problem of Social Cost*”. En: *3 Journal of Law and Economic*, 1960. p. 1 y ss.

¹⁸ CALABRESI, G.: “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*”. En: *70 Yale Law Journal*, 1961. p. 499 y ss.

¹⁹ Véase la reseña de ALPA G. y BESSONE, M.: “*La responsabilità civile*”. Cit. volumen II. p. 123 y ss.; S. RODOTÀ *Prefazione* a la traducción italiana de CALABRESI, G. “*Costo degli incidenti e responsabilità civile*”. Milán, 1975; GAMBARO, A.: “*Costo degli incidenti e responsabilità civile*”. En: *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1975. p. 382 y ss.; y en especial PARDOLESI, R.: “*Analisi economica e diritto dei contratti*”. En: *Politica del Diritto*, 1979. p. 699 y ss.; BESSONE, M.: “*Il controllo sociale, l'analisi economica del diritto e il metodo dei nuovi studi di teoria del contratto*”. En: ID., *Nuovi saggi di diritto civile*, Milán, 1980. p. 65 y ss. Merece ser especialmente destacado el manual de derecho privado escrito, en esta perspectiva, por TRIMARCHI, P.: “*Istituzioni di diritto privato*”. 4a. edición, Milán, 1980.

²⁰ COASE, R.: “*The Problem of Social Cost*”. Cit. El teorema de COASE ha suscitado amplios debates. Para una aplicación a la responsabilidad del productor, ver “*Symposium, Products Liability: Economic Analysis and the Law*”. En: *38 University of Chicago Law Review*, 1970. p. 1 y ss.

²¹ POSNER, R.: “*Economic Analysis of Law*”. 2a. edición, Boston-Toronto, 1977.

neos, de Henry Simmons a Ronald Coase, George J. Stigler y Gary S. Becker. Es en esta Escuela que tiene origen una de las publicaciones más prestigiosas: la *Journal of Law and Economics*, fundada en 1958, un medio de difusión de importantes estudios de economía y derecho, que quizás tiene más lectores entre los economistas que entre los juristas. Es en Chicago que se publica el manual de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, cuya primera edición se remonta a 1973. Desde este centro, se difunde el tan debatido método de estudio del derecho con los instrumentos suministrados por la ciencia económica. Paulatinamente, las tesis defendidas por la Escuela han sido difundidas a través de reseñas, comentarios y antologías, concediéndose a Posner mismo una posición de *leadership* que muchos le cuestionan. En Chicago, en fin, se publica desde 1972, por obra de Posner, una revista específicamente dedicada al análisis económico del derecho: la *Journal of Legal Studies*.

No es improbable que los puntos fundamentales de la tesis de Coase, Posner y de los demás exponentes de la Escuela, constituyan, hoy, el aspecto más conocido y criticado del nuevo método.

Contrapuesta a la experiencia de Chicago, no sólo por sus tesis y las soluciones que propone, sino también por sus fundamentos culturales mismos, es la investigación realizada, casi siempre de forma personal, por Guido Calabresi, jurista y economista de origen italiano, catedrático de la Universidad de Yale. En Yale, igualmente, enseña Bruce A. Ackerman, otro agudo jurista-economista, estudioso de la propiedad (a este tema, de hecho, está dedicada la antología sobre el análisis económico que Ackerman ha publicado recientemente)²².

En Yale, el análisis económico del derecho se efectúa con referencia a los distintos sectores del derecho: Guido Calabresi ha escrito algunos de los ensayos más agudos en materia de responsabilidad civil, que no se limitan a ser teóricos; están, por el contrario, documentados con la praxis²³.

4. APUNTES SOBRE LAS TESIS DE RICHARD POSNER Y GUIDO CALABRESI: EL ROL ACTUAL DE LAS REGLAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

A) De la Escuela de Chicago, las investigaciones de Richard Posner son – como antes se ha escrito – las que han tenido el éxito más clamoroso. También

son, sin embargo, las que se han ganado las críticas más incisivas. Sus lineamientos están expuestos con claridad en algunos importantes ensayos, así como en el manual que actualmente va por su tercera edición.

Hacia 1972, del mismo modo, Posner preparó un pequeño manual para los docentes, que constituye una auténtica clave para la lectura de los problemas del análisis económico del derecho. En los capítulos introductorios, Posner diseña los propósitos y el significado del análisis económico del derecho; ilustra, así, lo que – con feliz expresión – se ha definido como “economía normativa”: aquélla que dicta la ley al legislador, al juez, al intérprete y controla el operar de todos ellos.

