

# LAS EXTERNALIDADES Y EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. ESTRATEGIA DE PRECIOS V. ESTRATEGIA DE SANCIONES: PRIMERA PARTE\*

## EXTERNALITIES AND ALLOCATION CRITERIA IN TORT LAW. PRICING STRATEGY V. SANCTIONING STRATEGY: FIRST PART

Renzo E. Saavedra Velazco\*\*

Pontificia Universidad Católica del Perú  
y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

*With the arrival of the Economic Analysis of Law, some scholars began to consider Law as a set of “official prices” given by the legislature or the courts. Such change of perspective created some ius-economic inconsistencies because a large segment of the doctrine didn’t realize the impossibility of efficiently regulating the economy by recurring only to orders and mandates.*

*In this article, the author argues that it is necessary to establish the ius-economic differences between sanctions and prices, i.e. between those hypotheses in which Lawsets a price on a behavior and those cases which Law looks forward to impose a sanction. Such ideas should be applied to Tort Law, specifically in the definition and understanding of allocation criteria.*

**KEY WORDS:** *Tort Law; Law & Economics; sanctions; costs analysis; allocation criteria.*

*Con la llegada del Análisis Económico del Derecho se pasó a considerar el Derecho como un conjunto de “precios oficiales” dados por el legislador o por los jueces. El cambio de perspectiva creó algunas incoherencias ius-económicas, ya que un amplio sector de la doctrina no cayó en la cuenta de la imposibilidad de regular eficientemente la economía usando sólo órdenes y mandatos*

*En el presente artículo, el autor sostiene que resulta necesario establecer las diferencias ius-económicas entre las sanciones y los precios; es decir, entre aquellas hipótesis en que el Derecho atribuye un precio sobre un comportamiento y aquellos supuestos en que el Derecho se ocupa de imponer una sanción, ideas que deberán ser aplicadas a la responsabilidad extracontractual, específicamente a la delimitación y comprensión de los criterios de imputación.*

**PALABRAS CLAVE:** *Responsabilidad extracontractual; Análisis Económico del Derecho; sanciones; análisis de costos; criterios de imputación.*

\* El autor desea agradecer los útiles consejos bibliográficos y el apoyo de Francesco Parisi, profesor de Derecho en la Universidad de Minnesota y Profesor de Economía en la Universidad de Bolonia. Sin embargo, los errores en el uso e interpretación de los materiales le son enteramente imputables.

\*\* Abogado. Profesor de Sistema de Remedios en el Derecho privado y Contratos especiales 1 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y de Responsabilidad Civil en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Magíster en Derecho de empresa por la UPC. Miembro de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE) y de la American Society of Comparative Law. Árbitro inscrito en la nómina del Centro de Arbitraje PUCP. Asociado del Estudio Osterling. Contacto: rsaavedra@osterlingfirm.com

## I. PREMISA

Desde un punto de vista jurídico tradicional, el Derecho solía ser definido como un conjunto de obligaciones reforzadas con sanciones<sup>1</sup> o, en todo caso, como mandatos respaldados con una amenaza<sup>2</sup>. Con el advenimiento del Economic Analysis of Law se pasó a considerar el Derecho como un conjunto de “precios oficiales” fijados por el legislador o por los jueces<sup>3</sup>. Para muchos, esto significó un avance superlativo en el estudio de las consecuencias de las leyes (*latu sensu*) en el comportamiento humano e incluso en su descripción, pues ya no era necesario apelar a consideraciones morales para explicar el contenido de las normas, ni mucho menos para fijar el alcance de las consecuencias anexas a las eventuales infracciones. El cambio de perspectiva creó, sin embargo, algunas incoherencias ius-económicas que intentaré explicar más adelante. Al margen de lo dicho, no tengo la intención de defender la perspectiva jurídica tradicional ni mucho menos menospreciar las contribuciones del Análisis Económico del Derecho; en realidad, lo que deseo resaltar es la ceguera implícita en las dos aproximaciones.

Así, un amplio sector de los juristas clásicos no cayó en la cuenta de la imposibilidad de regular eficientemente la economía usando sólo órdenes y mandatos. Por su parte, los economistas y, de manera más reciente, los ius-economistas, no han percibido las diferencias subyacentes en el enfoque normativo que caracteriza al Derecho frente al enfoque positivo de la Economía<sup>4</sup>; la deficiencia anotada explica por qué tienden a juzgar a las sanciones impuestas por el sistema jurídico por la comisión de una conducta ilícita como un precio. El error, en este caso, radica en

que —desde una óptica limitada al Derecho (o marcadamente jurídica)— un precio es el valor de intercambio por el cual los agentes económicos lograr intercambiar o reasignar lícitamente un determinado bien o servicio, calificación que resultaría impropia para describir la consecuencia económica vinculada a la contravención de un interés jurídicamente relevante. En la presente investigación, asumiré una noción más amplia de precio pero que recoge un elemento jurídico sustancial: La licitud del acto o de la actividad que detona el pago del precio, sin que importe si el desembolso efectuado tiene como contrapartida la compensación de un beneficio recibido o la compensación por un daño o costo transferido a un tercero.

Sin perjuicio de lo anterior, aunque pienso que es posible ampliar la definición de precio para describir hipótesis en que un sujeto ocasiona daño a terceros con su actividad, no creo que sea aconsejable reconducir a tal categoría la integridad de conductas potencialmente dañosas. Los valores involucrados, los incentivos perseguidos y los propios presupuestos de los que se parte resultan sustancialmente diferentes, lo cual contribuye a explicar las peculiaridades en el análisis de un legislador y/o un juez. El punto es comprensible no sólo para quienes tienen una formación jurídica, sino también para aquellos con una formación económica (o, al menos, por quienes tiene una inclinación por la Economía). Por tanto, resulta necesario conjugar las herramientas conceptuales de ambas aproximaciones para esbozar las diferencias ius-económicas entre las sanciones y los precios o, si se prefiere, entre aquellas hipótesis en que el Derecho atribuye un precio sobre un comportamiento y aquellos supuestos en que el Derecho se

<sup>1</sup> BENTHAM, Jeremy. “The limits of jurisprudence defined”. Nueva York: Columbia University Press. 1945. p. 151.

<sup>2</sup> RAZ, Joseph. “The concept of a legal system: An introduction to the theory of legal system”. Reimpresión de la segunda edición. Nueva York: Oxford University Press. 1997. pp. 127-139.

<sup>3</sup> Para una aproximación general a la materia consultar el trabajo de: BECKER, Gary S. “Crime and punishment: An economic approach”. En *Journal of Political Economy* 76. 1968. pp. 169 y siguientes. En particular, pp. 194-198. Por su parte, para una aplicación concreta al campo de la libre competencia, ver: EASTERBROOK, Frank H. y, Daniel R. FISCHER. “Antitrust suits by targets of tender offers”. En *Michigan Law Review* 80. 1982. p. 1155 y siguientes, en particular p. 1157.

