

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CIVIL EN ITALIA UN INVENTARIO HISTÓRICO-BIBLIOGRÁFICO MÍNIMO*

Leysser L. León**

1. PRELIMINARES

Con la publicación de *Il mercato delle regole: Analisi economica del diritto civile* (Il Mulino, Bolonia, 1999), versión italiana reciente de la obra de Robert Cooter y Thomas Ulen, *Law and Economics* (2a. ed., Addison-Wesley, Massachusetts, 1997) ha vuelto a evidenciarse la cercanía de un importante sector de la doctrina jurídica de esta parte de Europa con el *economic analysis of law* (EAL).

Distintamente de cuanto ha ocurrido con la edición en castellano de la misma obra (“Derecho y Economía”, Fondo de Cultura Económica, México, 1998), Roberto Pardolesi, Pier Giuseppe Monateri y Ugo Mattei – encargados de la italiana – no han limitado su labor a la traducción. *Il mercato delle regole* es un producto singular: una adaptación del estudio de Cooter y Ulen al ordenamiento jurídico italiano, que merece una mención especial.

Si existe un factor que puede conducir a desconfiar de la práctica del EAL en un ambiente ligado a la tradición jurídica del derecho civil – como el Perú, por ejemplo – este es, probablemente, la suma de diversidades que nos distancia de los lineamientos del *common law*. No sería infundado sospechar que en muchos pasajes de la traducción al castellano, el lector nacional confrontará un discurso exótico, vinculado con una realidad social, que en dependencia directa de su repertorio cultural personal le será más extraña o menos extraña.

Con conocimiento del enorme y fructífero desarrollo que el análisis económico del derecho ha conseguido en numerosos países de occidente, el autor describe la evolución y estado actual de esta disciplina en Italia, señalando los textos más importantes que se han escrito sobre el tema.

Luego de hacer mención de los principales trabajos generales, el presente artículo realiza una clasificación de la bibliografía italiana sobre análisis económico del derecho, en función del estudio que los textos realizan acerca de la propiedad, el derecho contractual y la responsabilidad extra contractual. Por último, se repasan las críticas al método, así como el desarrollo que este ha tenido en nuestro país.

* Más que una dedicatoria, quisiera que estas páginas sirvieran para amortizar, al menos parcialmente, la deuda que tengo con Alfredo Bullard por el curso de Análisis Económico del Derecho del que, al lado de entrañables amigos de la Católica, como Ely Rojas Valdez y José Juan Haro, tomé parte entre agosto y diciembre de 1995. Las magníficas lecciones de Alfredo, inmejorablemente complementadas con sus artículos, así como con las traducciones e investigaciones que ha promovido en todos estos años, han hecho que me sienta menos lego y extranjero durante mi soggiorno italiano.

** Abogado de 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).

La experiencia del lector italiano es previsiblemente distinta. Compulsará un texto en el que se analizan instituciones jurídicas que le son familiares, con un discurso que no abusa de los neologismos, y en el que abundan referencias bibliográficas conocidas. La relevante participación de los autores norteamericanos en el proyecto impone descartar de plano la idea de que *Il mercato delle regole* constituya un acto de infidelidad respecto de las ideas expuestas en la obra original; ideas que, bien vistas las cosas, son siempre las únicas a mantener intactas en una adaptación.

La publicación que se comenta constituye, como es lícito sostener en la actualidad, una nueva manifestación de un intercambio cultural afortunado. Se debe destacar, sin embargo, que esta vecindad metodológica que hoy parecería haberse asentado, no ha carecido de brotes originales. La historia del EAL en Italia se remonta, en realidad, al período en el que se origina el método mismo, dada la contemporaneidad, y mutua autonomía, del ensayo que señaló – como acostumbra a repetirse – el nacimiento del “nuevo” EAL en Estados Unidos: *“The Problem of Social Cost”* de Ronald Coase (en *Journal of Law and Economics*, vol. 3, Chicago, 1960, p. 1 y ss., pero con fecha de impresión de 1962), y su par en tierras itálicas: *Rischio e responsabilità oggettiva* (Giuffrè, Milán, 1961), del entonces profesor de la Universidad de Urbino, Pietro Trimarchi.

Aunque sin certeza, podría ampliarse tal datación, respecto de los antecedentes italianos del EAL, hasta finales del siglo XIX y principios del siglo XX, etapa de difusión de los trabajos de un jurista originario de Trieste y catedrático de la Universidad de Bolonia: Giacomo Venezian (1861-1915).

Unánimemente reconocido como una figura sobresaliente de la historia del derecho italiano – contemporáneo de otros autores ilustres como Emmanuele Gianturco (1857-1907), Carlo Francesco Gabba (1838-1920) y Vittorio Scialoja (1856-1933) – Venezian contribuyó decisivamente con su legado científico a la renovación de la metodología de la investigación jurídica en su país en el momento clave del surgimiento de una doctrina remozada, apegada al método sistemático alemán y enmancipada de las directrices de la Escuela de la exégesis francesa.

Con poco más de veinte años, y todavía estudiante universitario, Venezian elaboró un estudio sobre la responsabilidad extracontractual titulado *“Danno e risarcimento fuori dei contratti”*. Y aquí se hace necesario tener presente el arraigo de la rígida regla *pas de responsabilité sans faute* (“no existe responsabilidad, si no existe culpa”), que la jurisprudencia y la doctrina italianas habían heredado de sus correspondientes francesas, para valorar en toda su dimensión aquella obra, inacabada, sólo parcialmente publicada y de fecha imprecisa (entre 1884 y 1886), en la que el joven jurista delineó un fundamento objetivo para el entero sistema del derecho de daños.

“El derecho y la contravención (*torto*) – expuso – son una realidad objetiva social. La modificación de la esfera jurídica de los demás no depende de la voluntad del sujeto, no depende del individuo. No es a la voluntad de la persona, por lo tanto, a la que se debe hacer referencia para determinar su responsabilidad. (...) Siempre que exista la contravención existirá la responsabilidad”¹.

Apoyándose especialmente en sus lecturas germánicas, Venezian concibió un sistema de responsabilidad por pura causalidad, es decir, un sistema en el que el damnificado sólo tenía que probar la realización del daño y el nexo causal entre el detrimento sufrido y el obrar del autor del hecho dañoso para ser merecedor de un resarcimiento.

Esta teoría restaba importancia a la culpa del autor, a los grados de culpa y a la voluntad del agente, en general. Hacia 1897, un novel estudioso que alcanzaría la fama, Lodovico Barassi (1873-1961), todavía ligado a la tradición exegética (y defensor, por consiguiente, de la índole subjetiva de la responsabilidad civil), la rebatió, juzgándola como una reacción “salvaje” y “brutal” del Estado contra el dañador².

Manteniendo su perspectiva de civilista, en cuyo dominio se había formado de modo ejemplar, Venezian destacó la lógica de algunas sentencias notables de las cortes de los Estados Unidos, plenas de esa practicidad que prefiguró el realismo jurídico norteamericano, movimiento que, como es conocido, condicionó a su vez el escenario de aparición del

¹ VENEZIAN G. *“Danno e risarcimento fuori dei contratti”*. En ID.: *Opere giuridiche, vol. I: Studi sulle obbligazioni*. Roma, Athenaeum, 1919, p. 42-43.

² BARASSI L. *“Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecial modo a mezzo di animali”*. Parte III. En: *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, vol. XXIV, Turín, 1897, p. 384.

Con carácter ilustrativo, y sobre el valor que actualmente se puede reconocer a la tesis de VENEZIAN, contrapuesta a la de BARASSI, ver CASTRONOVO C. *“Responsabilità oggettiva II”*. En: *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 3 (del extracto).

EAL³. Ironizó en algunos momentos. Anotó – como he recordado en otro trabajo – que “solamente en Estados Unidos” podía existir un caso de homicidio-suicidio, como aquél de la mujer que apostó a dos de sus amigos que era capaz de beber tres pintas de whisky, una a continuación de la otra, y murió en el intento. El viudo demandó, y obtuvo, al final, una indemnización que recayó en los sujetos que habían inducido a su mujer a realizar el ridículo despropósito⁴.

Venezian anticipó, por otra parte, que las reglas de la responsabilidad civil de los profesionales debían estructurarse de forma tal, que no desalentaran las actividades de los mismos. “El cirujano – escribió – tendría que abstenerse de esas operaciones valerosas que a menudo dan remedio a casos gravísimos, porque tendría temor a que un elemento inadvertido del estado del enfermo impida o altere negativamente el resultado. ¡Cuántas veces – a juicio de sus colegas – sólo el éxito es capaz de justificar una intervención semejante! El abogado que piensa sacar provecho de una interpretación incierta en el procedimiento, debería condenarse a la inacción, por el temor de no prosperar; y el ingeniero, en lugar de exponerse a que una cantidad que juzga necesaria resulte insuficiente, se excedería en gastos superfluos”⁵.

Para neutralizar tales anomalías, y sin modificar su tesis objetiva, Venezian justificó la aplicación de un sistema benévolo en los casos de daños imputables a los profesionales, pero sustentado en las características de cada actividad en particular. La naturaleza misma de estas prestaciones era, precisamente, la que impedía garantizar a los clientes la obtención de un resultado concreto, como la curación o el triunfo en el proceso por ejemplo.

Descreyó igualmente de la caprichosa interpretación de los factores subjetivos de atribución de responsabi-

lidad civil, que se había planteado en los tribunales de Francia ante hipótesis de daños causados por profesionales. Según el antojadizo juicio, el profesional respondía solamente cuando se llegaba a comprobar la intención deliberada de causar daño al cliente: en otras palabras, cuando se acreditaba el dolo.

Estas consideraciones de Venezian demuestran cabalmente, que llegó a vislumbrar el valor de las decisiones judiciales como desincentivadoras o estimuladoras de conductas; que, en lo atinente a las reglas de la responsabilidad civil de los profesionales, era menester, por lo tanto, proponer una solución no discordante con la conservación de la salud y la obtención de la justicia, que son favorecidas por la existencia de médicos y – ¡quién lo creyera! – de abogados temerarios.

Como es sabido, la antedicha forma de razonar, que envuelve un análisis de los costes y beneficios sociales de las sentencias, pero no de las leyes, es característica de la interpretación económica del derecho.

En ningún caso – señalan Schäfer y Ott – el juez puede tener en cuenta únicamente las exigencias e intereses de las partes. Ante una disputa que aparentemente tenga carácter privado tiene que resolver además, de una forma que sea beneficiosa para los intereses de la comunidad en su conjunto⁶.

Concordantemente, pero en el ámbito de la creación normativa, Paz Ares explica: “Siendo el objetivo posterior del derecho la promoción de la eficiencia, sus normas deben estar proyectadas a tal fin, y a tal fin deberá dirigirse también su interpretación y aplicación, de suerte que su función podría sintetizarse en una doble tarea: de un lado, facilitar aquellos intercambios (*latu sensu*) que conduzcan a la producción máxima de valor conjunto; de otro, ejercer la disuasión

³ “De los realistas, el análisis económico ha heredado, con toda seguridad, la disposición al diálogo con otras disciplinas; de los formalistas (y de los economistas), ha heredado la devoción por el modelo teórico general, explicativo de la realidad compleja” – apunta Ugo MATTEI en *Common Law: “Il diritto anglo-americano”*. Turín, UTET, 1992, p. 286.