Los principios según los cuales se emprende la investigación pueden sintetizarse con las mismas palabras de Posner, según las cuales, el economista no tiene una escala de valores en la actualidad: la economía se autoconcede tal escala, en lugar de adquirirla de la política, la moral o el derecho. Fundamento de la escala es la eficiencia económica, asumiéndose que el hombre es “un maximizador racional de sus fines vitales y de sus satisfacciones”. Los instrumentos conceptuales son, precisamente, la noción de precio, de coste de oportunidad, de gravitación de los recursos hacia su uso más ventajoso. En la investigación de Posner, por lo tanto, eficiencia significa “el disfrute de los recursos económicos de manera que el valor, es decir, la satisfacción humana, en relación con la voluntad de la persona de pagar por los productos o servicios, alcance el máximo nivel”. Deviene en una cuestión importante para el análisis económico, entonces, establecer si, y en qué circunstancias, un intercambio involuntario puede considerarse factor de incremento de la eficiencia.

En una perspectiva económica, la función fundamental del derecho es la modificación de los incentivos: “Esto significa – sostiene Posner – que el derecho no emite mandatos imposibles, porque una orden imposible no altera en modo alguno los incentivos dirigidos a la persona que debe observarla”.

De tal modo, el ordenamiento jurídico asume la función de instrumentalizador de órdenes “posibles”, es decir, compatibles con las leyes de la economía: el derecho tiene una función de mimesis del mercado; no se deben emitir – y es aquí que nace la economía

²² ACKERMAN, B.: “*Economic Foundations of Property Law*”. Boston-Toronto, 1975.

²³ Sobre los resultados más recientes de la especulación de Guido CALABRESI, ver FERRARINI, G.: “*Scelte tragiche. Nuovi sviluppi dell’analisi economica del diritto*”. En: *Politica del Diritto*, 1978. p. 457 y ss.

normativa, y es aquí también que se descubre la escala de valores que Ackerman imputa a Posner – normas que sean opuestas al mercado, sino solamente normas que traduzcan las exigencias objetivas en un comportamiento inducido.

Dado que el análisis de Posner se extiende a todos los sectores del derecho, pecaría de simplicidad resumir sus tesis y los resultados, suficientemente, en estas páginas. Con un afán de brevedad, se puede hacer referencia a un sector específico, que es el más conocido a la literatura jurídica italiana, y el que ilustra mejor, quizás, el significado de aquellas tesis: la responsabilidad civil.

Los principios arriba enunciados permiten a Posner formular dos corolarios. Con el primero se sostiene que la violación de un *standard of care* previsto por las leyes constituye, por sí misma, *negligence*, y exonera al damnificado, por lo tanto, de probar la culpa del dañador; con el segundo, que no se puede hacer de cargo del agente, teniendo presente el criterio de la diligencia media, la falta en la adopción de medidas de seguridad o de prevención del daño excesivamente costosas.

Traducidas en fórmulas económicas, el sentido en que deben entenderse estas ideas es el siguiente: el mercado desincentiva la adopción de nuevas y perfeccionadas técnicas de prevención de los daños, aun cuando las ventajas que de ello se derivarían excedan los costes asumidos. Llevado a sus consecuencias extremas, este principio permite negar, a continuación, el resarcimiento a la víctima que haya concurrido, con su comportamiento culposo, a causar el daño.

Sería difícil afirmar –observa Posner– que con la admisión de la procedencia de una acción de daños se pueda elevar (incluso en este último caso) el nivel de seguridad hasta un punto óptimo. Y si se optase por la solución opuesta, se realizaría un resultado que a Posner le parece absolutamente irracional: la clase de los dañadores se vería inducida a adoptar medidas de prevención aun en las hipótesis en las cuales el evento dañoso constituyera, para ella, un coste inferior al coste voluntariamente asumido; la clase de los damnificados, por el contrario, se vería inducida a disminuir las precauciones porque estaría segura de obtener el resarcimiento del daño. Ambos supuestos involucrarían decisiones antieconómicas, que no podrían ser amparadas por las normas jurídicas²⁴.

El sentido de tales corolarios es exaltado – por expresarlo así – en el ámbito de los accidentes de trabajo. En estas hipótesis no se aplica la regla *respondeat superior* si el dependiente ha sido dañado, negligentemente o intencionalmente por un compañero de trabajo; y la culpa del trabajador, aunque mínima, excluye toda responsabilidad a cargo de su empleador.