<sup>4</sup> HOVENKAMP, Herbert. “Positivism in Law & Economics”. En *California Law Review* 78. 1990. pp. 815 y siguientes, en particular p. 816. Dicho autor sostiene que “[L]os economistas a menudo emplean la palabra ‘positivo’ para referirse al análisis económico que es descriptivo en lugar de normativo. Un análisis económico positivo dice simplemente que, dado cierto conjunto de premisas, A, B y C, se verificará una conclusión D. Una proposición económica positiva sería: ‘Si la producción nacional no es competitiva, los precios serán más altos debido a las cuotas de importaciones extranjeras’. Por el contrario, la economía normativa involucra una política de elección entre diversas alternativas. Una proposición económica normativa sería: ‘La fijación de cuotas de entrada es una mala política, particularmente si la producción nacional no resulta competitiva’”.

ocupa de imponer una sanción<sup>5</sup>. Denominaré a las citadas reacciones como una estrategia de precios o una estrategia de sanciones para la regulación de conductas o actividades.

En efecto, los economistas se han comprometido a la tarea de desarrollar una metodología de análisis y descripción de la formación de precios sumamente sofisticada; labor que justamente les permitió medir el impacto del precio en el consumo de bienes y servicios. El esfuerzo no fue infructuoso; lograron modelar la formación de precios y predecir su correlación en el consumo tanto en mercados altamente competitivos –o con una amplia gama de sustitutos– como en los mercados con fuertes restricciones a la competencia (posteriormente hicieron lo propio para los mercados implícitos). Lamentablemente, esto significó sacrificar el análisis de las sanciones legales, al menos desde una perspectiva ajena a un precio. La comprensión (normativa) de la Economía respecto de las sanciones es pobre, sobre todo si se la compara con la ofrecida por el Derecho. En cambio, en el campo jurídico, la situación es exactamente opuesta: Los abogados centramos nuestros esfuerzos en la for-

mulación de justificaciones para las sanciones, dejando marginado el estudio (positivo) de los precios<sup>6</sup>.

En línea con lo anterior, el propósito de la investigación no es reseñar los defectos incurridos por ambos grupos de profesionales; más bien, quisiera afrontar la tarea de bosquejar un marco conceptual que permita diferenciar los precios de las sanciones. A dicho efecto, recurriré a los hallazgos obtenidos por una y otra ciencia a lo largo de las últimas décadas. Naturalmente, la labor no tiene una vocación puramente académica. Luego de trazar las diferencias entre los precios y las sanciones, aplicaré estas ideas a la responsabilidad extracontractual; en concreto, a la delimitación y comprensión de los criterios de imputación (aunque retomaré el punto en la segunda parte de la presente investigación).

## II. EL DERECHO, LAS EXTERNALIDADES Y LA APROXIMACIÓN IUS-ECONÓMICA

La economía y el Análisis Económico del Derecho<sup>7</sup> asumen, en aras de simplificación<sup>8</sup>, que los intercambios voluntarios<sup>9</sup> realizados en

<sup>5</sup> DAVIES, Sharon L. "The penalty of exclusion - A price or sanction". En: *Southern California Law Review* 73. pp. 1275 y siguientes, en particular pp. 1282-1292; y, WILLIAMS, Cynthia, "Corporate compliance with the law in the era of efficiency", en *North Carolina Law Review* 76. 1998. pp. 1265 y siguientes, en particular. pp. 1385.

<sup>6</sup> COOTER, Robert. "Prices and sanctions". En *Columbia Law Review* 84. Volumen. 1984. pp. 1523 y siguientes.

<sup>7</sup> Algunas de las peculiaridades de la aproximación jurídica frente a la económica son esbozadas en: KATZ, Avery Wiener. "Positivism and the separation of Law and Economics". En: *Michigan Law Review* 94. 1996. pp. 2229 y siguientes, en particular p. 2230; y POSNER, Richard A., "The economic approach to law". En: *Texas Law Review* 53. 1975. pp. 757 y siguientes, en particular p. 768. Se sostiene que "[E]s una característica general de la investigación jurídica, y una deplorable en mi opinión, que el análisis normativo prepondere ampliamente sobre el positivo. Los abogados académicos se encuentran en general más contentos predicando sobre la reforma del sistema jurídico que tratando de comprender como este opera... El resultado de la preferencia por el análisis normativo es que nuestro conocimiento del sistema jurídico es excesivamente escaso, incompleto y asistemático – una situación que, irónicamente, torna muy complicado proponer válidas reformas del sistema".

<sup>8</sup> El modelo económico tiende justamente a la simplificación, extrayendo las peculiaridades que no potencian el poder predictivo. La idea se reconduce a lo expresado en: FRIEDMAN, Milton. "The methodology of positive economics". En: "Essays in positive economics". Chicago: University of Chicago Press. 1953. pp. 8-9. El autor afirma que: "... una teoría debe ser juzgada por su poder predictivo respecto de la clase de fenómenos que intenta 'explicar'... el único criterio relevante para evaluar la validez de una teoría es la comparación de sus predicciones con la experiencia. La hipótesis es rechazada si sus predicciones son contradichas ('frecuentemente' o más a menudo que las predicciones de una hipótesis alternativa); y es aceptada si sus predicciones no son contradichas..."; y, "Una hipótesis es importante si 'explica' mucho con poco, esto es, si es que abstrae los elementos cruciales y comunes de la masa de circunstancias complejas y detalladas que rodean al fenómeno a ser estudiado y permite que se efectúen predicciones válidas solo sobre la base de tales elementos. Para ser importante, por lo tanto, una hipótesis será descriptivamente falsa en sus asunciones; en tanto que no toma en cuenta, y presume que no se considere, ninguna de las circunstancias adicionales que rodean el caso, en tanto que demuestra de modo exitoso que son irrelevantes para la explicación del fenómeno". En: *Ibid.* pp. 14-15.

<sup>9</sup> Para una aproximación general consúltese los siguientes trabajos: COOTER, Robert y Thomas ULEN. "Introduction to Law and Economics". Sexta edición. Boston: Pearson Education. 2012. pp. 9-10; TREBILCOCK, Michael J. "The limits of freedom of contract". Cambridge: Harvard University Press. 1993. p. 7; y, CSEME, Péter. "Duress". En: DE GEEST, Gerrit (Editor). "Encyclopedia of Law and Economics". Segunda edición, Volumen VI: "Contract Law and Economics". Cheltenham: Edward Elgar Publishing. 2011. pp. 57 y siguientes.

el mercado son beneficiosos tanto desde un punto de vista privado como desde un punto de vista social. La razón no es complicada. Por un lado, los particulares no habrían llegado a un acuerdo a menos que hubiesen juzgado, atendiendo a sus intereses subjetivos, valiosa la operación; vale decir, que el beneficio privado de la transacción supera el costo privado asumido. Por otro lado, y como extensión de lo anterior, la sociedad se beneficia en tanto que los recursos económicos se desplazarían a favor de quienes los valoran en mayor medida, garantizando que los mismos sean destinados a sus usos alternativos más eficientes.

Naturalmente, el planteamiento resulta sugestivo a primera vista. Existen, sin embargo, ciertos inconvenientes. Nos encontramos asumiendo, explícita o implícitamente, que los beneficios y los perjuicios del intercambio únicamente se extienden a los participantes. La realidad es muy distinta. Sabemos que un segmento de costos y/o beneficios no son asumidos o aprovechados por las partes, antes bien son desplazados o transferidos a otros individuos (o a la sociedad en su conjunto).