Sobre el punto, v. F. MENGARONI: voz, “Analisi economica del diritto” en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, cit., vol. II, p. 1 (del extracto) y P. L. CHIASSONI: “L’analisi economica del diritto negli Stati Uniti: Formalismo o realismo?”, en «*Quadrimestre*», 1991, núm. 2, Milán, pp. 477 y ss. Este último autor demuestra, con lujo de detalles, cómo la vertiente “tecnológica” del realismo jurídico norteamericano sería la más verosímilmente ligada con el EAL.

⁴ VENEZIAN G. Op. cit. p. 322.

⁵ VENEZIAN G. Op. cit. p. 117.

En el trabajo no escasean este tipo de opiniones. Limitaré a esta nota la conformidad que el autor (*ibid.*, p. 308-309) expresa respecto de un caso de la jurisprudencia francesa en el que se alude a la incidencia de los costes de información en la determinación de una responsabilidad: “Un individuo había dado en matrimonio a su hija adulterina, ocultando esta condición al marido. Luego de la boda, la mácula sale a la luz y el afectado demanda al suegro, pretendiendo un resarcimiento por el daño moral. Su demanda fue, justificadamente, rechazada, porque era evidente que no se había informado de la situación de su futura esposa, ni de la familia de proveniencia de ésta; tenía que reprocharse a sí mismo haber contraído, a ojos cerrados, un ligamen perenne”.

En este supuesto, quien estuvo en una mejor posición para prevenir el riesgo del daño moral que suscita la demanda, el *best risk avoider* – como se diría – era, evidentemente, el novio.

⁶ SCHÄFER H. B. y OTT C. “*Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*”. Traducción al castellano de Macarena von Carstenn-Lichterfelde. Madrid, Tecnos, 1991. p. 32.

(*deterrence*) respecto de aquellos otros que no sean congruentes con semejante objetivo. En una palabra, la función nuclear del derecho, desde un punto de vista económico, sería la de modificar incentivos⁷.

Las ideas citadas resumen bien la esencia del denominado enfoque “funcional” de las instituciones jurídicas.

De la suma de coincidencias que Pier Luigi Chiassoni ha detectado entre el ala “tecnológica” del realismo jurídico norteamericano y el EAL, es fundamental destacar este enfoque tan particular, que se concreta en la consideración del material jurídico de una determinada comunidad como un medio para la realización de fines socialmente relevantes.

“El derecho positivo de una comunidad política – anota Chiassoni – es un conjunto de reglas predisuestas por los hombres para realizar fines mutables y para satisfacer necesidades en mayor o menor medida contingentes”. Cabe sostener entonces, que lo correcto no es estudiar las normas e instituciones jurídicas en sí y por sí mismas, sino en cuanto instrumentos para la satisfacción de intereses sociales o intereses de grupo. De acuerdo con esto, pero en relación con las decisiones judiciales, los juristas no tienen por qué “limitarse a destacar lo que ellas dicen, dejándose confundir por la retórica de los jueces, deben hurgar detrás de las sentencias y resaltar sus presupuestos y resultados prácticos⁸”.

Otra característica común del realismo y el EAL es que ambos constituyen reacciones críticas contra los males del conceptualismo jurídico o *mechanical jurisprudence* (como fue conocido en Norteamérica). Esta denominación hace referencia a un esquema de razonamiento circular, que se manifiesta sobre todo en la interpretación de las normas a cargo de los jueces o alentada por los juristas, y que se singulariza por su confianza en la suficiencia de los conceptos jurídicos para explicarse por sí mismos y para resolver los problemas del derecho consecuentemente, enaltece el empleo de la abstracción.

Contra este ejercicio intelectual – improductivo desde todo punto de vista – se pronunciaba, más de cien años atrás, Rudolf von Jhering (1818-1892).

Hacia 1884, en pleno auge de la “Jurisprudencia de los conceptos” (*Begriffjurisprudenz*) – de la que eran

tributarias las célebres “Pandectas” (*Lehrbuch des Pandektenrecht*) de Bernhard Windscheid (1817-1892)–, se publicó “*Scherz und Ernst im Jurisprudenz*”, es decir, “Lo gracioso y lo serio de la Jurisprudencia”. En esta obra, donde Jhering vapuleó el método imperante, brilla con luz propia el relato “*Im Juristischen Begriffshimmel*” (“En el cielo de los conceptos jurídicos”), la fantasía de un paraíso para los juristas conceptualistas, en el que éstos cohabitan eternamente con las abstracciones a las que han rendido culto toda su vida.

Asombra que el pensamiento de Jhering haya sido fuente de inspiración de revoluciones metodológicas en sistemas jurídicos tan disímiles como los de Alemania y Estados Unidos. En efecto, en el primero hizo su aparición la influyente “Jurisprudencia de intereses” (*Interessenjurisprudenz*), apuntalada por Philipp Heck (1858-1943) y Max Rümelin (1861-1931), profesores de la Universidad de Tübinga. En el segundo, la evolución acontecida ha quedado suficientemente acreditada en los escritos de Roscoe Pound (1870-1964) y Felix S. Cohen (1907-1953), entre otros.

También Herbert L. A. Hart (1907-1992), el eminente jusfilósofo inglés, catedrático de Oxford, demostró interés hacia la obra, a la que dedicó el ensayo “*Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence*” (1970) y algunas referencias incluidas en su obra capital: “*The Concept of Law*” (cuya 2a. edición, póstuma, es de 1994).

Recuerdo que en un congreso sobre el derecho de daños en la economía de mercado, celebrado en Lima, un conferenciante argentino creyó encontrar en unas cuantas líneas de “*The Wealth of Nations*” un argumento para negar – categóricamente, además – el puesto que le corresponde a Adam Smith como gestor del liberalismo económico.

¡Cuán fácil es, con el deleznable soporte de una lectura fragmentaria, hacer expresar a un autor cosas que jamás ha pensado! Yo mismo no he podido evitar caer en esa tentación, que, valgan verdades, es muy grande. Cuando tesista, valoré como una explicación ontológica de la responsabilidad civil un párrafo de las “Mil y una Noches” (“Cúmplase el pacto pues hay responsabilidad en él”), antojadizamente aislado, y sin la menor consideración a las ambigüedades que comporta, de suyo, una traducción del árabe.

⁷ PAZ ARES C. “La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del Derecho)”. En: Anuario de Derecho Civil, vol. XXXIV, fasc. III. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1981. p. 626.

⁸ CHIASSONI P.L. Op. cit. p. 499.

Una crítica de ese tenor, por proponer una interpretación fuera del contexto del pensamiento de Venezian, podría serme dirigida, siempre que yo pretendiera que se le reconociera, infructuosamente y sin ningún sentido, como fundador del EAL.

Más razonablemente, y en vista de que sólo me he propuesto describir la evolución y el panorama actual de los estudios de análisis económico del Derecho Civil en Italia, advierto que mi referencia a la obra del jurista triestino, extinto trágicamente en el altiplano del Carso en uno de los episodios de la Primera Guerra Mundial, no tiene ningún propósito de reivindicar la paternidad italiana del método.

Una cuestión tan inútil, por lo demás, no ha interesado jamás a los exponentes del EAL, sin distinción de nacionalidades. Mal haría yo si conjeturase, sin ninguna base, que se ha suscitado una polémica al respecto.

No creo que pueda hablarse – y lo señalo desde el comienzo – un EAL “a la italiana”. No hay, en modo alguno, una “escuela” italiana del EAL. Existen, eso sí, sin apelar a etiquetas que no vienen al caso, juristas italianos que practican el EAL, y a un gran nivel.

2. EXPOSICIONES GENERALES SOBRE EL MÉTODO

Una de las razones del impacto del EAL, a la que no ha sido ajena la doctrina italiana, es su capacidad para hacer notar aspectos esenciales de las cuestiones jurídicas con miras a su solución eficiente.

La eficiencia es un concepto que ha trascendido el lenguaje económico hasta llegar a admitir una interpretación social. El problema es que, en cualquiera de estos casos, la solución jurídica que se inspira en la búsqueda de la eficiencia (ya económica, ya social) podría ser distinta, o no coincidir con lo que colectivamente se valora como justo.

La perspectiva económica tiene un alcance mayor a aquella que es tradicional de los sistemas de influencia romanística – destacan Cooter, Ulen y sus adaptadores italianos –, porque llega a ver “las consecuen-

cias de las reglas admitidas y efectúa selecciones sobre la base de cuánto son deseables tales consecuencias. Las decisiones del juez y del abogado no son negadas: son admitidas, explícitamente, pero a la vez encaminadas, según criterios de eficiencia. El lenguaje pasa a ser mucho menos importante: las reglas no tienen una justificación hermenéutica, las palabras son solamente un modo de representarlas, y aquéllas pueden ser verbalizadas de múltiples maneras”⁹.

Esos aspectos encubiertos de los problemas del derecho (que algunas veces son, por el contrario, muy fáciles de percibir) suelen descuidarse cuando se recurre de modo exclusivo, y sin intermediar una ponderación, a esquemas de interpretación tradicionales, como el antes referido conceptualismo. En tal sentido, el EAL ha despertado atención, precisamente por su practicidad – para nada inoportuna – en la consideración de cuestiones concretas.

“Al proponer innovaciones legislativas o interpretativas – dice Pietro Trimarchi – el que es puro jurista descuida reacciones de los miembros de la sociedad que están en condición de volver vanas sus propuestas, y que pueden conducir, en ocasiones, a consecuencias opuestas a las deseadas. Distintamente, el economista está más atento a los efectos posibles de las innovaciones jurídicas: el análisis económico es capaz de demostrar, por ejemplo, que las leyes limitativas de la autonomía privada en materia de alquileres para fines de habitación, dictadas con un espíritu de socialidad, pueden dar lugar a efectos no sólo ineficientes, sino socialmente inicuos, inclusive, o, para dar otro ejemplo, que la obligación de portar cinturones de seguridad en la circulación automovilística puede suscitar un aumento de los daños a terceros”¹⁰.

En 1975 se traduce al italiano “*The Cost of Accidents*” (Yale University Press, New Haven-Londres, 1970). La obra, como se sabe, pertenece a Guido Calabresi, profesor de la Universidad de Yale, y actual juez federal de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos (Segundo Circuito) de Nueva York.

El impacto de “*The Cost of Accidents*” en Italia fue claro desde su primera, y temprana, recensión en

⁹ COOTER R., MATTEI U., MONATERI P. G., PARDOLESI R. y ULEN T. “Introduzione al mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile”. Bolonia, Il Mulino, 1999. p. 14-15.

¹⁰ TRIMARCHI P. “L’analisi economica del diritto: Tendenze e prospettive”. Ponencia presentada al XVI Congreso Nacional de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política celebrado en Padua del 21 al 23 de mayo de 1987. Reproducida en «*Quadrimestre*», 1987, núm. 3. Milán, p. 581-582.

El autor se refiere a la ley italiana de arrendamientos con fines de habitación, de finales de los Setenta, que estableció plazos mínimos de duración de estos contratos, derechos de tácita reconducción y topes máximos para los montos de los alquileres. Ha sido materia de varias modificaciones y está en camino de derogación. Por sus funestos resultados esta norma es equiparable a nuestra tristemente célebre Ley del Inquilinato.

1971. Pietro Trimarchi, autor de esta última, destacó y justificó el empleo, por parte de Calabresi, de las técnicas de análisis de la llamada “Economía del bienestar”, en la evaluación del sistema de reglas jurídicas aplicables en un sector del Derecho Civil como la prevención de los accidentes, que es una de las funciones del sistema de responsabilidad extracontractual. “Impacta – se lee en una parte de la recensión – la forma en la que se desarrolla el análisis, hasta las últimas consecuencias, siempre con un tono que adquiere, por doquiera, el sabor de un refinado juego intelectual. Hay que añadir de inmediato, que ello no perjudica el equilibrio de la obra, asegurado por un sentido sólido de la realidad”¹¹.