Una minuciosa casuística acompañada de estadísticas ayuda a describir, asimismo, las tendencias de la jurisprudencia con referencia a cada una de las categorías de daño y a toda situación en la que se produzca un daño. Organizando sistemáticamente estos datos, Posner está en condición, entonces, de formular algunos principios que orientan el análisis de la responsabilidad civil en direcciones del todo insospechadas. En síntesis, las conclusiones pueden exponerse en los siguientes términos:

- a) El sistema de la responsabilidad civil, según emerge de las sentencias examinadas, está caracterizado por ser absolutamente apolítico.
- b) El sistema de la responsabilidad civil está gobernado por el principio de que toda parte actúa movida por su propio interés económico.
- c) Operando sobre estos intereses y creando incentivos económicos para los individuos, el sistema exonera a éstos de la tarea de instituir un aparato gubernamental que tenga como función indagar las causas y las formas de los accidentes.
- d) El conflicto de los intereses de los sujetos privados empuja a las partes (*in competition between them*) a presentar al juez el máximo de datos, de forma tal que éste pueda aproximarse con una certeza casi absoluta, a la verdad de los hechos. Esta última afirmación introduce conclusiones adicionales en el discurso, todas referidas al análisis económico de las estructuras jurídicas.
- e) La situación que se crea entre las partes en conflicto puede ser asimilada a la situación de mercado, en la que tiene lugar una lucha entre empresarios que persiguen los mismos intereses.
- f) En la individualización de las tendencias de la jurisprudencia es imposible identificar una clara intención de favorecer la expansión industrial;

²⁴ POSNER, R.: "A Theory of Negligence". En: *1 Journal of Legal Studies*, 1972.

hay, más bien, una tendencia a modelar el ordenamiento según las directrices del mercado.

- g) Las reglas de responsabilidad elaboradas por las cortes parecen concebidas para realizar el nivel óptimo de los accidentes y de los *standards* de seguridad.
- h) Las tendencias que emergen de las leyes ordinarias están dirigidas, en cambio, a frenar el desarrollo industrial, a través de la contemplación de medidas en favor de los agricultores y de los obreros.

Expuestos en esta forma esquemática, los resultados a los que arriba el análisis de Posner podrían suscitar perplejidades, sobre todo porque están alejados de las pruebas documentadas –por llamarlas así– que el autor ofrece en sostén de su tesis. Distintamente descritos y organizados por los comentaristas, estos resultados constituyen, por el contrario, un auténtico sistema alternativo al propuesto por la doctrina más reciente, en la medida en que tienden a demostrar que la teoría de la culpa puede desenvolver, aún hoy, un rol central en todo sistema de *compensation*, que los criterios de responsabilidad objetiva no conducen a resultados apreciables positivamente, y que, en fin, los modelos interpretativos corrientes de la evolución de la responsabilidad civil son el fruto de una verdadera hipóstasis de las posiciones ideológicas de los autores que los han elaborado, pero que por ello, justamente, parecen bastante alejadas de la realidad y de la experiencia histórica.

Frente a una serie de datos e informaciones tan imponente, es difícil formular objeciones y críticas, sin que éstas parezcan consecuencias de un planteamiento caracterizado por opciones opuestas de política del derecho, en lugar de derivar de un análisis consciente de los fenómenos señalados. Es posible, sin embargo, partir de algunas observaciones para intentar una primera evaluación de las tesis propuestas por Posner.

El intento se puede organizar en dos puntos esenciales: por un lado, la discusión del método que el autor adopta; por otro, la discusión de los resultados alcanzados.

En relación con el primer aspecto, no se puede obviar que una buena parte de los aforismos que se han expresado parecen poco persuasivos. Una literatura vastísima ha demostrado con directivas unívocas, que el principio de la responsabilidad por culpa desenvolvió, en el siglo pasado, una importante función como sostén del sistema económico. No faltan sentencias,

rápidamente elevadas al nivel de *leading precedents*, que documentan con exactitud el significado (económico) que las cortes norteamericanas asignaron a los principios de responsabilidad objetiva. El hecho de que las cortes –en el período considerado y en opinión de Posner– se mostraran indiferentes al nivel óptimo de seguridad, o que las mismas no manifestaran ningún favor respecto de la industria no es por sí mismo un buen indicio para dejar de lado la tarea que aquéllas asumieron para sí mismas, bajo el régimen del *laissez faire*. Y no se pierda de vista, además, que el período considerado (de 1875 a 1905) no es particularmente significativo, porque cuando el siglo terminaba, la *infant industry*, al vivir su segunda revolución había alcanzado, finalmente, posiciones tales en el sistema económico, que no tenía por qué pretender ningún privilegio adicional y estaba en condición de asumir aquellos costos y cargas de gestión de los cuales había sido eximida, en una época precedente, para no comprometer su estabilidad en el mercado.