A los costos o beneficios transferidos o aprovechados por terceras personas que no brindaron su anuencia (o no participaron en la transacción) se les denomina "externalidad". El contenido de la externalidad es variable; en ocasiones provoca una pérdida o un costo en terceros, pero en otras oportunidades importa el desplazamiento de un beneficio a favor de tales terceros. Sobre la base de la diferencia trazada, se habla respectivamente de externalidades negativas y positivas. Dado el contenido del ensayo, me centraré primordialmente en las primeras.

Si uno conoce esta figura, puede inmediatamente describir al contrato como el mecanismo por el cual los particulares se ocupan de: (i) Asignar; (ii) crear; (iii) desplazar; y/o, (iv) eliminar una serie de costos, riesgos y beneficios<sup>10</sup>. A menudo dichos costos, riesgos o beneficios no tienen una correlación económica directa; es decir, la posibilidad de proveer el beneficio no guarda vinculación con un comportamiento similar de la contraparte. No me refiero a la idea de contraprestación que se

encuentra presente en la mayoría de operaciones contractuales; aludo más bien a la casi nula posibilidad de recibir o asumir los costos, riesgos o beneficios al margen de la celebración de una concreta transacción.

Digamos que una persona tiene un superávit o un excedente monetario y otra se ocupa de la producción de mangos en virtud a lo cual obtuvo una excelente cosecha. El hecho que una y otra tengan excedentes en los bienes mencionados no genera por sí misma la transferencia de las titularidades o los beneficios anexo; operación que se requeriría para lograr la satisfacción de las necesidades experimentadas (y sus particulares preferencias subjetivas a la luz de sus limitaciones presupuestarias). El objetivo se materializa a través del intercambio, el acuerdo o la reasignación de los recursos —sea por vías de mercado o por vías de no mercado. El ejemplo ofrecido resalta, además, la importancia de la valuación subjetiva de los individuos, la cual se encuentra predeterminada por factores como las preferencias y la escasez relativa del bien (en términos amplios).

La descripción puede sintetizarse en términos de funcionamiento de mercado. Cuando se dice que el beneficio (o el perjuicio) anexo al comportamiento de uno de los participantes no sería obtenido<sup>11</sup> por el otro a menos de que medie un acuerdo, nos encontramos reconociendo que las funciones de utilidad o producción de las conductas (o bienes) son independientes entre sí. Esta circunstancia explica tanto la existencia del mercado, como el sentido del intercambio. En la medida que los beneficios y los costos sólo se atribuyen mediante acuerdos voluntarios (con consecuente revelación de preferencias y de valuaciones subjetivas), no existe otra manera de satisfacer las necesidades experimentadas por los particulares. El desplazamiento involuntario de los costos y beneficios no se produce automáticamente en los casos examinados, salvo, por supuesto, la constatación de una interferencia jurídica. Dicho en palabras llanas, las funciones de utilidad o producción de las conductas (o bienes) analizados no tienen la aptitud de generar el cambio o el desplazamiento de beneficios (o perjuicios) a otros sujetos, esto es, los efectos descritos se circunscribirán

<sup>10</sup> POLINSKY, A. Mitchell. "Risk sharing through breach of contract remedies". En *Journal of Legal Studies* 12. 1983. pp. 427 y siguientes; y, SHAVEL, Steven, "The design of contracts and remedies for breach". En: *The Quarterly Journal of Economics* 99. 1984. pp. 121 y siguientes.

<sup>11</sup> COOTER, Robert y Thomas ULEN *Óp. cit.* pp. 166-168.

a los sujetos que los originaron. Así, se confirmaría el rol del contrato como el medio para la creación, asignación o desplazamiento de costos, riesgos y beneficios.

Cuando se examinan las externalidades (negativas o positivas) la situación es diametralmente opuesta. Las funciones de utilidad o producción de los beneficios o perjuicios experimentados por los particulares sí resultan interdependientes; vale decir, existe una correlación económica directa entre el margen de los costos y los beneficios percibidos o generados por cada parte. Si se prefiere, no interesa si los sujetos llegan o no a un acuerdo; las consecuencias ligadas a sus conductas y/o decisiones individuales serán experimentadas por otros.

En el ejemplo usual de la fábrica que emite humos a los pobladores vecinos a sus instalaciones, el desplazamiento de una parte de los costos vinculados a la actividad económica se producen automáticamente y de manera directa (o, lo que es lo mismo, la existencia de vecinos genera automática y directamente un desplazamiento de los costos de vivir en un ambiente saludable a la fábrica). En la medida que el desplazamiento involuntario es posible y que este genera un costo (o beneficio) injustificado sobre un sujeto que no lo generó o que no otorgó su anuencia para sufrirlo (o aprovecharlo), el sistema jurídico tiende a implementar mecanismos que logren un re-equilibrio.

Dado que los costos y los beneficios analizados son transferidos al margen de un mecanismo de mercado, no se tendría un valor de cambio. Recordemos, en las externalidades los terceros soportan (o disfrutan) los costos (o los beneficios) de las conductas o decisiones de otros de manera directa y aún en contra de sus propios deseos y de la intención de

quien creó la externalidad. Ante ello, ni unos ni otros predispusieron un mecanismo que permitiera revelar o transmitir información sobre sus valuaciones subjetivas, vale decir, cuánto estarían dispuestos a sacrificar para no soportar los costos que le son transferidos o cuánto estarían dispuestos a pagar para aprovecharse de los beneficios que recibe. ¿Cuál es el problema de ello? Sencillo. El particular que ocasiona la externalidad no cuenta con la información que le permita adoptar el nivel de actividad y precaución socialmente deseable (desde un punto de vista de la eficiencia). La solución económica es clara: Debe establecerse un valor a la externalidad de modo tal que el particular pueda ajustar su actividad, lo cual se lograría replicando los efectos del mercado. A este mecanismo es a lo que denominamos “internalización de las externalidades”<sup>12</sup>.

Sin perjuicio de lo indicado, cabría diferenciar dos tipos de externalidades<sup>13</sup>. En un caso resulta posible que los particulares involucrados interactúen a efectos de solucionar el inconveniente, logrando de esta manera que quien creó la externalidad (negativa) la internalice, o permitiendo que quien se beneficia de la externalidad (positiva) compense a quien la creó. Así, todos los casos examinados por Coase en “El problema del costo social”<sup>14</sup> o los casos en que se cumple lo previsto en su teorema se reconducirían a lo apenas esbozado y recibirían la calificación de externalidad privada.

Por su parte, existen algunas externalidades en que los costos implícitos a la negociación entre los particulares involucrados resultan tan altos que pueden calificarse de prohibitivos. En estos casos, la salida privada es prácticamente imposible, por lo que el sistema jurídico construye una regla por defecto o un régimen legal destinado a reconocer una solución al *impasse*<sup>15</sup>. Por ello, se califica a estas

<sup>12</sup> Para una visión general de la manera en que se produce este objetivo, ver: BUCHANAN, James M. y Roger L. FAITH. “Entrepreneurship and the internalization of externalities”. En *Journal of Law & Economics* 24. 1981. pp. 95 y siguientes; y, KAPLOW, Louis. “On the taxation of private transfers”. En: *Tax Law Review* 63. 2009. pp. 159 y siguientes. Lógica que también ha sido expuesta en el Derecho Civil a propósito del análisis de la responsabilidad objetiva: TRIMARCHI, Pietro, “Rischio e responsabilità oggettiva”. Milán: Giuffrè. 1961. p. 14.