El texto despertó también el interés de Stefano Rodotà, autor de un libro antológico sobre la responsabilidad civil (“*Il problema de la responsabilità civile*”. Milán, Giuffrè, 1964). Redactó una presentación para la edición italiana de “*The Cost of Accidents*”, pródiga en halagos. Juzgó que se trataba de un hermoso libro, y dejó escrito, como advertencia para los lectores: “Estamos ante una de las más significativas contribuciones metodológicas que se haya producido en el campo de los estudios jurídicos en los últimos años; un trabajo inusual, ejecutado rigurosamente, según los criterios de la investigación interdisciplinaria”¹².

Calabresi, nacido en Milán en 1932 y emigrado a Estados Unidos en la etapa de las leyes fascistas anti raciales (1939), escribió un prefacio para la traducción. Fue una suerte de discurso general sobre el método, en el que señaló como tarea de la doctrina jurídica el análisis crítico de las normas positivas, encaminado a justificar el derecho existente u orientar su reforma, si del análisis resultaba que técnicas legales diferentes podrían ser útiles para realizar las funciones socialmente deseadas, de una mejor mane-

ra. Autocalificó su libro de “realmente interdisciplinario”, porque no sólo se había valido de instrumentos económicos para potencializar la investigación jurídica, sino que al mismo tiempo había tenido que modificar y enriquecer dichos instrumentos para adaptarlos al carácter de su estudio¹³. Reconoció por lo demás la autonomía y el enorme valor de los estudios de Trimarchi en el campo de la responsabilidad civil.

El contacto de Calabresi con la doctrina italiana tomó un nuevo aire a comienzos de los años ochenta, cuando se le solicitó escribir el prefacio de una obra sin precedentes: una selección de trabajos sobre el EAL, fundamentalmente norteamericanos, realizada por Stefano Rodotà, Guido Alpa, Francesco Pulletini y Franco Romani.

Los compiladores italianos, juristas y economistas, tradujeron y discriminaron con notable criterio. El resultado fue un volumen de más de 600 páginas titulado “*Interpretazione giuridica e analisi economica*”, que se publicó en 1982¹⁴.

En esta ocasión, Calabresi sintetizó la evolución del método en los Estados Unidos, y aprovechó la oportunidad, con la excusa de realizar un balance sobre el mismo, para rebatir los postulados de la llamada Escuela de Chicago del EAL, que, teniendo como cabeza visible a Richard A. Posner, se había expandido en el ínterin¹⁵.

Calabresi ha mantenido una remarcable cercanía con el medio italiano, en el que goza de una gran simpatía. Sospecho, que para ello ha tenido mucho que ver su ajenidad a los excesos de continuo reprochados al juez Posner y sus seguidores; en especial, al privilegio del objetivo de la eficiencia y a la exaltación del mercado que éstos promueven.

¹¹ TRIMARCHI P. “*Economia e diritto nel sistema della responsabilità civile*”. En: *Politica del Diritto*, año II, núm. 3. Bolonia, 1971, p. 356. Igual interés reviste la recensión de Antonio GAMBARO: “Costo degli incidenti e responsabilità civile”. En: *Responsabilità Civile e Previdenza*, vol. XL. Milán, 1975, p. 375 y ss.

¹² RODOTÀ S. “*Presentazione a G. CALABRESI: The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*”. Traducción al italiano de Anna de Vita. Vincenzo Varano y Vincenzo Vigoritti. Milán, Giuffrè, 1975. p. vii. El profesor Rodotà es autor, además, de diversos estudios – de evidente carácter funcionalístico – sobre el derecho de propiedad (v. infra. §. 3 y nota 21). Entre nosotros, es recordado por su ponencia en el Congreso que conmemoró los 75 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, en septiembre de 1994: “*La dimensione patrimoniale del corpo umano*”, ahora en A. BULLARD y G. FERNÁNDEZ CRUZ (eds.): *Derecho civil patrimonial*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997. Actualmente es “Garante” para la protección de las informaciones personales (Privacy) en Italia.

¹³ CALABRESI G. “*Prefazione a The Cost of Accidents*”. Traducción al italiano al italiano. Op.cit. p. 8.

¹⁴ ALPA G., PULITINI F., RODOTÀ S. y ROMANI F. “*Interpretazione giuridica e analisi economica*”. Milán, Giuffrè, 1982. 662 p. Manteniendo algunas traducciones y ensayos de la edición original, e incorporando otros nuevos, se ha publicado “*Analisi economica del diritto privato*”, al cuidado de Guido Alpa, Pier Luigi Chiassoni, Andrea Pericu, Francesco Pulletini, Stefano Rodotà y Franco Romani. Milán, Giuffrè, 1998. 556 p.

¹⁵ Véase: CALABRESI G. “*Prefazione a Interpretazione giuridica e analisi economica*”. Op.cit. p. ix y ss.

Calabresi amplió estas ideas en el ensayo “*First Party, Third Party and Liability Product Systems: Can Economic Analysis Tell Us Anything About Them*” (publicado, originalmente, en la «*Iowa Law Review*», vol.. 69, 1984), traducido al italiano por Roberto Pardolesi, bajo el sugestivo título de “*Costo degli incidenti, efficienza e distribuzione della ricchezza: Sui limiti dell'analisi economica*”, para la «*Rivista Critica di Diritto Privato*», año III, núm. 1, marzo de 1985, Bolonia, pp. 7 y ss.

No asombra que, en comparación con la obra de Posner, muchos de los ensayos de Calabresi se hayan difundido en Italia. Sus libros "*Tragic Choices*" (1978), escrita en colaboración con Philipp Bobbitt, e "*Ideals, Beliefs Attitudes and the Law*" (1985) también han dado lugar a ediciones italianas, al cuidado de Cosimo Marco Mazzoni y Vincenzo Varano ("*Scelte tragiche*". Milán, Giuffrè, 1986), y de Carlo Rodotà ("*Il dono del spirito maligno*". Milán, Giuffrè, 1996), respectivamente.

Calabresi es además, miembro del comité editorial de una de la más prestigiosas revistas jurídicas italianas: la *Rivista Critica di Diritto Privato*. Actualmente esta revista se imprime en Nápoles, y es dirigida por Stefano Rodotà. Siempre que ha sido requerido, ha participado en congresos y seminarios de distintas universidades de Italia, con ponencias invariablemente valiosas y originales.

El primer estudio general sobre el EAL traducido al italiano fue *An Introduction to Law and Economics* (1983) del profesor de la Universidad de Stanford, A. Mitchell Polinsky. La tarea fue confiada a Roberto Pardolesi, quien incluyó un extenso comentario crítico final que vale, asimismo, como un recuento sobre la dirección metodológica.

Luego de remarcar el carácter introductorio del libro, Pardolesi apunta resumidamente, que Polinsky no va más allá de lo que promete. Le reconoce el gran mérito de convencer a los juristas de las ventajas (y de la necesidad, en algunos casos) de pensar como si fueran economistas. Uno de sus dictámenes es el siguiente: "El EAL es un *powerful instrument* capaz de proyecciones vertiginosas, inclusive, pero está siempre ligado, para bien o para mal, con las premisas axiológicas de quien se vale del mismo"¹⁶.

Finalmente señalaré tres estudios de carácter general, que tienen en común el hecho de haber aparecido en enciclopedias de derecho.

El primero es de Guido Alpa: la voz "*Interpretazione economica del diritto*", incluida en el *Novissimo*

Digesto Italiano de la UTET de Turín (Apéndice IV, 1983), que he traducido al castellano para el presente número de THEMIS-Revista de Derecho. Didácticamente explica los orígenes históricos del EAL, individualizándolo como "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"¹⁷, y dedica la parte final al recuento de las primeras críticas dirigidas contra el método.

Por otro lado, la voz "*Analisi economica del diritto*" para la cuarta edición del *Digesto* (vol. I, 1987) fue escrita por Roberto Pardolesi. Otro tanto hizo Ferruccio Mengaroni para la *Enciclopedia Giuridica Treccani romana* (vol. II, 1988).

El estudio de Pardolesi es, a todas luces, más americanizado y "posneriano", como han considerado algunos. En alguna parte dice: el "EAL está a disposición de cualquiera que quiera servirse de él, porque requiere solamente una aproximación al problema jurídico con la mentalidad – y los instrumentos – del economista, ofreciendo, a cambio, un bagaje prometedor de oportunidades reconocitivas"¹⁸.

Más leal con la mayor parte de la doctrina italiana, y seguramente consigo mismo, me parece Mengaroni, que escribe como un jurista formado bajo los cánones del Civil Law, al que le toca confrontar una nueva herramienta de estudio que evalúa y juzga sin demostrar emotividad. Percibe por ejemplo, que "el uso del modelo microeconómico hace que la realidad tenga que conformarse al modelo y no el modelo a la realidad", que el EAL es preferible como una teoría en torno de un esquema que se asume y de las hipótesis que pueden derivarse de tal esquema, pero no como una teoría del ordenamiento jurídico y la experiencia jurídica. Declara con contundencia que el valor descriptivo del análisis es muy circunscrito en el aspecto lógico, motivo por el cual sería metodológicamente discutible¹⁹.

¹⁶ PARDOLESI R. "Postfazione a A. M. POLINSKY: *An Introduction to Law and Economics*" Traducción al italiano de ID. Bologna, Zanichelli, 1986. p. 124.

¹⁷ ALPA G. "Interpretazione economica del diritto ('Economic Analysis of Law')". En: *Novissimo Digesto Italiano*, Apéndice IV. Turín, UTET, 1983. p. 319.

¹⁸ PARDOLESI R. "Analisi economica del diritto" En: *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, vol. I. Turín, UTET, 1987. p. 312. Del mismo autor, v. "Luci ed ombre dell'analisi economica del diritto (Appunti in margine ad un libro recente)", en «*Rivista di Diritto Civile*», año XXVIII, parte segunda, Padua, 1982, p. 718 y ss. y "Un moderno minotauro: *Law and Economics*", en «*Sociologia del Diritto*», año XVII, núms. 1-2, Milán, 1990, pp. 225 y ss.

¹⁹ MENGARONI F. "Analisi economica del diritto". Op.cit. p. 8 (del extracto).

En sentido similar se pronuncia L. A. KORNHAUSER: "Economic Analysis of Law". En: *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, año XVI, núm. 1. Bologna, junio de 1986. p. 234-235.

La menuda y económica *Enciclopedia Garzanti del Diritto*, destinada al público en general y no sólo a los estudiantes, contiene la siguiente indicación, un ejemplar homenaje a la síntesis, con la que concluyo este punto:

“Análisis económico del derecho: Locución que en sus dos acepciones más comunes denota, alternativamente: a) Un movimiento de pensamiento, surgido entre los primeros años de los Cincuenta y Sesenta, por obra de juristas y economistas norteamericanos, y hasta ahora presente en dicho ámbito cultural; b) Un modo de enfocar temas tradicionalmente percibidos como jurídicos, que consiste en el empleo metódico de aparatos conceptuales económicos para cumplir o facilitar el cumplimiento de operaciones jurisprudenciales típicas: la individualización de la solución correcta de un caso o de una clase de casos, la exposición de la disciplina de una materia, la elaboración de conceptos que se pueden utilizar en la aplicación de las leyes o principios judiciales, la ‘explicitación’ de las normas ‘implícitas’ en el discurso legislativo o judicial, la crítica axiológica y técnica del derecho positivo, la formulación y valoración de propuestas de jure condendo, etc. El método es peculiar de los exponentes del análisis económico del derecho (a partir de Pietro Trimarchi y Guido Alpa)”²⁰.