No se debe olvidar, además, que es en este período precisamente en el que aparecen las primeras formas de capitalismo monopolístico. De este hecho se deriva la “indiferencia” de la industria a todo régimen de responsabilidad civil: régimen que, por lo demás, es administrado por la empresa de distinta forma, a través del empleo de contratos *standard* que codifican y legitiman su poder normativo.

Es difícil afirmar, igualmente, que la legislación en materia de accidentes de trabajo haya obstaculizado el desarrollo de la industria. Las reconstrucciones históricas en torno de los distintos intentos de creación de las primeras formas de legislación social demuestran que aquellas medidas fueron aprobadas entre graves dificultades, y con la finalidad esencial de controlar, concediendo algunos favores a las clases necesitadas, las discrepancias en las fábricas y las presiones sindicales. Posner recuerda que en este último sector “el iter de los procedimientos judiciales que eran necesarios para obtener el resarcimiento era muy largo; graves eran las presiones que se ejercitaban sobre el trabajador damnificado para que concluyese el procedimiento a fin de que prosiguiera, sin más, con su trabajo; eran bastante altas las parcelas de los abogados y los demás gastos que a menudo dejaban al trabajador sólo una parte mínima de la suma que lograba percibir”.

Los primeros intentos legislativos de regular la materia padecieron, además, una verdadera subversión por parte de las cortes, que continuaban afirmando que el trabajador prestaba su mano de obra “a propio riesgo, es decir, a riesgo de que el empleador violara la ley”.

Así, un verdadero sistema uniforme y extendido de resarcimiento de los accidentes no entró en vigor sino muchos años después, solamente en el tercer decenio del nuevo siglo. Esta sería la prueba más evidente de que, abstractamente en conflicto con los intereses de la empresa, la legislación social en concreto comenzó a operar muchos decenios más tarde, sin contrarrestar, por lo tanto, las directivas del mercado.

Mas es de las admisiones de Posner, precisamente, que se pueden extraer conclusiones del todo distintas de aquellas a las que él arriba. El conflicto entre los intereses privados, que debe ser resuelto según los cánones del mercado, es la prueba más evidente de la conformidad del sistema jurídico con el régimen del *laissez faire*, donde prevalece el individualismo exaltado, el “derecho de los iguales”, que confía a los recursos de cada uno la posibilidad de prevalecer sobre sus “competidores”. De ello nace un sistema de privilegios para la parte institucionalmente más “fuerte”, destinado a tramontar sólo con el advenimiento de la sociedad de masa, en la que estos privilegios adquieren formas más sofisticadas. Se trataba, es decir, de un sistema que sustraía a controles externos las actividades de los sujetos privados. Y, en esta perspectiva, el paradigma del juez Learned Hand asume, justamente, el significado de símbolo del sistema. ¿Con qué fundamento sostener, entonces, que el sistema de resarcimiento – y más en general, el régimen de la responsabilidad civil – estaban privados de toda connotación ideológica?

Observaciones no menos críticas pueden dirigirse contra el método del *economic analysis of law* que Posner propone. A este propósito, es necesario disipar, sobre todo, algunos equívocos en los que podría incurrirse al emplear fórmulas genéricas como la de “análisis económico del derecho”, o aquella otra de “aproximación económica a las instituciones jurídicas”. En el sistema elaborado por Posner, estas fórmulas no expresan solamente la simple aplicación de las categorías económicas a los fenómenos jurídicos, en sentido lato. No sólo se prospecta, en otros términos, un análisis del significado económico de las reglas del derecho. La tesis fundamental de la que parte este nuevo método de investigación reside más bien en la constatación de que “los individuos actúan como maximizadores racionales de sus satisfacciones”, incluso en el terreno de los actos jurídicos.

¿En qué momento – se pregunta Posner – las partes en conflicto cesarán sus disputas? Sólo en el momento en

el que alcancen un acuerdo tal de satisfacer las exigencias opuestas de maximización del provecho, o bien las exigencias opuestas de “utilidad”. Dirigidas por criterios de racionalidad, las partes observan, de tal modo, un comportamiento que equivale a las decisiones tomadas en el campo económico en condiciones de incertidumbre. De aquí la conclusión a tenor de la cual, si se aplican los instrumentos del análisis económico del derecho en el estudio de las partes litigantes, se percibe que “en el curso del procedimiento, ellas se comportan como si fueran maximizadoras racionales: criminales, contratantes, conductores de automotores, acusadores y demás individuos sometidos a la ley o envueltos en procedimientos legales, actúan, en relación con el ordenamiento, como si fueran inteligentes (aun cuando no omniscientes) maximizadores de sus satisfacciones”; como “consumidores propiamente dichos, todos ellos economizan la adquisición de bienes y servicios cuando los precios aumentan, y aumentan su demanda cuando los precios caen”. Traducida en fórmulas más refinadas, esta regla se expresa en la consideración de que el agravamiento de las sanciones ejercita una función preventiva del ilícito; mientras que una mitigación de las mismas, produce necesariamente el efecto contrario.