<sup>13</sup> El planteamiento se suele reconducir al siguiente ensayo: HARTWICK, John M. y Nancy D. OLEWILER. “The economics of natural resource use”. En: *Land Economics* 62. 1986. pp. 422 y siguientes. Sin embargo, una serie de investigaciones posteriores hacen eco de esta diferencia: KULA, Erhun, “Economics of natural resources and the environment”. Londres: Chapman & Hall. 1992. pp. 152 y siguientes; y, COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Op. cit.*, pp. 139-142.

<sup>14</sup> COASE, Ronald H. “The problem of social cost”. En *Journal of Law & Economics* 3. pp.1 y siguientes.

<sup>15</sup> Es la consecuencia natural del teorema de Coase: En un mundo donde existen costos de transacción altos, la regla legal sí importa. Sin embargo, no estoy sosteniendo una salida pública de manera inmediata; lo único que señalo es que si existen estos altos costos de transacción y la salida privada resulta imposible, entonces

externalidades como públicas. Naturalmente, la determinación de cuál salida (si la privada o la pública) resulta deseable desde un punto de vista de eficiencia se supedita a diversas consideraciones, tales como el alcance de los sujetos afectados por la externalidad (si el número es bajo resulta probable un acuerdo, favoreciendo la salida privada)<sup>16</sup>, los costos de transacción (a más baja su cuantía mayor probabilidad de arribar a una salida privada) y así por el estilo. La acotación de Coase acerca de que no podemos inclinarnos automáticamente por la solución pública permanece en lo sustancial.

Si ligáramos lo explicado con respecto a las externalidades positivas y negativas, percibiríamos, por ejemplo, que el Derecho Contractual es la esencia del funcionamiento de mercado, además de ser el mecanismo privado usual para la internalización de externalidades. Empero, el resto de las áreas del Derecho no se quedan atrás —aunque la vinculación es un tanto más oculta. La Responsabilidad Civil es una salida pública al problema de la externalidad negativa, mientras las acciones restitutorias (el enriquecimiento sin causa y la gestión de negocios ajenos) serían las salidas públicas al impasse creado por una externalidad positiva. Otro tanto se puede decir de los interdictos o las acciones destinadas a solucionar los conflictos por razón de vecindad que atacan supuestos concretos de externalidades negativas, aunque en ellos la salida privada es aún posible —tal como lo explicó Coase.

La última precisión tiene por objetivo demostrar la vinculación intrínseca entre diversas ramas del Derecho y el problema de las externalidades. Esto no resulta casual. Un sector de la teoría económica postula que el gran problema afrontado por dicha ciencia es justamente

el control de las externalidades<sup>17</sup>. Al margen de ello, como adelanté, la investigación se circunscribe a las externalidades negativas y, sobre todo, a aquellas que generan soluciones públicas, aunque se podrían aplicar —con ciertas adaptaciones— a las soluciones privadas.

La externalidad es, en síntesis, un problema de costos de transacción. En este punto no resulta complicado entender por qué. En un mundo sin costos de transacción, los particulares podrían, mediante acuerdos, lograr la internalización de la externalidad creada. Desafortunadamente, no nos movemos en un mundo sin costos de transacción y es por ello que requerimos de las soluciones públicas (entre ellas la Responsabilidad Civil). La elección realizada se justifica en que las externalidades negativas son las más relevantes y frecuentes en la realidad (y en el propio análisis jurídico), además de que explican la imposición de un precio o una sanción sobre quien originó el costo (perjuicio) en la esfera jurídica ajena.

En un mundo sin fricciones para los intercambios, los dañantes y las víctimas negociarían entre sí logrando —como se dijo— la internalización, pero más importante aún, mediante el acuerdo se transferiría la información requerida para que los involucrados produzcan la mezcla idónea de actividades y precauciones, situación que maximizaría su propio bienestar y el bienestar de la sociedad<sup>18</sup>.

Dado que los costos de transacción existen y su magnitud es lo suficientemente alta como para inhibir una solución privada que re-equilibre el *status quo*, se manifiesta la necesidad de contar con una salida pública. En el ejemplo usual de los accidentes de tránsito, se observa que los peatones y los conductores se encuentran incapacitados de identificarse entre sí y

se debe dar paso a una salida pública. Al margen de ello, la salida pública tenderá a ser supletoria, salvo que existan razones para tornarla imperativa (la protección de intereses públicos).

Sobre el punto, ver: SCHLAG, Pierre. "The problem of transaction cost". En: Southern California Law Review 62. 1999. pp. 1661 y siguientes, en particular pp. 1679-1687; SCHWARTZ, Alan. "The default rule paradigm and the limit of contract law". En: Southern California Interdisciplinary Law Journal 3. 1993. pp. 389 y siguientes.

<sup>16</sup> Como se tuvo la oportunidad de precisar, las externalidades privadas por lo general son susceptibles de una salida de mercado (salida privada vía negociación) pero en el caso de las externalidades públicas (atadas de manera usual a un mal público) tienden a cobrar mayor realce las salidas ajenas al mercado justamente por la dificultad de implementar una salida privada.

<sup>17</sup> A favor: BUCHANAN, James M. y William CRAIG STUBBLEBINE. "Externality". En: *Economica* 29. 1962. pp. 371 y siguientes; en contra: Dahlman, Carl J. "The problem of externality", en *Journal of Law and Economics* 22. 1979. pp. 141 y siguientes.

<sup>18</sup> La minimización del costo social como uno de los objetivos de la responsabilidad extracontractual se puede leer en: POSNER, Richard A. y William L. LANDES. "The positive economic theory of Tort Law". En *Georgia Law Review* 15. 1981. pp. 851 y siguientes, pp. 868-872.

celebrar *ex ante* acuerdos recíprocamente beneficiosos, por lo que —en su momento— surgió la necesidad de modelar un régimen como la Responsabilidad Civil que, en lo sustancial, minimice el número y gravedad de los accidentes<sup>19</sup>.

En el mundo real, esto es, en el mundo en que existen costos de transacción, el sistema ideal de responsabilidad extracontractual —al menos desde una óptica económica— fijaría reglas que induzcan a los involucrados en el potencial evento dañoso a adoptar un nivel de actividad y precaución equivalente al que se habría alcanzado en un mundo sin costos de transacción. Si el objetivo parece de por sí ambicioso, la situación se complejiza cuando incorporamos en el análisis el impacto de las externalidades.

En este punto del discurso es indudable que la responsabilidad extracontractual se ocupa de las externalidades negativas, aunque deja un segmento de ellas para otras ramas del Derecho o, acaso más interesante, opta por mantener el peso económico del daño sobre el sujeto que sufrió la externalidad, sin desplazarla nuevamente a aquel sujeto que la originó. La precisión es importante para comprender la enorme amplitud y centralidad de las externalidades en las investigaciones ius-económicas.

El primer factor que explica la expansión de la Responsabilidad Civil y las externalidades reside en la complejidad tecnológica, la sofisticación de las relaciones sociales y la cercanía entre los agentes económicos. Cada una de estas circunstancias explica un segmento significativo de los daños ocasionados diariamente en toda sociedad moderna. Por su parte, en segundo lugar, la imprecisión conceptual en torno al término externalidad es de larga data. Así, a pesar de que en el Perú se realizan inves-

tigaciones jurídicas aprovechando el enfoque económico desde hace poco más de veinticinco años, no existen estudios concretos sobre este tópico.