3. LA PROPIEDAD

Existen pocas instituciones como el derecho de propiedad, cuando se quiere brindar una muestra de la aplicación del EAL. Si se tiene en cuenta que representó el primer sector reexaminado según los postulados del método que nos ocupa, y que constituye un concepto que, a través de la historia, ha sido enfocado desde los puntos de vista de las distintas ciencias sociales, parece quedar demostrado, que la propiedad es uno de los temas más sensibles al análisis interdisciplinario.

Se ha observado, que las investigaciones inspiradas en el EAL en este campo, se encaminan en tres direcciones: (i) la búsqueda del fundamento metapositivo del derecho de propiedad; (ii) la individualización de las asignaciones de derechos exclusivos (titularidades) sobre recursos, que pueden considerarse asignaciones eficientes y (iii) la identificación precisa de los supuestos en los que debe ser legítima la intervención

de un tercero (la autoridad pública inclusive) en el goce del bien ejercido por el propietario o la determinación, en todo caso, de los remedios que pueden asistir a este último frente a vicisitudes semejantes.²¹

Para acentuar el contraste, la misma fuente hace notar que en la tradición del Derecho Civil la noción de propiedad se emplea en cambio con el fin de identificar: (i) al sujeto que tiene el poder de transferir; (ii) al sujeto que tiene el poder de reivindicar; (iii) al sujeto que tiene el derecho de destruir la cosa sin incurrir en responsabilidad; (iv) al sujeto sobre el cual recae la pérdida, si el objeto que se posee se perdiera a raíz de un hecho accidental y (v) al sujeto cuyos acreedores pueden obtener en su favor, que el objeto sea expropiado o afectado por una asignación forzada de cualquier tipo.

Cuando Harold Demsetz apuraba la publicación de sus estudios de interpretación económica de la propiedad – esencialmente “*Toward a Theory of Property Rights*” (1967) – tenían ya algunos años de aparecidas en Italia las “*Note critiche in tema di proprietà*” (1960) de Stefano Rodotà.

De formación marxista, y asistente de docencia en la Universidad de Roma por aquellos años, Rodotà propuso en el fondo, una modificación del método conceptual que de antaño se empleaba para el estudio de la propiedad; el argumento de base es que dicho enfoque resultaba inútil para dar cuentas precisas sobre un derecho real caracterizado esencialmente por sus mutaciones temporales.

Tales variaciones eran notorias desde el momento en que el legislador italiano, al regular la institución, incluyó la alusión a cierta función social, como criterio y límite del ejercicio de la facultad de goce del titular del derecho. “La propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley, que determina sus modos de adquisición, de goce y sus límites, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos”, reza el segundo párrafo del artículo 42 de la Constitución de 1948.

En opinión de Rodotà, el contenido de dicha función social resultaba imposible de determinar con una perspectiva estática. La dinamicidad de la propiedad imponía pues, la aplicación de un análisis en condición de advertir esos cambios.

²⁰ Enciclopedia *Garzanti del Diritto*, 1a. ed. Milán, *Garzanti Editore*, 1993, p. 60.

La entrada está firmada por Pier Luigi Chiassoni.

²¹ GAMBARO A. “*L’analisi economica e la ricerca della logica proprietaria*” En: *Rivista Critica di Diritto Privato*, año XIV, núm. 2. Nápoles, junio de 1996. p. 235-236.

“El contenido económico del principio social – señala – se precisa en el sentido de que una simple destinación a la producción o el solo disfrute no bastan para considerar cumplida la condición impuesta por el texto constitucional. Lo que efectivamente se requiere es una coordinación de la actividad del sujeto privado, capaz de permitir la mejor utilización de los recursos a su disposición. En lo concerniente al momento colectivo, hay que decir que no se considera suficiente un resultado cualquiera que se pueda mostrar ventajoso para la colectividad (por ejemplo, un incremento productivo), sino solamente aquel que va de la mano con el establecimiento de relaciones sociales más equitativas”²².

Un ejemplo más claro de interpretación económica de la propiedad puede ser entrevisto en la propuesta de definiciones funcionales de la institución. En esta perspectiva, el economista Franco Romani ha escrito que, para considerar que existe el derecho de propiedad sobre un bien, el titular debe contar como mínimo con las siguientes facultades: (i) la de gozar del bien o de decidir cómo gozar del bien, que puede ser considerada como un derecho de exclusión del goce, en relación con los demás sujetos; y (ii) la de transferir o alienar libremente la propiedad del bien a cualquier otro sujeto, que el titular considere oportuno, facultad que incluye tanto la libertad de contratar con otros sujetos, como la libertad de escoger la forma en la que se realizarán los contratos respectivos²³.

Complementariamente, Andrea Pericu añade que, a través del derecho de propiedad, se efectúa una coordinación entre los individuos, mediante la asignación de poderes de control y de goce a los titulares. De esta forma, se hace posible valorizar y reconocer los juicios ideosincráticos de los diferentes sujetos respecto de bienes económicos, que a menudo satisfacen necesidades esenciales y marcadamente personales (la subsistencia y la seguridad por ejemplo). La regla de propiedad respondería igualmente a la exi-

gencia de desarrollo del sistema y permitiría una repartición distinta de los recursos, por la vía de la transferibilidad de los poderes sobre el bien a través de la contratación.

“Todo lo que se acaba de decir – concluye Pericu – demuestra las cualidades de eficiencia ínsitas en la regla de propiedad: el reconocimiento de la valoración ideosincrática, que es propia de la exclusividad, incentiva al titular a invertir la cantidad exacta de recursos personales en el bien; la transferibilidad, a su turno, permite que el bien sea destinado a su mejor utilización”²⁴.

El paso definitivo con el que se impone definitivamente el EAL, en el terreno de los estudios sobre las titularidades, se debe a Antonio Gambaro. El primer volumen de su obra capital: “*La proprietà*” (1990), es un digno homenaje al método. Y hay que destacar, asimismo, el hecho de que forme parte del singular tratado de derecho privado dirigido por los profesores Giovanni Iudica y Paolo Zatti, al que pertenecen títulos importantes de otros exponentes italianos del EAL, como “*I principi generali*” (1991) de Guido Alpa y “*La responsabilità civile*” (1998) de Cesare Salvi.

De los muchos pasajes felices del texto de Gambaro, extraigo este relato del que se vale para explicar la razón de ser la propiedad, y ciertamente para suscitar reflexión en el lector:

“En 1987, la municipalidad de Milán concibió, y puso en práctica, una iniciativa financiada con capitales privados, destinada a poner a disposición de todos los ciudadanos, dentro de la zona de los Navigli, un millar de bicicletas, pintadas de amarillo para la ocasión. El programa estipulaba que las bicicletas se colocarían en puntos específicos; que cada individuo podía tomar una y utilizarla para trasladarse en la indicada zona, con el cargo de reponerla, después, en otro de aquellos puntos. El número de bicicletas utilizadas era significativo, pero largamente inferior a las necesida-

²² RODOTÀ S. “*Note critiche in tema di proprietà*”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XIV. Milán, 1960, p. 1282-1283. Rodotà – como se ha mencionado en supra, nota (11) – es autor, asimismo, de la voz “*Proprietà*” del *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, 1967, UTET, Turín, pp. 125 y ss., y de diversos ensayos sobre esta institución, en su mayor parte compilados en *Il terribile diritto*, 2a. edición aumentada, *Il Mulino*, Bolonia, 1990, obra de la que existe traducción al castellano (Civitas, Madrid, 1986, pero sobre la base de la primera edición italiana que se remonta a 1981).

Entre estos estudios destaca “*Propiedad e industria: Variazioni intorno alla responsabilità civile*”, publicado originalmente en: *Politica del Diritto*, año IX, núm. 4. Bolonia, 1978, p. 413 y ss.

En el Perú no se ha ignorado la trascendencia del tema. Cabe recordar los dos trabajos fundamentales que se han escrito entre nosotros: “*La transformación del derecho de propiedad*” (1978) de Fernando de Trazegnies y “*Un mundo sin propiedad*” (1991) de Alfredo Bullard, ambos en la revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

²³ ROMANI F. “*L’analisi economica del diritto di proprietà*”. En: *Interpretazione giuridica e analisi economica al cuidado de Guido Alpa et al.* Op.cit. p. 206.

²⁴ PERICU A. “*Property rights e diritto di proprietà*”. En: *Analisi economica del diritto privato al cuidado de Guido Alpa et al.* Op.cit. p. 104-105. Es lícito reconocer en la expresión “regla de propiedad” una referencia al ensayo de Guido Calabresi y Douglas Melamed “*Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*”, en «*Harvard Law Review*», vol. 85, núm. 6, abril de 1972, p. 1089 y ss., especialmente, p. 1106 y ss.

des de transporte de los vecinos. El resultado fue que en el lapso de pocas horas las bicicletas desaparecieron de la circulación, tras haber sido acaparadas por los primeros usuarios, para nada dispuestos a abandonarlas, porque sospechaban la dificultad de encontrarlas de nuevo. El rápido fracaso del programa causó estupor entre los promotores. Los críticos mostraron un embarazo similar. Por unos días, los periódicos incluyeron artículos y opiniones que acusaban a los milaneses, en general, de incivilidad porque no habían sido capaces de mantener una situación institucional proveniente del paleolítico. El acontecimiento pasó rápidamente al olvido”²⁵.

Ugo Mattei, en fin, se ha encargado de la voz “*Proprietà*” en la nueva edición antes citada del Digesto. No son pocas las anotaciones inspiradas en el EAL. Dice en uno de sus párrafos:

“En concreto, un propietario se dirigirá al juez para obtener uno de los siguientes resultados: la restitución de un bien que le ha sido usurpado por terceros, la cesación de una actividad, considerada lesiva de la propia esfera propietaria o la restauración de una situación de hecho relativa a un bien que le pertenece, modificada a causa de un comportamiento ajeno. Todas estas inconductas recaen sobre la esfera propietaria y constituyen otras tantas transferencias del titular a una curva de indiferencia más baja. En palabras más simples, la propiedad valdrá menos de cuanto valía en precedencia, cuando fuera usurpada, o cuando fuera objeto de inmisiones o sometida a un riesgo, o cuando fuera vulnerada o modificada en contra de la voluntad de su propietario. Si un propietario no recibe tutela contra estos comportamientos, la limitación de la esfera propietaria que se verifica de esta manera se reflejará sobre el valor de mercado del bien”²⁶.

4. EL DERECHO CONTRACTUAL

El derecho de los contratos, que abarca el incumplimiento de las obligaciones (al que los juristas italianos hacen referencia genéricamente como responsabilidad contractual), es un terreno en el que han predominado de modo inveterado los postulados de la doctri-

na formalista, que precisamente es menester contrarrestar con métodos de estudio alternativos.

Es posible hipotetizar que en este sector, acaso de manera imperceptible, la reticencia de los autores frente a la intromisión del EAL ha sido más fuerte. Como consecuencia, en un primer momento no se dieron tantos aportes como los suscitados en torno de los derechos reales, y mucho menos en comparación con la ebullición de los estudios interdisciplinarios sobre la responsabilidad extracontractual. Es imperioso referir en tal sentido, que en Estados Unidos también tardaron en aparecer estudios de aplicación de la interpretación económica en materia contractual.