Una serie de apuntes sociológicos permite a Posner enunciar el principio – también socialmente válido – según el cual los individuos actúan en el mundo del derecho ateniéndose al criterio del *homo economicus*, en condición de legitimar la aplicación de las reglas económicas incluso al *formally non-economic market of legal system*.

Algunos enunciados fundamentales contribuyen a precisar este presupuesto²⁵:

- a) El ordenamiento jurídico ha sido influenciado, desde siempre, por la exigencia de perseguir la eficiencia económica: las reglas de administración de la propiedad, de determinación de la responsabilidad, los procedimientos promovidos para resolver controversias legales, los métodos para delimitar el daño resarcible son, todos, factores que registran el uso de las reglas jurídicas en la perspectiva de la distribución de los recursos más racional y económica.
- b) El análisis económico puede ser un instrumento útil para proyectar reformas del ordenamiento jurídico; una gran parte de los sectores del *common*

²⁵ Aquí, y en adelante, POSNER, R.: “*Observation: The Economic Approach to Law*”. En: *Texas Law Review*, 1975. p. 761 y ss.

law – en opinión de Posner – está ordenada por reglas indiferentes a su *economic meaning* y son, a veces, absolutamente antieconómicas. Se perfila, entonces, la necesidad de una revisión de estas reglas con el fin de alcanzar el objetivo de la “eficiencia económica”.

La conclusión definitiva a la que arriba Posner es que, dadas las premisas sub a) y sub b), el ordenamiento jurídico tiene que inspirarse en reglas de eficiencia económica, y debe tender, por lo tanto, a la maximización de las satisfacciones individuales; es entonces que parece preferible, justificable y perfectamente legítimo, fundar las reglas jurídicas, de forma exclusiva, en las directivas del mercado.

De distintas formas estos presupuestos concurren en numerosos análisis que la reciente literatura norteamericana ha dedicado a la regulación de la responsabilidad civil y, más en general, a las relaciones entre “economía” y “derecho”. Con todo, jamás habían sido formulados de una manera tan radical. Ello explica una nutrida serie de objeciones y críticas, de las cuales el mismo Posner se hace cargo; sin cambiar en nada, por lo demás, su modelo de investigación.

A juicio de Posner, no se pueden admitir las críticas (que considera genéricas y carentes de consistencia) con las que se ha pretendido atacar el centro de su sistema, que le reprochan la teorización de una lectura de las normas jurídicas a través de la lente deformada de un economista; o las que remarcan la imperfección de la ciencia económica, que ni siquiera permitiría examinar los fenómenos del mercado (ni, con mayor razón, los fenómenos que son objeto del análisis de otras disciplinas); o las que consideran que un sistema tan rematadamente vinculado con la teoría paretiana del “óptimo” – como el de Posner – involucra un replanteamiento para el empleo de modelos económicos hace tiempo superados e inaplicables a las categorías jurídicas.

Tampoco merece mayor atención –siempre según Posner– la objeción de aquellos que, criticando los presupuestos teóricos del utilitarismo, consideran que esta filosofía está condenada a desaparecer y que, cuando esto ocurra, caerán por tierra igualmente los instrumentos del análisis económico del derecho.

Posner cree superar esta última crítica haciendo una advertencia: que el comportamiento “jurídicamente

relevante” – califiquémoslo así – de los individuos se inspira, precisamente, en aquellos postulados utilitaristas a los que se pretende negar toda función.

Posner no parece convencerse ni siquiera por otras objeciones, más consistentes que las examinadas hasta este punto, que ponen en duda el carácter científico mismo de su método.

La primera versión de esta crítica se funda en una consideración obvia: el comportamiento del individuo descende de una pluralidad de motivaciones y todas éstas no pueden ser explicadas en términos económicos, ni mucho menos ser dejadas de lado, en ventaja de aquellas otras que están, más directamente, bajo la influencia de valoraciones económicas.

El autor piensa que es posible evadir este juicio mediante la invocación de las características de abstracción que son propios de todo método de análisis: “la falta de realismo – dice – no invalida una teoría; es un defecto que constituye, por el contrario, un presupuesto esencial de esta última”. Destaca, asimismo, que algunos aspectos negativos de una teoría no pueden, de todos modos, comprometer su coherencia intrínseca; por el contrario, pueden desenvolver una función de apremio para refinarla con mayor exactitud.