La referencia a este concepto —al margen del uso (y abuso) de ejemplos— resulta muy limitada; tal vez lo usual sea aludir a la externalidad como la divergencia entre el costo social y el costo privado de cierta actividad o transacción. En otros términos, podría decirse que, considerando la integridad de los acuerdos alcanzados en los diversos mercados (sean explícitos o implícitos) por la totalidad de agentes económicos, todavía existen ciertos desplazamientos económicos no internalizados, dado que las fuerzas del mercado resultan incapaces de afrontar esa tarea. A pesar de lo anterior, acotaré que las externalidades constituyen una realidad insoslayable y una característica consustancial al funcionamiento de cualquier mercado concreto, nada más que en doctrina se le conoce como una falla de mercado.

Hace poco más de cincuenta años, Buchanan y Stubblebine declararon que las externalidades eran el corazón de los cuestionamientos dirigidos por la microeconomía hacia la organización de un mercado<sup>20</sup>. El asunto es sumamente problemático. Cuando las externalidades impactan en terceros modifican la manera en que se comportan. ¿Por qué sucede ello? Una externalidad modifica el precio relativo de ciertas actividades o decisiones, tornándolas más caras o más baratas de lo que, desde un punto de vista social, efectivamente resultan. En términos más precisos, una externalidad positiva subsidia el desarrollo de cierta actividad, mientras que una externalidad negativa grava injustamente otras actividades; en uno u otro caso, se ocasiona que el nivel de tales actividades no se ajuste a lo socialmente de-

<sup>19</sup> La meta primaria de la responsabilidad extracontractual ha sido recurrentemente expuesta en: CALABRESI, Guido. "Some thoughts on risk distribution and the Law of Torts". En: Yale Law Journal 70. 1961. pp. 499 y siguientes. También en: CALABRESI, Guido. "The decision for accidents: An approach to non-fault allocation of costs". En: Harvard Law Review 78. 1965, pp. 713 y siguientes; CALABRESI, Guido. "Transaction costs, resource allocation and liability rules — A comment". En: Journal of Law and Economics 11. 1968. pp. 67 y siguientes; CALABRESI, Guido. "Does the fault system optimally control primary accident costs". En: Law and Contemporary Problems 33. 1968. pp. 429 y siguientes; CALABRESI, Guido. "Right approach, wrong implications: A critique of McKean on Products Liability". En: University of Chicago Law Review 38. 1970. pp. 74 y siguientes; CALABRESI, Guido. "Toward a test for strict liability in Torts". En: Yale Law Journal 81. 1972. pp. 1055 y siguientes; entre otros. Asimismo, ver: CALABRESI, Guido. "The cost of accidents: A legal and economic analysis". New Haven: Yale University Press. 1970.

Por su parte, en: POSNER, Richard A. y William L. LANDES. Óp. cit. p. 872. Nota al pie (55), los autores reconocen que el costo de la identificación y negociación *ex ante* entre los vinculados en un accidente resulta prohibitivo.

<sup>20</sup> BUCHANAN, James M. y William CRAIG STUBBLEBINE. Óp. cit. pp. 371 y siguientes.

seable<sup>21</sup>. La discordancia se produciría por la modificación artificial en los costos y los beneficios afrontados por los individuos afectados o favorecidos con la externalidad<sup>22</sup>.

En otras palabras, las externalidades serían capaces de provocar una pérdida social. Adviértase que la externalidad ocasiona que un tercero asuma costos no ligados a su propia actividad, lo cual incrementa artificialmente el precio de intercambio de los bienes o servicios que ofrece (o de actividades que realiza para su satisfacción personal). Así, impide que ciertos intercambios que desde un punto de vista privado y social resultan económicamente beneficiosos lleguen a producirse (en las externalidades negativas), o alienta intercambios que en otras circunstancias debieran ser calificados de ineficientes, al subsidiar los costos de cierta actividad (en las externalidades positivas).

Sentadas las bases del importantísimo papel de las externalidades en el análisis ius-económico, se pueden vislumbrar dos conclusiones preliminares: (i) En tanto que las fuerzas de mercado no son capaces de eliminar estas ineficiencias, se requiere un tipo de acción gubernamental; y, (ii) la acción gubernamental debe crear (o imitar los efectos de) un mercado que permita a los agentes económicos la realización de los intercambios y acuerdos dirigidos a internalizar estos costos.

Desde un punto de vista ius-económico, una de las posibles razones que explicaría por qué las fuerzas de mercado no logran internalizar estos costos reside en que el agente responsable de la creación de la externalidad (o quién se beneficia de esta) percibe o determina que el costo de la internalización resulta más alto que sus beneficios. En última instancia, las externalidades revelan la existencia de costos de

transacción. La razón es simple. Si la externalidad persiste es porque los costos ligados a la negociación no pueden ser asumidos por los involucrados (dado su magnitud o porque no compensan los beneficios) o, lo que es peor, la actividad generadora no resulta económicamente viable si es que se le fuerza a asumir la totalidad de los costos que le son inherentes.

### III. DELINEANDO LAS DIFERENCIAS ECONÓMICAS ENTRE PRECIOS Y SANCIONES

Si bien todas las consecuencias impuestas sobre un individuo tienen el objetivo común de dar un mensaje de disuasión tendente a evitar la generación de perjuicios, uno debe diferenciar la manera en que se alcanza dicho objetivo. Así, surge la necesidad de distinguir los precios de las sanciones. Intuitivamente, uno identifica que ciertas consecuencias anexas a una conducta o decisión imponen sobre quien la ejecutó un desembolso pecuniario semejante a un precio (es decir, el sistema jurídico le cobra al particular por comportarse de cierta manera o por tomar cierta decisión); mientras que, en otras circunstancias, la consecuencia anexa a la conducta o a la decisión se expresa en un desembolso pecuniario semejante a una sanción (el sistema no le cobra al particular, sino que reprime su conducta o decisión).

Sé que a primera vista parece que ambos desembolsos (pecuniarios) son exactamente iguales; sin embargo, ello no es así. El desembolso que impone un precio (una estrategia de precios) tendría la peculiaridad de permitir al particular elegir si causa –o no– la externalidad negativa, por lo que en caso decida seguir adelante con su actividad, el sistema lo forzaría a internalizar los costos ocasionados a terceros. Así las cosas, no es difícil percatarse que un esquema de precios destinado a gravar las conductas o decisiones de los particulares

<sup>21</sup> DAHLMAN, Carl J. Óp. cit. pp.156-161.

<sup>22</sup> Como se dijo, las externalidades negativas o des-economías externas se suelen definir como la divergencia entre el costo privado y el costo social de cierta actividad. Consecuentemente, si no se aplicasen correctivos, se arribaría a un equilibrio no-óptimo en el mercado donde se experimenta la externalidad. En efecto, en un mercado con competencia perfecta, el punto de equilibrio se describe como la intersección de la curva de la oferta con la curva de demanda pues es en ese punto donde el precio del bien logra ser equivalente al costo marginal y al beneficio marginal.