En el primer trabajo a citar, Roberto Pardolesi buscó precisamente una explicación de los motivos del retardo remarcado. Postuló que el problema tenía raíces “psicológicas” (y por lo mismo difusas), pues en el ámbito contractual la lógica económica asumía una centralidad desconocida como protagonista directa del fenómeno.

“El contrato – escribió – es sinónimo de negocio. Si A posee un fundo en el que existe una viña que produce una renta anual equivalente a x , la capitalización de dicha renta (que es igual al cómputo del valor actual de un flujo de ingresos a percibir) indicará la cantidad mínima a partir de la cual A se encontrará dispuesto a vender. Si el adquirente potencial, B, se compromete a no alterar la destinación del fundo, y no tiene forma de derivar una utilidad ulterior del mismo, es probable que el intercambio no tenga lugar. En este caso, la cifra mínima que A está dispuesto a aceptar coincide con la cifra máxima que B estaría tentado a ofrecer. Contrariamente, si B pretende utilizar el fundo para instalar una plantación industrial y el rédito que proyecta obtener con esta variación es mayor, se determina un margen dentro del cual el negocio, verosíblemente, se celebrará (sin importar cuál fuere el precio final acordado), porque tanto A como B se encontrarán sobre una curva de indiferencia más alta que aquella que ocupaban antes de la estipulación”. “Bien vistas las cosas – remarca, de todos modos, Pardolesi – predicar la sustancial economicidad de la operación contractual no basta para conferirle un status diferenciado”²⁷.

²⁵ GAMBARO A. “*La proprietà, I, Beni, proprietà, comunione*”. En: *Trattato di diritto privato*. Milán, Giuffrè, 1990. p. 11-12.

²⁶ MATTEI U. “*Proprietà*”. En: *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, cit., tomo XV, 1998, p. 449.

²⁷ PARDOLESI R. “*Analisi economica e diritto dei contratti*” En: *Politica del diritto*, año IX, núm. 6. Bolonia, diciembre de 1978. p. 700-701. Introduce esta conjetura adicional (loc.cit.): “Traer a la luz la matriz economicista de las reglas dictadas para los contratos habría tenido, de alguna manera, el sabor del *déjà vu*. En cambio, valerse de esquemas y criterios microeconómicos para evaluar la congruencia de la regulación de la propiedad por un lado, y la forma de enfocar la responsabilidad civil por otro, permitía presentir la fascinación de un continente enteramente por descubrir”.

Precedentemente, Pietro TRIMARCHI había dado a la publicidad “*Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, en «*Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*», año XXIV, Milán, 1970, pp. 512 y ss.; estudio que ha sido traducido al castellano por Hugo Forno: “Sobre el significado económico de los criterios de responsabilidad contractual”, en «*Themis-Revista de Derecho*», 2a. época, núm. 29, 1994, Lima, p. 91 y ss., a la que me referiré, brevemente, en infra, núm. 7.

Paolo Gallo, otro de los portavoces del EAL en este ámbito, ha publicado diversos artículos, en los que se ha valido de las herramientas económicas para tratar temas estrechamente ligados con la interpretación tradicional, como los vicios de la voluntad, especialmente el error como causal de anulabilidad de los contratos.

“Desde un punto de vista económico – anota, refiriéndose al error en el valor – el error es un coste, o mejor dicho, cometer un error tiene un precio. Imaginemos el caso de un mayorista de grano que vende una partida de maíz ignorando que el mismo día un decreto ministerial ha elevado los impuestos de importación. En casos de este tipo, el error sobre la exacta cantidad de tales impuestos ocasiona, evidentemente, un daño equivalente a la diferencia entre el precio del maíz estimado por las partes y el precio de mercado; daño que, siempre que se entienda como irrelevante el error sobre la congruencia del intercambio, deberá ser asumido por el vendedor”²⁸.

Según Gallo, el problema de la regulación jurídica de los efectos del error se simplifica en la búsqueda de un criterio para la distribución de riesgos. Tienen que sopesarse entonces las razones por las que sería más eficiente, en un supuesto explícito, que el riesgo sea de cargo de una de las partes y no de la otra.

“Si se creyera – dice – que todo lo que es real es también racional, podríamos justificar la regla tradicional a tenor de la cual el daño recae sobre quien comete el error, considerando que, si se actúa de este modo, las partes son incentivadas para comportarse con la mayor diligencia posible en los negocios. En efecto, si el riesgo debido al error grava a quien se equivoca, todos los contratantes serán estimulados para emplear el grado de diligencia más alto posible. Más aún, si se tiene en cuenta que el error es un fruto de la ignorancia, y que no es posible evitarlo sino mediante un mayor número de informaciones y precisiones – lo que, obviamente, tiene un coste – cada una de las partes se verá movida a gastar en tales determinaciones y en la búsqueda de información

sólo cuando el coste de este proceder sea inferior al precio que se debería soportar si se incurriera en errores al contractual. Todo lo cual, evidentemente, es un resultado eficiente”²⁹.

En otra sede, el mismo autor ha descrito las cuatro condiciones que juzga como necesarias para la realización de un contrato perfecto.³⁰ Está demás decir que la tarea de los juristas consistiría en crear, en la medida de lo posible, estas condiciones:

1. El contrato no debe ser fuente de externalidades negativas o positivas; no debe, por lo tanto, comportar daños ni ventajas para terceros.
2. La celebración de un contrato perfecto implica que las partes estén perfectamente informadas acerca de la naturaleza y las consecuencias de sus decisiones. En efecto, si es función del contrato hacer confluir los recursos hacia su utilización más eficiente, es evidente que un objetivo semejante sólo puede ser logrado, si los contratantes mantienen por igual, una conciencia perfecta sobre todos los términos del intercambio.
3. Es necesario que existan más compradores y más vendedores en el mercado, de forma tal que quede asegurada una posibilidad idónea para la opción entre varias ofertas concurrentes. La pluralidad de ofertas evita la creación de situaciones de monopolio, con las consecuentes alzas de precios.
4. La conclusión de un contrato perfecto implica que no existan costes de transacción. Muy a menudo son los costes de transacción precisamente los que inhiben la celebración del contrato, o inducen a optar por soluciones que se encuentran inevitablemente por debajo de lo que sería óptimo. Gallo plantea, a modo de ejemplo, el supuesto de una persona común y corriente que desea adquirir un bien de consumo inmediato. Cualquiera – observa – preferirá adquirirlo del revendedor más cercano de casa, aunque se sepa

²⁸ P. GALLO: “*Errore sul valore, giustizia contrattuale e trasferimenti ingiustificati di ricchezza alla luce dell’analisi economica del diritto*”, en «*Quadrimestre*», 1992, núm. 3, Milán, p. 656 y ss.

En este trabajo deja ver la influencia de Anthony T. KRONMAN: “*Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts*”, en «*Journal of Legal Studies*», Chicago, 1979, p. 39 y ss. Existe traducción italiana de este ensayo, a cargo de Giovanni Battista Forlino: “*Errore e informazione nell’analisi economica del diritto contrattuale*”, en «*Politica del Diritto*», año XI, núm. 2, Bolonia, junio de 1980, p. 289 y ss.

²⁹ Ibidem. p. 668-669. Del mismo autor: “*I vizi del consenso*”. En: *I contratti in generale*, I, cap. VIII, passim. Turín, UTET, 1999

De esta última obra, que integra, a su vez, el *Trattato dei contratti* dirigido por Pietro Rescigno, extraigo el siguiente fragmento (p. 449): “La ratio de la regla de la reconocibilidad del error es fácilmente intuible. Si el fin perseguido por el ordenamiento es evitar la posibilidad de errores al menor coste posible, será en primer lugar posible adosar el riesgo del error sobre la parte que lo ha cometido; de esta forma, cada una de las partes será forzada a comportarse con el mayor grado de diligencia posible, por lo menos hasta el punto en el que el coste de las precisiones sea inferior respecto del coste de cometer errores”.

³⁰ GALLO P. “*Introduzione al diritto comparato*”. En: *Analisi economica del diritto*, Vol. III. Turín, G. Giappichelli Editore, 1998. p. 48-49.

perfectamente que en otros negocios, quizás alejados, o fuera de la ciudad, o en un poblado vecino, o a mil kilómetros de distancia, o en otro Estado, o incluso más allá de las fronteras de Estados Unidos, el mismo bien costaría mucho menos.

Daniella Caruso ha utilizado el EAL para explicar el fenómeno de la responsabilidad precontractual. Su estudio de derecho comparado “La culpa in contrahendo” (1993) puede considerarse aproximativo, pero constituye una fuente de información, cuya calidad está fuera de discusión.

“El rol del análisis económico – expone – no consiste tanto en indicar ‘la’ respuesta exacta (porque generadora de resultados asignativos óptimos) a todo problema jurídico, sino más bien en reformular las preguntas para una mejor definición de los problemas ocasionalmente sometidos a examen. (...). Puede llamarse ‘responsabilidad precontractual’ a un complejo de sanciones suministradas por el ordinamiento, impuestas a quien, en el curso de una negociación, haya enfatizado el valor del factor probabilístico (‘p’) en las declaraciones efectuadas a la contraparte, induciendo a esta última a realizar inversiones preliminares carentes de propósito. La entera temática de la mala fe precontractual puede, explicarse, entonces, en los términos de una falsa perspectiva sobre las probabilidades de que la tratativa en curso devenga en un contrato, y en esta definición pueden comprenderse tanto las informaciones intrínsecas – es decir, las pertinentes a la naturaleza y a la cualidad del objeto del contrato in fieri – cuanto las informaciones extrínsecas, relativas a los datos externos en condición de influir sobre el futuro de la tratativa (piénsese en la existencia de negociaciones paralelas con terceros)”³¹.

Asimismo, Caruso ha esbozado una propuesta de aplicación de la densa teoría de los juegos a la entera problemática de las tratativas y la responsabilidad, que entrevé la ruptura injustificada de las mismas.

Entre los estudios sobre los contratos típicos merece ser destacado uno de Valeria de Lorenzi sobre el mandato, que constituye el punto de partida para la difusión en Italia de la *Agency theory*, que impera en el sistema anglosajón.

“Existe una *agency* (económica) – dice en las primeras páginas – cuando un sujeto (principal) para la realización de sus propios intereses, para alcanzar sus propios objetivos. El contrato de *agency* es utilizado por el principal para reducir costes de transacción, costes de información, o inclusive los costes de producción”³².

De Lorenzi se sirve fructíferamente del método para identificar, en primer lugar, las características del contrato de mandato y la relación de representación subyacente: carácter fiduciario, obligaciones no completamente especificadas e informaciones asimétricas; en segundo lugar, para clarificar los riesgos típicos del mal comportamiento del mandatario: apropiaciones y carencia de esfuerzo; y en tercer lugar, para determinar los costes del mandato (*agency costs*).

Finalizada la tarea, emprende una crítica contra la teoría jurídica sobre la institución, vigente en Italia, y no duda en descalificarla, por cuanto “involucionada” y “enmarañada en estériles conceptualizaciones o dogmatizaciones”. Niega todo significado, sólo por citar un ejemplo, a la distinción logicista entre la actuación del mandatario “por cuenta del mandante” y “en interés del mandante”.

5. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

En este campo privilegiado por la interpretación económica hay que comenzar haciendo referencia a dos obras de Pietro Trimarchi: la antes citada “*Rischio e responsabilità oggettiva*” (1961) y “*Causalità e danno*” (1967).