La segunda versión, que es la más insidiosa de todas, denuncia las finalidades políticas (los presupuestos ideológicos, con más exactitud) que tiñen, oculta-mente, la aproximación al derecho teorizada por Posner. Lejos de presentar características de “apolitización”, como Posner quisiera hacer creer, su tesis descende de los presupuestos del liberalismo económico, que terminan dando una impronta conservadora a todo el sistema elaborado con dicha tendencia²⁶.

B) La posición de Guido Calabresi es mucho más compleja. En principio, porque Calabresi, desistiendo de realizar una obra sistemática, consigue escapar de aquellas críticas fáciles a las que sí se expone, en cambio, quien se ha visto incitado a aplicar mecánicamente y de modo indiferenciado el método económico, incluso respecto de temas y problemas que no lo soportan (como por ejemplo, los derechos de la persona, la intimidad, etc.). Añádase que la especialización de sus estudios – que, como se ha escrito, abarcan principalmente el campo de la responsabilidad civil – conduce a una notable profundización del análisis.

²⁶ Tal es la objeción de POLINSKY: “*Economic Analysis as a Potentially Defective Product: a Buyer’s Guide to Posner’s “Economic Analysis of Law”*”. En: 87 *Harvard Law Review*, 1974. p. 1655 y ss.

Frente a los problemas que plantea la responsabilidad civil, Calabresi brinda respuestas aparentemente simples, casi obvias: lo importante no es prevenir los accidentes, sino prevenir sus “costes”; si fuera posible, tales costes deben ser administrados de la manera más racional y eficiente. A decir verdad, en sus primeros escritos Calabresi sostiene “que si no se consideran los problemas distributivos, la sociedad de mercado determina los derechos, de forma tal que se hacen las cargas de los accidentes sobre aquella actividad que puede evitarlos de la manera más económica”.

Esta tesis no entra en contradicción, de todos modos, con lo que el autor ha escrito sucesivamente, porque siempre se presupone la capacidad de negociar (y, por lo tanto, la capacidad de transferir el riesgo) del sujeto individualizado al efecto.

De esta última propuesta, tan elemental cuanto determinante, se despliega la investigación posterior de Calabresi, que lo conduce a diseñar el sistema de la responsabilidad civil como un sistema típico e ideal de la “sociedad mixta”, es decir, de aquella sociedad que combina en sí misma, el modelo liberal y el modelo colectivo, intercambiando algunos aspectos, pero sin acoger ninguno de ellos en todo. Y es en este sistema que pueden tener lugar las “decisiones trágicas”, ante las que se debate la sociedad contemporánea, en la difícil mediación entre intereses privados que son merecedores de tutela en la misma medida o entre intereses privados y públicos.

Calabresi rechaza la aproximación individualista pura – que constituye la base del sistema de Posner – “porque el comportamiento contractual es demasiado costoso como para poder ser requerido antes de toda acción, y porque la sociedad no tiene confianza en el hecho de que las partes se encuentren en condición de ponerse de acuerdo, pues persiguen sus propios intereses”. De la misma forma, sin embargo, desacredita de la aproximación colectivista pura, sea porque es demasiado costosa, sea porque la sociedad “no está lo suficientemente segura de cuánto es deseable el comportamiento que se quiere exigir o prohibir”.

En la solución de los problemas vitales, y en las decisiones trágicas, Calabresi propone que el análisis económico se lleve a cabo sin tener en cuenta el óptimo paretiano (un criterio que, de todas formas, ha sido acogido con favor por muchos *juseconomistas*), sino el criterio de la Pareto *superiority*, una versión

corregida del primero, que permite superar las fallas del mercado²⁷.

La posición de Guido Calabresi es bastante cercana a las tesis en materia de responsabilidad civil que actualmente predominan en nuestra experiencia; no requiere, por lo tanto, un análisis exhaustivo. Basta tener en cuenta las ideas-guía contenidas en sus últimos ensayos para percatarse que esta propuesta, bastante equilibrada, puede aplicarse por igual a los sistemas bajo el *common law* y a los sistemas occidentales bajo el *civil law*.

“Generalmente, – observa Calabresi – los sistemas jurídicos emplean aproximaciones colectivas e individualistas mixtas. También puede apreciarse que la combinación más simple es aquella que se vale de ambas, en sus versiones puras, con alguna limitación, según la finalidad. Algunos actos son prohibidos o exigidos (por ejemplo, los menores no pueden conducir vehículos automotores, ni se puede conducir sin luces en la oscuridad) y ni un acuerdo negocial ni un resarcimiento de daños pueden ser modificados. Otros actos son permitidos sin que medie una sanción (como la expropiación), pero sólo si son precedidos por un comportamiento negocial, o si son ratificados por un comportamiento negocial después de que se han producido.