Este resultado, sin embargo, solamente se logra si es que no existen externalidades, lo cual no se ajusta a la realidad. Ello ocasiona que el costo marginal social de la actividad no coincida con el costo marginal privado. Ciertamente, no afirmo que el costo en cuestión deba ser inmediatamente reparado o que deba fijarse un tipo de subsidio que re-equilibre la situación, lo que intento resaltar es que el desplazamiento del punto de equilibrio: (i) No resulta del juego natural de la oferta y la demanda; y, (ii) ocasiona que un segmento de las transacciones beneficiosas que se habrían realizado de no existir la externalidad no lleguen a materializarse, provocando así un resultado no-óptimo. Lo dicho se puede vislumbrar ya en el campo de la responsabilidad civil gracias al trabajo de TRIMARCHI, Pietro. Óp. cit. p. 34.

resulta moralmente neutral. Las conductas o decisiones examinadas no se juzgan como la transgresión de un valor moral, ni mucho menos se calificará negativamente (desde un punto de vista moral) a aquel sujeto que optó por generar la externalidad; únicamente se le fuerza a pagar la totalidad del costo de su decisión o actividad (lo cual importa asumir los costos externos).

Es interesante constatar lo anterior pues, a pesar de que las conductas y las decisiones ligadas a un precio ocasionan perjuicios (o daños resarcibles) sobre terceros, se consideran moralmente aceptables. La idea es claramente contra-intuitiva (o, por lo menos, contraria a las enseñanzas de la teoría jurídica tradicional). Dada tal circunstancia, sugiero no adelantar conclusiones hasta que se finalice con la exposición de la teoría de los precios y sanciones.

El desembolso pecuniario que impone un precio asegura una medida de compensación para los afectados. Nótese que el desembolso no tiene por objetivo evitar, a toda costa, cualquier externalidad negativa, sino únicamente los costos transferidos a terceros que sean ineficientes desde un punto de vista social (esto es, los perjuicios que le cuestan a la sociedad más que los beneficios obtenidos por un individuo en concreto). Cuando un agente económico racional se encuentra sometido a un precio elegirá la conducta lesiva por sobre la no-lesiva si es que los beneficios esperados de ocasionar el perjuicio sobrepasan sus costos esperados. Así, el precio no desalentará (más allá de lo que resulta socialmente deseable) a quienes opten por efectuar una conducta lesiva o que provoca externalidades, toda vez que sabrían: (i) La magnitud o el monto máximo del costo que deberían internalizar; y, (ii) que si los costos externos a asumir son superiores al beneficio esperado de su actividad, entonces deberían inhibirse de actuar; o, de mane-

ra recíproca, que si actúan es porque piensan que el beneficio esperado de su actividad es superior al costo externo.

El esbozo realizado no se corresponde con un sistema de desembolsos pecuniarios destinados a imponer una sanción o castigo sobre el sujeto que creó la externalidad. El desembolso que tiene por objetivo sancionar se encuentra atado a una conducta o decisión que la sociedad sí juzga negativamente (al menos desde un punto de vista moral), por lo que aquí sí existiría un compromiso del sistema jurídico de evitar o prevenir tales conductas o decisiones. Si bien en el desembolso que se comporta como un precio el sistema jurídico intenta prevenir un segmento de las externalidades negativas (perjuicios), su compromiso no es total; al punto que no busca evitar cualquier conducta lesiva, sino únicamente las que pueden calificarse de ineficientes. Por el contrario, en el desembolso que se comporta como una sanción, el sistema jurídico persuade (o al menos intenta persuadir) a los particulares de realizar ciertas conductas, al margen de si las mismas pueden calificarse —o no— de ineficientes<sup>23</sup>.

En este punto creo conveniente dar un paso atrás. Permítanme efectuar una afirmación sobre la cual erigir el resto del discurso, una afirmación que —por añadidura— considero difícilmente controvertible: A menudo los seres humanos (o las organizaciones que conformamos) causan daños a otros. Como se ve, retorno a la noción de externalidad negativa esbozada en el acápite precedente.

No cabe duda que las personas solemos evitar las conductas lesivas por razones tan genéricas como el altruismo o la preocupación de conducirnos conforme a aquellos valores socialmente aceptados en un lugar y momento dado; o por razones tan concretas como el temor hacia las sanciones anexas a dichos comportamientos<sup>24</sup>. Si uno intenta describir estas reacciones

<sup>23</sup> El análisis de las reglas que tutelan las titularidades (reglas destinadas a explicar la asignación, reasignación y la defensa de derechos) fue magistralmente planteada en: CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. "Property rules, liability rules, and inalienability: A view of the Cathedral". En: Harvard Law Review 85. 1972. pp. 1189 y siguientes. En el texto, los autores reconocen que la elección de la reglas a menudo no se sustenta en razones de eficiencia, sino en consideraciones de justicia o distributivas.

<sup>24</sup> En la investigación se acoge el siguiente planteamiento de la teoría micro-económica: La diferencia entre lo que una persona desea y lo que esta puede hacer. Sé que parece una disquisición filosófica, pero en realidad no lo es. Desde la perspectiva acogida cuando uno hace referencia a aquello que persigue o desea un sujeto, se emplea el término "preferencia" (deseos, valores, fines, inclinaciones, etcétera), mientras que se utilizará el término "restricción" para sintetizar a todo el conjunto de circunstancias que impiden a los individuos hacer o alcanzar aquello que desean (presupuesto, poder, tecnología, recursos, etcétera), por lo que de esta manera se logra determinar aquello que el sujeto examinado puede realizar.

—o, si se prefiere, tendencias— humanas empleando terminología económica podría sostenerse que las personas se comprometerán/evitarán las conductas lesivas atendiendo al margen de costos o beneficios ligados a estas conductas (la determinación de cuánto ganan o cuánto pierden por conducirse de dicha manera). Si los castigos son altos, un agente económico racional tenderá a evitar generar externalidades negativas o infringir las normas<sup>25</sup>.

Como adelanté, un sector de académicos con formación económica considera que los castigos son un sistema oficial de precios, los cuales informan sobre los costos de los comportamientos lesivos. Bajo esta perspectiva, cada castigo representaría el precio que la comunidad asigna por la producción de una externalidad. Otros académicos se resisten a esta manera de ver las cosas y prefieren conceptualizar los castigos como sanciones o amenazas diseñadas para reforzar mandatos. Desde la perspectiva que homologa los castigos a un sistema oficial de precios, las exigencias legales resultarían reglas flexibles; es decir, los particulares tendrían la prerrogativa de decidir incumplirlas si es que lo consideran conveniente a la luz de sus propios intereses (sin importar los intereses sociales, salvo por la asunción de los costos)<sup>26</sup>. Por el contrario, desde el punto de vista que abandera la idea de los castigos

como un refuerzo de mandatos (y de los valores subyacentes a ellos), los estándares legales se describirían como una línea que se traza para dividir los comportamientos en lícitos e ilícitos; los primeros estarían permitidos a pesar de generar perjuicios y los segundos prohibidos justamente porque generan daños más allá de lo tolerable.