El propósito del primer libro era demostrar la existencia (y proponer el fundamento), en el sistema italiano, de un criterio de responsabilidad objetiva (*id est*, sin culpa) por riesgo en la actividad empresarial, pese al parecer contrario que emergía de los trabajos preparatorios del Código Civil de 1942, la exposición de motivos oficial (*la Relazione del Guardasigilli*) y los dictámenes judiciales acumulados hasta aquel entonces.

En el camino hacia este objetivo – alcanzado con creces – quedó igualmente probado que el resarci-

³¹ CARUSO D. “*La culpa in contrahendo: L’esperienza statunitense e quella italiana*”. Milán, Giuffrè, 1993. p. 109.

Una exposición de los tratos preliminares y la responsabilidad precontractual desde la perspectiva del EAL, con abundantes y precisas referencias a la jurisprudencia norteamericana, puede encontrarse igualmente en el reciente libro de Alberto MUSY: “*Il dovere di informazione, Saggio di diritto comparato*”, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Trento, 1999, especialmente, p. 81 y ss.

³² DE LORENZI V. “*Il mandato alla luce dell’analisi economica del diritto*”. En: *Contratto e Impresa*, año IX, núm. 3. Padua, 1993. p. 966 *et passim*. De la misma autora, en torno del negocio jurídico de apoderamiento, v. la voz “Procura” en el *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, cit., tomo XV, 1998, especialmente, p. 321 y ss.

miento no erradicaba jamás los efectos del daño; que transfería, simplemente, los costes del daño. Para realizar esta operación de distribución de los costes, que podía resultar socialmente nociva en algún caso, era necesaria una razón. "Cuando el daño es causado con culpa, la transferencia del mismo, de la víctima al culpable, está justificada por la función preventiva que desarrolla la amenaza de la responsabilidad"³⁵ – explicaba el autor. Para el caso de los riesgos generados por las empresas, tal justificación no era unívoca, había que tener en cuenta factores – todos de naturaleza objetiva – como la mayor o menor utilidad social de la actividad riesgosa, por ejemplo. En los casos de autoexposición al riesgo por parte de los damnificados, por el contrario, se hacía necesario considerar si no era lo más justo hacer recaer sobre ellos mismos las consecuencias de su actuación.

Quedó precisado, por otro lado, que la responsabilidad objetiva tenía como función principal hacer de cargo de la empresa el riesgo que le concernía, como parte de sus costes (de su pasivo). La alternativa contribuía a una reducción de los riesgos en general. Hacía falta, sin embargo, que esta solución (que Trimarchi elevó a la categoría de principio) se puliera, con fin de no perjudicar la supervivencia de las empresas ni la preservación de los métodos de producción "socialmente activos".

"*Causalità e danno*" afronta en cambio el problema del ligamen que debe existir entre un acto y una consecuencia dañosa, de forma tal que el primero pueda considerarse fuente de responsabilidad en función de la segunda, todo lo cual constituye la esencia de lo que se conoce como "causalidad jurídica".

En el decurso de la investigación se decantan dos funciones de la responsabilidad por hecho ilícito³⁶: la reintegradora y la preventiva. De la primera se deduce que el sistema no debe conceder a la víctima una garantía frente a aquellos riesgos, a los que se encontraría expuesta aunque el evento dañoso no se hubiera producido. La responsabilidad por hecho ilícito cubriría entonces, sólo los daños atribuibles a un riesgo introducido ilegalmente; en caso contrario, las consecuencias son de cargo exclusivo del damnificado. Todo ello, porque la idea de la reintegración, entendida correctamente, significa que el sujeto pasivo del hecho ilícito no puede ser enriquecido por un dicta-

men de la ley, colocado en un estado mejor del que tenía antes de que se verificara aquel suceso.

De la segunda función se deduce que la responsabilidad por hecho ilícito no abarca las consecuencias dañosas excepcionales, cuya dimensión fuera notoriamente desproporcionada en comparación con la gravedad del hecho ilícito cometido.

Paralelamente se enuncia el distinto criterio que rige la responsabilidad objetiva; ésta se extendería como regla "a todos los daños (superiores a la normal tolerabilidad) que sean efecto del mayor riesgo típicamente creado por una actividad específica, sin perjuicio de las limitaciones que la ley pudiera introducir, eventualmente, mediante una descripción particular de los daños resarcibles."³⁷ Se haría necesario excluir la responsabilidad civil entonces, en los casos de hechos atípicos, extraños al riesgo, que un eventual responsable puede prever, y contra el cual puede premunirse acumulando reservas o contratando seguros. A la larga, el sistema de la responsabilidad civil es concebido como un instrumento para la repartición económica de los riesgos en el ámbito de las actividades empresariales.

Aunque de forma indirecta, es legítimo vislumbrar en estas ideas pautas útiles para tentar una solución ante otro problema, que no es de poco interés para los voceros del EAL: la previsibilidad de los daños, que puede incidir en la resarcibilidad de los mismos.

Acaso con buen criterio, el autor ha evitado la revisión de estas obras, de las que tampoco existen reimpressiones. Mantiene actualizadas en cambio sus "*Istituzioni di diritto privato*", que han alcanzado una duodécima edición en 1998, en las que no son escasas las interpretaciones económicas. Guido Alpa, que fue discípulo de Trimarchi en la Universidad de Génova, me dio cuenta del merecido valor, aunque algo tardío, que todos estos trabajos, y el EAL propiamente dicho, lograron en el medio italiano.

Por sus incontables estudios, no es improbable que sea Alpa precisamente, quien haya contribuido más a la difusión del método en Italia; especialmente en el estudio del derecho de daños. Se inició en la investigación aleccionado por Stefano Rodotà, a quien también tuvo como profesor en Génova. En la actualidad,

³⁵ TRIMARCHI P. "*Rischio e responsabilità oggettiva*". Milán, Giuffrè, 1961. p. 17.

³⁶ La expresión "responsabilidad por hecho ilícito", de absoluta difusión en el discurso de los juristas italianos, puede ser homologada a "responsabilidad por dolo o culpa" o "subjetiva", que es más común entre nosotros. En "*Causalità e danno*" – como se explica – Trimarchi efectúa una contraposición funcional entre la responsabilidad por hecho ilícito (culposa) y la responsabilidad objetiva.

³⁷ TRIMARCHI P. "*Causalità e danno*". Milán, Giuffrè, 1967. p. 144.

es catedrático de Instituciones de Derecho Privado en “*La Sapienza*” de Roma.

A mi llegada a Italia, hacía poco que se acababa de publicar el cuarto volumen (el primero, en orden de aparición, de los siete que abarcará la obra completa) de su “*Trattato di diritto civile*”, dedicado justamente a la responsabilidad extracontractual.

En opinión de Alpa, con el afinamiento de las teorías formuladas por la tendencia *juseconómica*, y con su aplicación a casos concretos, se ha ampliado (en lugar de haberse reducido) el desvarío entre autores de distintos bandos. En esta perspectiva, el recurso al EAL ha puesto de manifiesto, además de su utilidad, las disonancias existentes entre múltiples orientaciones, así como las grietas que imposibilitan una definición unitaria de los problemas cuya solución está confiada a las reglas de la responsabilidad civil.

Ante un panorama semejante, que cada vez se hace más matizado, las propuestas formuladas distan de ser unívocas. A pesar de todo, Alpa intenta establecer las conclusiones a las que se habría arribado³⁶.

Se han distinguido – explica – los daños derivados de una actividad constante y los daños producidos sólo de forma ocasional.

En el primer caso pueden concurrir dos situaciones:

- a) Si el daño es producido unilateralmente por el agente, tanto el criterio de la culpa cuanto el criterio del riesgo son económicamente eficientes. Si el control de la diligencia del agente se hace más riguroso (es decir, si se eleva el nivel de diligencia requerido), la redistribución opera en favor de las víctimas. Opuestamente, si se reduce el nivel de diligencia, se reduce también la operatividad de la prevención. Si la imputación de la culpa eleva los costes asignados al dañador, el sistema deviene en ineficiente y se hace preferible un sistema de responsabilidad por riesgo
- b) Si existe concurso de culpas, cualquiera de los dos sistemas señalados es eficiente, pero sería todavía más eficiente, un sistema mixto en el que la responsabilidad por riesgo del agente va de la mano con la responsabilidad por culpa de la víctima.

En cambio, en el caso de los daños ocasionales es necesario verificar su resarcibilidad, según las reglas previstas para la tutela de la persona, tanto en el aspecto físico cuanto en el aspecto moral, de forma tal que no produzcan descompensaciones en la actividad del agente, o el enriquecimiento de éste (si el daño fuera subestimado).

Todo sub-sector de la responsabilidad civil – concluye Alpa – requiere sus propias soluciones, porque es evidente que no se pueden tratar del mismo modo las consecuencias de las inmisiones, de la circulación vehicular, de la circulación de informaciones inexactas, etc. Tampoco se debe olvidar que las reglas de responsabilidad civil no operan autónomamente, sino que se encuentran colocadas en un sistema institucional en el que debe concordarse con sistemas asignativos, distributivos, previsionales, asegurativos y otros por el estilo.

Giulio Ponzanelli, catedrático de Derecho Privado Comparado en la Universidad de Brescia, y abogado en Milán, es autor del interesante libro “*La responsabilità civile: Profili di diritto comparato*” (1992). Inspirándose en la experiencia norteamericana, manifiesta que los objetivos irrenunciables del moderno sistema de responsabilidad extracontractual son tres: (i) *compensation*, la concesión de un resarcimiento adecuado para el damnificado por una actividad antijurídica ajena; (ii) *deterrence*, el suministro de incentivos para que el actuar dañoso y las actividades potencialmente nocivas no se repitan en el futuro (o lo hagan con las medidas de seguridad necesaria); y (iii) *punishment*, la sanción contra quien ha cometido el hecho reprobable (“claro residuo de un estadio histórico” – la denomina el autor), que tiene lugar cuando la conducta dañosa hubiere infringido de manera relevante las reglas de la conciencia social³⁷.

Miembro del Consejo Editorial de la revista *Responsabilità Civile e Previdenza* (impresa en Milán), Ponzanelli ha privilegiado de igual forma la labor ensayística y de comentario de sentencias. Hace poco escribió la nota “*Anche le bottiglie italiane esplodono*” (“También las botellas italianas explotan”). El caso analizado fue el siguiente: un sujeto se detuvo en un establecimiento ubicado en la carretera y compró una botella (de vidrio) con agua gasificada de una de las máquinas expendedoras dispuestas para tal fin. Al abrir la botella, ésta estalló, y uno de los vidrios le causó

³⁶ De aquí en adelante ver: ALPA G. “*Trattato di diritto civile, vol. IV: La responsabilità civile*”. Milán, Giuffrè, 1999. p. 162-163.

³⁷ PONZANELLI G. “*La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*”. Milán, Il Mulino, 1992. p. 25 y ss.

Ponzanelli es autor, igualmente, de una compilación de doctrina norteamericana sobre la responsabilidad extracontractual para la Escuela Superior de Estudios Universitarios y de Perfeccionamiento “Santa Ana” de Pisa: *Antologia sull’ “American Tort Law”*, ETS Editrice, Pisa, 1992. 260 p.

una herida profunda en uno de los brazos. La lesión significó una invalidez temporal total de sesenta días – y parcial, de treinta días – para el damnificado.

El Tribunal de Roma, al tiempo de precisar que el daño “biológico” consiste en la “disminución de la integridad psico-física en sí misma y por sí misma considerada en cuanto incidente en el valor ‘hombre’ en toda su concreta dimensión, ligada con la suma de las funciones naturales que conciernen al sujeto en el ambiente en el que desenvuelve su vida”, determinó la responsabilidad civil de la sociedad productora de las botellas, y asignó al demandante una reparación por el daño biológico y la indisponibilidad laboral generados.