A pesar de todo, esta simple combinación no es suficiente. Muy a menudo no basta, ni siquiera una aproximación purista. El ala individualista es rechazada por cualquiera de las siguientes razones:

- a) El comportamiento contractual es demasiado costoso como para ser requerido antes de cada acción.
- b) La Sociedad no tiene confianza en el hecho de que las partes se encuentren en condiciones de ponerse de acuerdo, pues persiguen sus propios intereses.

La aproximación colectivista – prosigue Calabresi – es también descartada por dos razones:

- a) Es demasiado costoso tomar decisiones colectivas y transformar en jurídicamente relevante todo control sobre cualquier comportamiento.
- b) La Sociedad no está suficientemente segura sobre que tan deseable es el comportamiento que se quiere exigir o prohibir.

Cuando una razón para refutar los controles del mercado puro se une con una razón para rechazar los

²⁷ Recientemente, ver CALABRESI, G.: “La responsabilità civile come diritto della società mista”. En: *Politica del Diritto*, 1978. p. 665 y ss., traducción italiana de Guido Alpa.

controles colectivistas, se puede encontrar la aproximación de la responsabilidad civil bajo una de las distintas formas existentes.

El mismo Calabresi advierte que la ideología en la que se sostiene el uso de las reglas de responsabilidad es una ideología mixta.

La parte que tiene el derecho de ser eximida de los daños no es resarcida hasta el punto o en el modo en que le habría sido posible optar. No ha cedido el propio derecho por un precio satisfactorio. Tampoco ha sido privada y se le ha ofrecido un resarcimiento, que puede ser mayor o menor del monto que ella habría negociado, pero es decidido colectivamente, de todos modos. Las decisiones sobre que tan deseable es desarrollar actividades riesgosas, por el contrario, no son tomadas colectivamente. La decisión es dejada en manos de individuos que, presumiblemente, están influenciados por la proyección del resarcimiento que se verían obligados a pagar o que les tocaría asumir siempre que tuviera lugar un daño.

Además de ser ideológicamente mixtas, las reglas de responsabilidad civil son también absolutamente prácticas. Ellas permiten realizar acciones cuando no es posible recurrir a un comportamiento negocial antes de que el daño se produzca. El resarcimiento del daño, una vez que éste se ha verificado, se sustituye a los acuerdos imposibles.

Las mismas reglas permiten ejercitar un control que no se podría administrar colectivamente sino a un precio muy alto. Teniendo en cuenta la variación del monto del resarcimiento que puede ser liquidado en los distintos supuestos, los sujetos que efectúan decisiones colectivas pueden ir mucho más allá en el camino que conduce a la relevancia jurídica de sus decisiones sin estar sometidos a controles exhaustivos que no serían ventajosos (...).

El ilícito, o las reglas de responsabilidad, son corrientemente utilizados en muchas áreas bajo formas que reflejan el escepticismo ideológico predominante. Y se puede vislumbrar un escepticismo frente al colectivismo puro – aun cuando las valoraciones colectivas sean posibles – en todas aquellas áreas en las que prevalecen los parámetros de la culpa. En estas áreas la atribución inicial del derecho (es decir, el derecho de actuar sin soportar la carga de los daños que se provocan) está negada por el hecho de que el sujeto en culpa haya actuado de un modo que la colectividad juzga como no deseable – o sea, ilícito. Ello no obstante, no se prohíbe el acto no deseable, y la sanción penal, aun cuando es aplicada, no se consi-

dera suficiente para controlarlo. Lo que se confiere es, más bien, una oportunidad al agente – de hecho – de secundar las decisiones colectivas y de evaluar si una actuación culposa, o la oportunidad de realizarla, valen lo mismo que la suma del resarcimiento – colectivamente determinada – que tendría que pagar. En otras palabras, la decisión colectiva está sujeta a un distinto reexamen, individual o de mercado, que es llevado a cabo por el sujeto en culpa.

Este escepticismo frente a los juicios de la colectividad adquiere su forma más dramática cuando se admite que es posible establecer un seguro por los daños provocados mediante una conducta culposa. Después de todo, el aseguramiento es esencialmente un acto negocial que permite al asegurado la adquisición del derecho de correr el riesgo de dañar a aquellos que tenían el derecho de mantenerse exentos de todo riesgo. El contraste con las sanciones penales que irrogaría una sociedad “puramente” colectivista es obvio y a la vez dramático”.

5. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: ¿UN PRODUCTO DEFECTUOSO?

Desde sus primeras apariciones, el análisis económico del derecho (como tendencia de origen norteamericano, a estos efectos) ha generado consensos incondicionales, críticas a baja voz y a veces críticas agudas.