El sistema jurídico apela a ambas herramientas dependiendo del tipo de comportamiento que intenta alentar. Así, si el sistema jurídico (la sociedad) juzga ilícitos ciertos comportamientos es aconsejable que sancione a los individuos que se conducen de dicha manera. Por su parte, si la sociedad desea otorgar a los agentes económicos la libertad de elegir si ejecutan una serie de conductas lesivas, siempre que se implemente una vía para que dichos particulares soporten el coste económico de su conducta, entonces deberá someter este comportamiento a un precio. Las estrategias descritas coexisten en todos los sistemas jurídicos, toda vez que la sociedad no juzga todos los actos lesivos de la misma manera y menos aún se compromete a evitarlos con el mismo énfasis, dado que —entre otros factores— el nivel de reproche (moral) es claramente diferente.

Desde un punto de vista de eficiencia, el legislador (o el juez) empleará la estrategia de pre-

Así, puede decirse que las personas que tienden naturalmente a cumplir la ley, al margen de cuales sean las consecuencias impuestas, tienen una preferencia a sacrificar algún bien o beneficio paralelo a efectos de dar cumplimiento a sus obligaciones. Por su parte, las personas que no tienen tal inclinación a cumplir la ley sí le prestan atención a las consecuencias para determinar si acatan —o no— dicho mandato u obligación.

Lo dicho es importante para ilustrar que un segmento de la población se verá escasamente afectada por los errores en la determinación de una estrategia de represión de conductas, mientras que otra será sensible a dichos errores.

Para una sugerente aproximación a la material, ver: COOTER, Robert. "Models of morality in Law and Economics: Self-control and self-improvement for the 'Bad man' of Holmes". En: Boston University Law Review 78. 1998. pp. 903 y siguientes.

<sup>25</sup> En este punto, aludo implícitamente al enfoque del "*bad man*" propuesto a finales del siglo XIX. Según este enfoque, el sujeto solamente se preocupa por las consecuencias de sus actos y no por los valores que estos manifiestan. La postura se reconduce al conocido trabajo: HOLMES JR, Oliver. "The path of the law". En: Harvard Law Review 10. 1897. pp. 457 y siguientes, en particular p. 459; el cual tiene profundas implicancias al momento de modelar el sistema remedial estadounidense, tal como tuve la oportunidad de resaltar en: SAAVEDRA, Renzo E. "¿Dónde existe un remedio, existe un derecho? Apuntes sobre el aforismo 'ubi remedium, ibi ius' ". Lima: Forsetti 2. 2014. pp. 110 y siguientes.

<sup>26</sup> La descripción efectuada es la que subyace a la teoría del incumplimiento eficiente, por lo menos dentro del *mainstream* del Law and Economics. Sobre el punto, todavía resulta importante la lectura de los trabajos que sentaron sus bases: BIRMINGHAM, Robert L. "Breach of contract, damages measures, and economic efficiency". En: Rutgers Law Review 24. 1970. pp. 273 y siguientes. Sin embargo, en un trabajo anterior ya se podía entrever algo del desarrollo posterior: BIRMINGHAM, Robert. "Damages measures and economic rationality: The geometry of Contract Law". En: Duke Law Journal 49. 1969. pp. 49 y siguientes; y: GOETZ, Charles J. y Robert E. SCOTT. "Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: Some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach". En Columbia Law Review 77. 1977. pp. 554 y siguientes.

En nuestro medio resulta indispensable la consulta de: BULLARD, Alfredo. "¿Cuándo es bueno incumplir un contrato?". En: "Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales". Segunda edición. Lima: Palestra. 2006. pp. 315 y siguientes.

cios cuando socialmente exista un consenso sobre la permisibilidad de la conducta lesiva, forzando únicamente al sujeto a internalizar los costos que su conducta inflige a otros. Por el contrario, el legislador (o el juez) empleará la estrategia de sanciones cuando existe un acuerdo general en la sociedad acerca de la ilicitud de la conducta lesiva por lo que se inclina a prohibirla. Dicho en otras palabras, las sanciones se ligan a actos (lesivos) prohibidos mientras que los precios se atan a actos (lesivos) permitidos<sup>27</sup>.

#### IV. FORMULANDO UNA TEORÍA NORMATIVA PARA LA PRODUCCIÓN JURÍDICA

Si se toman en consideración los lineamientos trazados, la labor que afronta el legislador (o el juez) es determinar cuándo el desembolso pecuniario a ser impuesto tiene que reconducirse a la idea de un precio y cuándo debe hacerlo a la idea de una sanción. A efectos de simplificar el análisis, creo que lo más sencillo resulta resumir estas ideas en dos preguntas:

¿El sistema jurídico permite al agente realizar la conducta lesiva siempre que pague un castigo igual al costo social impuesto por su acción?

¿El sistema jurídico se esfuerza por desalentar la conducta informando que el castigo a imponerse es una consecuencia de su ilicitud o de la prohibición implementada?

En los términos descritos, si uno responde afirmativamente, la primera pregunta concluirá que la sanción pecuniaria a imponerse al particular debe conducirse como un precio, mientras que si se responde afirmativamente a la segunda interrogante, estaríamos reconociendo que dicho desembolso se manifiesta como una sanción.

No niego que la enunciación de estas reglas resulta más clara que su identificación en un caso concreto, por lo que, a efectos de identificar en qué escenario nos encontramos, resultará útil recoger otros indicios. El primer indicio válido es observar si el desembolso a imponerse tiende a incrementarse progresivamente en caso la conducta resulte sistemática o, si se prefiere, si el particular reincide en ella. La reacción jurídica identificada es un claro reflejo de la repugnancia o rechazo que la sociedad tiene para con dicha conducta.

Otro indicio válido es observar que el castigo se vincula —o no— a un estado mental tanto como una condición de imputabilidad, como un criterio de imputación. Así, si el sistema jurídico exige que el sujeto productor de la externalidad negativa sea capaz, o que ejecute la conducta lesiva en un estado mental concreto, entonces el castigo tiene la configuración de una sanción y no la de un precio.

En términos semejantes, cuando el desembolso pecuniario se configura como un precio, no hay una preocupación del sistema jurídico por la reincidencia ni por la presencia de un concreto estado mental. En síntesis, la necesidad de imponer el desembolso pecuniario no se activa por la presencia de un particular estado mental, ni mucho menos se ve incrementado por el nivel de reincidencia incurrida por el autor. La razón: Si el sistema jurídico ligase el desembolso a ser impuesto a tales consideraciones se contravendría el objetivo de la estrategia de precios, esto es, permitir que el sujeto realice la conducta lesiva o generadora de costos externos siempre que luego los internalice<sup>28</sup>.

Adviértase que el precio a ser asumido por un concreto agente generador de externalidades

<sup>27</sup> Cabe precisar que en este punto no me refiero a los actos o hechos lícitos dañosos, toda vez que ellos salen del campo de la responsabilidad civil. Sin embargo, no tengo dudas de que a tal categoría doctrinal le resulta de aplicación una estrategia de precios.

Para una aproximación a la teoría de los actos o hechos lícitos dañosos, ver: MIRABELLI, Giuseppe, "L'atto non negoziale nel diritto privato italiano". Nápoles: Jovene. 1955. pp. 111 y siguientes; SCOGNAMIGLIO, Renato. "El acto jurídico, traducción y notas de Leysser L. León". Lima: Advocatus 10. 2004. pp. 82-83; y, en nuestro medio, LEÓN, Leysser. "La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas". Segunda edición corregida y aumentada. Lima: Jurista Editores. 2007. pp. 500-509.