Para Ponzanelli, la noción de “defecto” – elemento central de la responsabilidad del productor – implica una estructura “relacional”: el producto es considerado defectuoso, si su forma de comercialización, respecto del uso al que está destinado, induce al consumidor a disminuir su nivel de atención.

La explosión de una botella sería el clásico caso de un daño en el cual el objeto defectuoso se mantiene dentro de la esfera de control del sujeto damnificado, por lo que se hace natural y fundado, por lo tanto, el temor a que la aplicación de un concurso de culpa pueda dar lugar a que el consumidor sea considerado el “*cheapest cost avoider*”, y que la empresa quede eximida de toda responsabilidad.

Según el autor, sin embargo, fue correcta la aplicación de las reglas de la responsabilidad objetiva, que pesaron sobre el productor como una consecuencia racional, económica y jurídica de la ausencia de la seguridad, que es una aspiración legítima de los consumidores³⁸.

Hace dos años se publicaron dos nuevos tratados sobre la responsabilidad civil, de los que también hay que rendir cuenta.

El libro del actual Ministro del Trabajo italiano, Cesare Salvi – de una profunda tendencia marxista, como Rodotà –, es la culminación del camino iniciado con diversos estudios sobre las inmisiones industriales, y sobre el daño extracontractual. Tiene los méritos de la brevedad y de la síntesis, que allanan el camino para su consulta. Hay guiños al método del EAL en el

estudio de algunos supuestos específicos, como los riesgos derivados de la actividad empresarial y los daños causados por productos defectuosos. Pone de relieve los factores históricos y económicos, que han influido en la evolución de la responsabilidad civil, sirviéndose del análisis funcional.

Salvi destaca que el resultado de las normas resarcitorias (que determinan si el coste del daño debe ser soportado por la víctima o si lo tiene que asumir otro sujeto, distintamente identificado) no es definitivo. El daño – como es fácil percibir – es ordinariamente transferido de forma total o parcial a otros sujetos (a través de mecanismos aseguratorios por ejemplo). El hecho de que el responsable pueda redistribuir el coste de los daños no es contradictorio por sí mismo. Al contrario, siendo la reparación un fin de la responsabilidad civil, una repartición social del coste de los daños puede considerarse positiva, desde el momento en que permite que éstos sean “insensibles” para los damnificados específicos³⁹.

Mucho más ambicioso, sin desmedro de su organicidad, es el volumen de Monateri. Forma parte del tratado de Derecho Civil dirigido por Rodolfo Sacco, destacado impulsor de los estudios de derecho comparado, como también lo fuera años atrás Gino Gorla.

Yo comenzaría resaltando, como hizo Gastón Fernández Cruz en una de sus lecciones, la concurrencia de distintos puntos de vista en el volumen de Monateri. Los costes y la prevención de los accidentes son estudiados desde el punto de vista del EAL, mientras que nuevas especies de daño, como el denominado “daño existencial”, son apreciadas desde el plano del derecho natural, inclusive. Desde este punto de vista, el libro constituye un triunfo del pluralismo metodológico.

Uno de los aportes más importantes de Monateri es el replanteamiento de la jerarquía de las funciones de la responsabilidad civil. Con tono concluyente afirma: “La responsabilidad civil plantea, hoy, el problema de cómo de organizar, a través del derecho privado, una coordinación de actividades que, bajo ningún aspecto, se pretende prohibir. Esta cuestión se concreta en la decisión sobre el sujeto que debe soportar un determinado coste, que es provocado por una de aquellas actividades. Es decir, la principal, aunque no única, función de la responsabilidad civil en nuestros

³⁸ Tribunal de Roma: Sentencia del 11 de mayo de 1998, con nota de Giulio Ponzanelli “*Anche le bottiglie italiane esplodono*”, en «*Danno e responsabilità*», año IV, núm. 12, Milán, 1998, p. 1149-1150.

Se reconocerá, en este supuesto, una versión italiana del famoso caso norteamericano Escola vs. Coca Cola Bottling Co. (1944), comentado, entre otros, por A. M. POLINSKY, trad. it. cit., p. 2-3, y nota (1), y L. W. KORNHAUSER: Op. cit. p. 236-237.

³⁹ SALVI C. “*La responsabilità civile*”. En: *Trattato di diritto privato*. Milán, Giuffrè, 1998, p. 18.

días, es la función organizativa: generar una coordinación satisfactoria de las acciones sociales, basada, no en una serie de dispositivos centrales, sino en una serie de decisiones descentralizadas de varios agentes. Con toda seguridad, por lo tanto, las reglas de responsabilidad civil tienen efectos redistributivos. Estas reglas actúan a la manera de una tasa que se impone sobre ciertas actividades, comportando costes eventuales, que pueden ser trasladados por los dañadores potenciales a sujetos distintos, a través del mercado o con otros medios. Las reglas de la responsabilidad civil distribuyen entre sujetos determinados el coste de sus actividades, y de esta forma regulan, o mejor aún, inducen a una regulación espontánea”⁴¹.

La magistratura italiana, en un verdadero *leading case*, recurrió al EAL para resolver un caso de responsabilidad extracontractual. Una empresa demandó a un tercero la reparación de los daños derivados de la lesión causada a una de sus trabajadoras en un accidente automovilístico. A juicio de la demandante, el responsable del accidente estaba obligado a restituírle el estipendio que se siguió pagando a la accidentada (a pesar de no recibir sus servicios), el seguro médico, y la suma abonada a la reemplazante que se tuvo que contratar forzosamente para cubrir el puesto.

En primera instancia y ante la Corte de Apelación todas estas pretensiones fueron desestimadas. Llegado el momento, la Corte de Casación enfocó el problema de manera distinta y original. Lo sintetizó en la determinación del sujeto – la empresa o el tercero – al que correspondía asumir el coste de la lesión sufrida por la empleadora, por la falta en la prestación del servicio de su dependiente.

“Se trata de escoger – se señala en la parte considerativa de la sentencia – entre la regla de responsabilidad que rige en el caso de daño imputable a tercero (la cual hace recaer en este último el coste de la lesión) y aquella otra, que traslada el coste al empleador”.

Al final, se resolvió en este sentido: “No cabe duda de que el empleador puede soportar el coste de las enfermedades e infortunios de sus trabajadores, cuando estos sean efecto del riesgo de la existencia. En tal caso, en efecto, la lógica del intercambio ‘trabajo-salario’ admite que el equilibrio entre las prestaciones se realice teniendo en cuenta, incluso, costes de ese tipo. Pero el mismo discurso no puede aplicarse

cuando el infortunio o la enfermedad sean fruto de la intrusión ilícita de terceros en la esfera jurídica del trabajador, respecto de su relación con el empleador. En este caso – a través de la determinación de la ilicitud – el ordenamiento ha optado, y ha escogido al autor del hecho ilícito como el sujeto destinado a pagar los costes del daño que ha provocado”⁴¹.

La empresa obtuvo, a consecuencia de este dictamen, el reconocimiento del pago del salario de su trabajadora por los días que no prestó servicio activo.

6. LA CRÍTICA CONTRA EL EAL: HEREJES Y PENITENTES

Como era natural que ocurriera, el EAL ha suscitado arduas polémicas en Italia, sobre todo por el inveterado predominio del método dogmático del derecho civil.

Preliminarmente, conviene tener en cuenta que, a causa de circunstancias políticas (la dilatada disputa entre la democracia cristiana, de tendencia conservadora, y la variopinta izquierda), Italia ha constituido un escenario privilegiado en el desarrollo y difusión de doctrinas renovadoras de la metodología jurídica, como la sociología del derecho (téngase presente, como botón de muestra, la revista del mismo título, fundada y dirigida por Renato Treves) y el uso alternativo del Derecho.

Esta apertura, que no es menos tradicional que el arraigo del método clásico, permitió que el EAL se “colase” de un momento a otro – por expresarlo así – en el discurso de los juristas. Aquellos que fueron tomados por sorpresa se vieron en la necesidad de estudiarlo para no quedar rezagados.

Los defensores del método han combatido las críticas en dos frentes: en el primero, lo hacen de manera herética respecto de los criterios tradicionales, en condición de aliados de los autores norteamericanos⁴², para avalar el reemplazo del criterio de eficiencia según Pareto por el criterio de “Kaldor-Hicks”, por ejemplo, o para responder a cuestionamientos como los de Ronald Dworkin en el ensayo “*Is Wealth a Value?*” (en *Journal of Legal Studies*, volumen 9, Chicago, 1980, p. 191-226), que suscitara un recordado contrapunto con Guido Calabresi, Richard A. Posner y Anthony T. Kronman.

⁴¹ MONATERI P. G. “*La responsabilità civile*” En: *Trattato di diritto civile: Le fonti delle obbligazioni*, III. Turin, UTET, 1998, p. 21-22.

⁴² Corte de Casación Italiana, Sección Civil: Sentencia del 27 de julio de 1985. En: *Il Foro Italiano*, año CX, I, Roma, 1985, cols. 2886-2891, con nota de Roberto Pardolesi.

En los renglones finales de esta nota, Pardolesi escribió efusivamente: “El análisis económico del derecho debuta en Casación. Aunque algo cohibido, y ‘teleguiado’ en cierta medida, el exordio no ha sido infeliz. ¡*Aj maiora*, entonces!”.

En el segundo frente, que es el que me interesa resaltar de manera muy breve, los *juseconomistas* italianos han ejercido la autocritica (cual si se tratara de una penitencia), y han contrarrestado comentarios locales, discordantes con la perspectiva del EAL, al abordar los problemas jurídicos.

Un manual de Derecho Civil, herramienta indispensable – y recomendada – de los estudiantes de abogacía de los primeros años, que lleva la firma de un ilustre autor, incluye la siguiente consideración, que sería suficiente para culminar este punto:

“No son indivisibles los intentos dirigidos a agotar la interpretación del enunciado legislativo en una valoración exclusivamente económica. El mercado no es un criterio de legitimidad autónomo. La acción humana tiene una pluralidad de motivaciones que no se pueden reducir en términos exclusivamente económicos y utilitarísticos; el derecho de la economía, caracterizado socialmente – aunque tenga, en realidad, que saldar cuentas con las leyes del mercado – se propone intervenciones orientadas a realizar la justicia y los valores de quien ‘es’, pero no posee. El *economic analysis*, como teoría global del derecho conforme a una racionalidad de mercado, postula que todas las valoraciones se deben agotar en el aspecto económico. No es así: tales valoraciones son elaboradas, fundamentalmente, sobre la base del consenso político. No se niega que el empleo de esquemas microeconómicos sea útil, sobre todo durante la elaboración de las leyes. En necesario, sin embargo, tener conciencia de que, si es verdad que el análisis coste-beneficio contribuye a realizar la eficiencia, ésta por sí sola no está en grado de representar la especificidad y la complejidad de la ciencia jurídica”⁴².