Se han distinguido categorías entre los juristas: la de los juristas totalmente al margen de cualquier argumentación de carácter económico; la de los juristas “economistas”, en cuanto provistos de una notable preparación en el sector económico; y la de los juristas de “medio nivel”, interesados en la interpretación económica, pero concientes de la delicadeza del sistema exegético. Se ha subrayado, además, la valía de una formación del jurista atento a la educación económica e igualmente los defectos de una economía normativa demasiado exagerada.

Al final, es amplio el espacio que se ha dado a estas críticas. Algunas son obvias, otras incisivas. Empero, no se puede prescindir de las mismas, si se quiere apreciar el método en toda su amplitud. El hecho de que, hoy por hoy, el sistema económico se encuentre sometido a un análisis no neutral por parte de los economistas constituye un postulado que ha persuadido a muchos. Y es en tal sentido que se desmiente tanto la posición inicialmente expuesta por Robert Dorfman, cuanto la más articulada de James M. Buchanan y aquella otra, menos discretamente orientada, de Richard Posner.

En la introducción misma a su antología sobre el análisis económico de la propiedad, Bruce Ackerman ha remarcado que la neutralidad en la valoración defendida por los economistas ortodoxos no puede traspasar los umbrales de un aula de juristas o de aprendices de juristas, en la que todos son conscientes del hecho de que la denominada neutralidad es bastante más vulnerable de lo que podría aparentar, en un primer análisis.

Nadie debería ilusionarse – advierte el mismo Ackerman – en que la noción de eficiencia “sea lo suficientemente amplia como para proveer la vara mágica para los juicios de política del derecho”. Bajo las vestiduras inocuas de la “eficiencia económica” se ocultan escalas de valores bastante precisas y predefinidas que son empleadas con desenvoltura por los economistas, y que los juristas tienen que someter a un análisis crítico.

Afirmar que el mercado también está gobernado por principios políticos y morales es una consideración igual de obvia, pero que ha sido documentada con exactitud en recientes contribuciones de filósofos como Ronald Dworkin o Arthur A. Leff.

El hecho de que la economía normativa, entendida en el sentido “puro” defendido por Posner, despierte muchas perplejidades es, asimismo, obvio: la decisión individualista paga solamente a corto plazo, y de continuo se traduce en una decisión egoísta, que no tiene en cuenta exigencias sociales irrenunciables. El mismo Calabresi –que parte, de todas formas, de principios no muy distantes– estaría convencido de ello dado que indica como criterio para las decisiones trágicas una solución de mercado corregida por la intervención del Estado.

¿Estamos, pues, ante la presencia de un “producto defectuoso” como quiere A. Mitchell Polinsky? Si el calificativo concierne al método, la respuesta es negativa, ciertamente. En cambio, si estuviera referido a los

resultados o a los valores de los que se parte, la respuesta puede variar, según las distintas opiniones y la formación del intérprete. La óptica interpretativa “pan-economista” puede parecer, sin duda, desviante. Empero, para retomar otra sugerencia de Ackerman, la perspectiva económica, cuando es empleada con inteligencia, puede suministrar un fundamento útil para entender el papel de las teorías jurídicas en la definición del poder en las sociedades occidentales.

“El derecho y la economía son dos ramas tan distintas que los juristas y los economistas están forzados a intercambiar dificultades, llegado el momento de comprender sus mutuos acercamientos a cada una de sus materias. El problema no consiste solamente en el hecho de que no han profundizado todavía sus respectivas disciplinas. El hecho es que, desde un comienzo, los problemas se plantean de una forma bastante diversa y con la mira puesta en objetivos diferentes (...). Al tomar (sus) decisiones, el jurista debe tener en cuenta muchas consideraciones, y debe aplicar, en particular, modelos éticos y de justicia, debe valorar los deberes recíprocos que la ley regula. Los economistas no tienen nada que ver con la toma de decisiones (...). Su deber consiste en describir cómo opera el mundo y acaso en describirlo con una maestría y profundidad tales que se haga posible deducir en qué forma operaría el mundo si las condiciones cambiaran en cierta medida (...). La economía no dispone de una escala de valores. Por dicha razón, el economista debe detenerse en el punto donde puede prever, con argumentos débiles o contundentes, las consecuencias que podrían derivarse de la adopción de medidas o de políticas alternativas. El político, el moralista, el periodista o el jurista están premunidos de la escala de valores que se necesita y, es así, que pueden tomar o recomendar una decisión”.

Ésta – según entiende Dorfman – debería ser la premisa (condivisible por cierto) y, en modo alguno, la conclusión de un discurso sobre el análisis económico del derecho aún por fundar.