Con el mismo sentido, la prestigiosa Escuela de Pisa ha manifestado: “El análisis que se conoce como coste-beneficio (*cost-benefit analysis*) delineado por la doctrina norteamericana de los ‘costes de los accidentes’ (*cost of accidents*) afronta con un método de investigación económico los problemas jurídicos de la responsabilidad civil, y arriba a la conclusión de que el daño debe ser evaluado en términos de coste; que dicho coste recae sobre el *cheapest cost avoider*, es decir, sobre aquel que se encontraba en la mejor condición para valorar el coste del daño y el coste para evitarlo. Una conclusión semejante, si acaso entendida como fundamento de la responsabilidad civil, parece difícilmente conciliable, de todos modos, con nuestro ordenamiento, donde es el legislador quien determina de una vez por todas al responsable, haciendo de cargo de éste el deber de resarcir el daño”. Se hace notar, sin embargo, que “el análisis en mención asume una importancia clarificadora como instrumento interpretativo confiado a la prudente evaluación del juez en sede de aplicación de la normativa sobre los hechos ilícitos, y en particular, en la aplicación de las normas que prevén hipótesis especiales de responsabilidad”⁴⁴.

En el terreno de la autocritica, Gambaro ha expresado: “si se asume que el derecho de propiedad es (como no puede ser de otra manera) un sistema de límites, lo que cabe añadir es que de cualquier forma que sea tutelado – ya mediante *property rules*, ya mediante *liability rules* – la conducta del propietario sigue siendo autónoma, en el sentido de que se trata de una voluntad no se deja guiar por lo que podrían desear todos, sino por su exacto contrario. Por ello, la dificultad de la propiedad no se entenderá jamás bajo la lógica del discurso económico, sino bajo la lógica del discurso ético que

⁴² Véanse, entre otros: CALABRESI G. “*Il futuro dell’analisi economica del diritto*”. En: *Sociologia del Diritto*, año XVII, núms. 1-2. Milán, 1990, p. 47 y ss.; ID., “*Una introduzione al pensiero giuridico: quattro approcci al diritto e al problema del regime giuridico delle parti del corpo umano*” En: *Rivista Critica di Diritto Privato*, año IX, núm. 4. Nápoles, diciembre de 1991. p. 755 y ss.; R. DWORKIN, A. KRONMAN y R. POSNER: “*Il valore del benessere*”, selección de textos traducidos al italiano por Guido Alpa, en: *Interpretazione giuridica e analisi economica al cuidado de Guido Alpa et al.* Op.cit. p. 615 y ss.; SALVICI. “*Il paradosso della responsabilità civile*” En: *Rivista Critica di Diritto Privato*, año I, núm. 1. Bolonia, marzo de 1983. p. 135 y ss.; PARDOLESI R. “*Postfazione*” a A. M. POLINSKY. Op.cit. p. 131 y ss.; ID. “*Analisi economica del diritto*”. Op.cit. p. 313 y ss.; ID., “*Un moderno minotauro: Law and Economics*”. Op.cit. p. 226-227; TRIMARCHI P. “*L’analisi economica del diritto: Tendenze e prospettive*”. Op.cit. p. 577 y ss.; MANGINI M. “*La terza edizione del manuale di Richard Posner*”. En: *Quadrimestre*, 1987, núm. 3. Milán, p. 744 y ss.; ACKERMAN B.A. “*Diritto, economia ed il problema della cultura giuridica*” traducida al italiano de Michele Mangini y Roberto Pardolesi. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*, año 6, núm. 2, septiembre de 1988. p. 449 y ss.; CHIASSONI P.L. “*Law and Economics: L’analisi economica del diritto negli Stati Uniti*” Turín, G. Giappichelli, 1992, passim; ALPA G. “*Trattato di diritto civile, I: Storia, fonti, interpretazione*”. Milán, Giuffrè, 2000. p. 262 y ss.

Hay quien, manifestando su sorpresa, ha echado de menos las referencias, y lamentado las alusiones esporádicas, sobre el EAL en las obras generales sobre la responsabilidad civil de M. FRANZONI (*I fatti illeciti, en Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, al cuidado de Francesco Galgano, Società Editrice del Foro Italiano, Roma-Zanichelli Editore, Bolonia, 1993) y de M. BIANCA (*Diritto civile, V: La responsabilità civile*, Milán, 1994). Así, F. COSENTINO: “*La responsabilità e le ragioni dell’analisi economica*”, en «*Danno e Responsabilità*», año I, núm. 4, Milán, 1996, p. 403, nota (1).

⁴³ PERLINGERI P. “*Manuale di diritto civile*”. Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. p. 96 (parágrafo escrito en colaboración con Pasquale Femia, investigador de la Universidad del Molise).

Por el contrario, otras obras de carácter manualístico como las *Istituzioni di diritto privato de Pietro Trimarchi* (12a. edición, Giuffrè, Milán, 1998, 919 p.) y las de Guido Alpa (2a. edición revisada y ampliada, UTET, 1999, 1250 p.), son más bien prolíficas en interpretaciones económicas.

⁴⁴ BIGLIAZZI-GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F. D. y NATOLI U. “*Diritto civile, 3: Obbligazioni e contratti*”. Turín, UTET, 1989. p. 686-687.

admita fundar la legitimidad del actuar del individuo en una relación directa con la voluntad común”⁴⁵.

Con idéntico criterio, Salvi reconoce: “Sin lugar a dudas, el análisis económico de la responsabilidad civil ha enriquecido el conocimiento sobre los efectos de las reglas jurídicas aquilianas. Los elementos que dicho análisis suministra pueden, muchas veces, ser de auxilio para la interpretación de la normativa vigente. No es seguro, sin embargo, que por aquella vía sea posible alcanzar – por lo menos en nuestro sistema – resultados consistentes, de orden descriptivo y prescriptivo. Por encima de todo, las dificultades y desencuentros surgidos en el seno de las doctrinas economísticas, respecto del sistema más óptimo de imputación de responsabilidad, parecen evidenciar los extensos márgenes de oponibilidad de la metodología adoptada, hasta el punto de volver cuestionables tanto el fundamento de los presupuestos de los que parte, cuanto la posibilidad de definir un sistema de reglas que permita trasladar, efectivamente, el coste de los daños hacia el interior de los costes económicos de los sujetos que tienen el control sobre las condiciones de seguridad de las actividades dañosas”⁴⁶.

Menos pomposo, pero más radical, es un mentís de Monateri a la interpretación del teorema de Coase propuesta por Richard A. Posner, con el que culmino este parágrafo: “Si creemos en una teoría de los derechos no podemos creer, al mismo tiempo, en la necesidad de inmolar estos derechos en beneficio de la maximización del bienestar de la Sociedad. No creo, tampoco, que pueda hablarse, en términos ontológicos de una entidad – la Sociedad – que tenga como función de bienestar que deba ser maximizada”⁴⁷.

7. COLOFÓN

Algo de lo que puedo dar cuenta con certeza es que el medio científico peruano, ya universitario, ya doctrinario, es perfecto para desarrollar una labor de síntesis en torno de la cuestión del método en el derecho. Somos herederos de la tradición del *civil law*, pero no nos debemos a directrices decimonónicas y excluyentes, que guíen el estudio de las cuestiones jurídicas, como las que tienen arraigo en el medio italiano.

Como ocurre con pocas empresas en la investigación jurídica, este trabajo de compendio permite tomar lo

que de bueno tienen planteamientos que, no pocas veces, podrían parecer totalmente incompatibles, a primera vista.

En el EAL se han inspirado de continuo las resoluciones administrativas del INDECOPI, especialmente en el ámbito de la protección al consumidor, desde el período en que la Comisión respectiva fue presidida por el doctor Manuel de la Puente y Lavalle, e integrada, entre otros, por Carlos Cárdenas Quirós, Alfredo Bullard, y Hugo Forno. No es ilusorio confiar en que los mismos lineamientos sirvan de guía al razonamiento judicial (si aún no lo hubieran hecho) en algún caso concreto.

Denunciaré, en este punto, una alarmante experiencia que viví hace poco más de un año. De manera totalmente accidental me tocó revisar ciertos materiales de enseñanza de la Academia de la Magistratura. El desafortunado compilador parecía haber creído, con fantasía reprochable, en la posibilidad de adoctrinar a los jueces nacionales en las teorías de Chaïm Perelman sobre la argumentación y retórica jurídicas, y en las densas e indescifrables disertaciones lógicas de Luis Alchourrón y Eugenio Bulygin – que, me permito sospechar, ni siquiera había comprendido, ni consultado, con anterioridad – con el solo suministro de una inorgánica selección de textos (porciones de textos, más bien) a la que había anexado un conjunto de preguntas absolutamente inútiles.

Nada diré sobre la imposibilidad de resumir o esquematizar aquellas lecturas. Cuánto más razonable hubiera sido en cambio, incluir en esos materiales, por lo menos, algunas de las innumerables exposiciones sobre el EAL, notoriamente metodológicas y provechosas, que han tenido una gran difusión, por lo demás, en las revistas jurídicas peruanas.

Me precio de no haber tenido jamás, en mi paso por la Universidad un profesor que me haya instado a descalificar apriorísticamente el EAL. Por el contrario, mi generación atestiguó el realce que ya había ganado la obra pionera de Fernando de Trazegnies, *La responsabilidad extracontractual* (cuya 1a. edición es de 1987), en la que por primera vez en nuestro medio aparecen referencias sobre la Hand Formula y el problema de la disminución del coste de los accidentes, así como las dos ediciones (de 1988

⁴⁵ GAMBARO A. “*L’analisi economica e la ricerca della logica proprietaria*” Op.cit. p. 244.

⁴⁶ SALVI C. “*La responsabilità civile*” (Materiales para uso de los estudiantes), I. Perugia, Galeno Editrice, 1988. p. 25-26; ahora en “*La responsabilità civile*”. Op.cit., p. 19.

⁴⁷ MONATERI P.G. “*Risultati e regole. (Un’analisi giuridica dell’analisi economica del diritto)*”. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*, año XIII, núm. 4. Nápoles, diciembre de 1995. p. 612.

y 1996, respectivamente) de la Introducción a la *Juseconomía* de Aníbal Sierralta. Ejemplo a seguir fue, del mismo modo, la consulta de obras inspiradas en el método emprendida por Manuel de la Puente y Lavalle para enriquecer los volúmenes de “El Contrato en General”.

THEMIS-Revista de Derecho ha sido un medio privilegiado en la publicación de trabajos sobre el EAL. En el mismo nivel de relevancia que ocupan las traducciones de Calabresi⁴⁸ y de Polinsky – sólo por citar los nombres de dos de los autores que se han conocido en estas páginas – y los muchos artículos de Alfredo Bullard, hay que recordar la versión al castellano de un ensayo de Pietro Trimarchi (que en Italia se considera todavía no superado) sobre la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones: “*Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*” (1970). El mérito de esta traducción, inmejorable carta de presentación de Trimarchi entre nosotros, fue del profesor Hugo Forno.

Siempre en THEMIS, hacia 1997, encontré un lugar un comentario crítico, afinado e inapelable contra las

bases filosóficas del EAL, con la firma de mi buen amigo Eduardo Hernando Nieto.

No olvido que Gastón Fernández Cruz, sin apartarse de las directrices metodológicas de la tradición romanística que ha empleado en sus estudios sobre la responsabilidad civil, ha sido puntual en aconsejar más de una vez, el buen conocimiento del análisis económico del derecho, sea para ponerlo en práctica, sea para criticarlo.

Tengo para mí que entre los contados méritos de la tesis de grado que sustentamos, con Jaime Reyes Miranda, hace dos años, está el de haber expuesto, con el pretexto del estudio de la responsabilidad civil de los abogados, las bondades del pluralismo metodológico para el estudio de las instituciones jurídicas.

Recordaré ahora, seguramente con la misma inoportunidad de entonces, un dictamen, esperanzador y desafiante, de Jorge Luis Borges: “Para felicidad nuestra, no nos debemos a una sola tradición; podemos, legítimamente, aspirar a todas”.