La acotación es importante porque el análisis efectuado revela el funcionamiento de ambas estrategias, los incentivos involucrados y la información necesaria para implementarlo; mas no resulta útil para determinar su naturaleza jurídica (aunque la aproximación económica sí puede eventualmente brindar ciertos indicios). En este punto podría ser de interés la lectura de la opinión de: COMPORTI, Marco. "Esposizione al pericolo e responsabilità civile". Nápoles: Morano. 1965. pp. 213-254.

<sup>28</sup> Esto no inhibe que la regulación de una conducta siga inicialmente una estrategia de precios y luego pase a una estrategia de sanción, con lo cual el análisis se complejiza y es posible incorporar las variables aludidas (sobre todo en ciertos sistemas jurídicos con desarrollos jurisprudenciales más complejos).

puede variar frente al precio pagado por otro individuo. La discrepancia no guarda relación con el estado mental ni con la reincidencia, sino que se asocia a la magnitud del costo externo que se desplaza del agente generador. Como tuvo la oportunidad de subrayar, el precio es igual al costo social de la conducta, situación que explica tanto la discrepancia en el precio pagado por diversos agentes económicos por conductas si-

milares, como el cumplimiento del objetivo que ha sido fijado por el sistema jurídico.

Lo descrito, nuevamente, no se cumple en el caso de los desembolsos pecuniarios que tienen por propósito sancionar al agente generador de externalidades<sup>29</sup>. El desembolso a imponerse a menudo puede ser superior al costo social del daño. Dado que la meta de

<sup>29</sup> En ocasiones, en nuestro país se arguye que la solución a un caso concreto puede ser calificada de justa o, incluso, de eficiente a pesar que a nivel de sistema (o, si se prefiere, de coherencia interna del ordenamiento en su conjunto) tal “solución” entre en colisión con otros intereses y/o instituciones jurídicas. Ello es a todas luces cuestionable.

Sin ánimo de efectuar un ataque al sistema del Common Law, del cual pueden extraerse una serie más que interesante de conclusiones y enfoques alternativos (para no caer en la fácil –y errada– confusión entre las soluciones propuestas por el Law & Economics y aquellas del Common Law), propongo al lector pensar en los casos en que las Cortes estadounidenses imponen *punitive damages*.

En tales situaciones, se desea imponer al *wrongdoer* una suma dineraria extra que lo incentive a procurar un nivel de inversión en precauciones superior al actual –si se actúa con *reckless disregard* o *gross negligence*– o para alinear su interés privado con el interés público –si se actúa con *malice* o *intent*. Así las cosas, ¿qué desea evitarse con el uso de este remedio? La respuesta es relativamente sencilla. Se piensa, y la economía así lo demuestra, que la mera imposición de un resarcimiento (compensatorio) no trae equilibrio (una de las varias funciones de la responsabilidad civil o, en específico, de los *torts*), en la medida que tal monto (en el caso de un resarcimiento por equivalente dinerario) no logra que el infractor (o *wrongdoer*) internalice la totalidad de los costos económicos que su obrar significa para la sociedad (esto es, una parcela de los costos externos permanece en los terceros o en la sociedad). En definitiva, la discordancia entre el costo social y el costo privado de la actividad lesiva permanece.

La discordancia anotada se produce porque el resarcimiento, como remedio jurídico, únicamente se limita a trasladar los costos asociados al daño sufrido por la víctima hacia el infractor; vale decir, el resarcimiento (o *damage*) tiene vocación de ser equivalente al daño causado al damnificado. Así, el resarcimiento –como el vehículo que procura restablecer el *status quo* ante– logra, por lo general, dicho objetivo con el traslado de los costos sufridos por la víctima hacia el patrimonio de quien resulta ser el dañador (siempre que la suma impuesta a este sea plenamente compensatoria); sin embargo, en algunas circunstancias se presentará una discordancia en los costos apenas aludida (sobre todo cuando los beneficios asociados a la actividad lesiva y que son percibidos por el dañador resultan superiores al valor esperado del potencial perjuicio causado a la víctima privada multiplicado por el riesgo de que se le detecte y se le encuentre responsable).

En tal sentido, y a pesar de realizarse el traslado de costos entre la víctima y el dañador, una serie de costos económicos serán asumidos por la sociedad en su conjunto. Dado que se produce el nivel de incentivos que resultan socialmente deseables sobre el infractor (vía la internalización de los costos sociales asociados a su propia conducta), es previsible que este –en tanto un agente económico racional– mantendrá su conducta actual, la cual redundará en futuros daños y pérdidas sociales (no existiría, por lo tanto, una reducción del número y/o gravedad de los supuestos generadores de daño). Naturalmente, la discordancia en los costos se presentará con facilidad en las actividades económicas en que el dañador percibe una alta rentabilidad y/o en los casos en que los costos a ser asumidos por la víctima para lograr una sentencia favorable resultan prohibitivos (o, si se prefiere, la inversión a realizar es elevada en comparación con el daño efectivamente sufrido y/o con las probabilidades de éxito de una eventual acción legal, lo cual redundó en su momento en la implementación de *class actions*).

En definitiva, para evitar que la sociedad asuma los costos que la actividad privada del dañador genera, se le impone al dañador el pago de un monto dinerario por concepto de *punitive damages* (resulta tan común, como errado, el uso del término daños punitivos para hacer referencia a estos desembolsos). Empero, ¿Cuál es el problema? Simple: La imposición de este remedio tiene el mérito de incentivar conductas de precaución en el infractor, pero no puede decirse lo propio respecto de los incentivos recibidos por la potencial víctima. En efecto, los *punitive damages* producirían un incentivo perverso si las víctimas retuviesen para sí el monto aludido, pues no se trata de la reparación de un perjuicio sufrido a título individual, por lo que tenderán sea a exponerse, sea a involucrarse (en mayor o menor medida) en las actividades que, por lo general, justifican estos desembolsos (ocasionando un incremento estadístico en el número y/o en la gravedad de los hechos generadores de responsabilidad). Esta es una de las razones que explica por qué en países del Common Law se observa un boom de demandas (parcial o íntegramente) infundadas.

Como es fácil observar, la justicia o la eficiencia de la solución de un caso concreto (en el que ciertamente existe discordancia entre el costo social y privado de un evento dañoso) trae aparejada una incoherencia a nivel de sistema. Sin embargo, considero que es posible emplear una serie de alternativas o conceptos que permitan armonizar los incentivos creados en los individuos involucrados, logrando evitar el surgimiento de problemas como el anotado.

Me parece oportuno resaltar que, en algunos estados de la unión americana, a fin de evitar el surgimiento de incentivos perversos (cuya consecuencia legal se denomina “*gold-digging actions*”) se decidió que el monto desembolsado por concepto de *punitive damages* sea entregado a una asociación que proteja intereses semejantes a los que se vieron afectados con el daño y no directamente a la víctima o demandante.

esta estrategia no es favorecer transacciones o actividades eficientes, sino informar o transmitir el mensaje de que la conducta lesiva se encuentra prohibida, tiene sentido ius-económico incrementar el monto del desembolso. En definitiva, los desembolsos exigidos por una estrategia de sanción aumentan conforme la necesidad de desalentar las conductas lesivas también se ven incrementadas (de modo particular en ciertos estados mentales o ante la reincidencia del actor); mientras que en los desembolsos exigidos por una estrategia de precio se ajustarán al perjuicio a ser reparado o al costo a ser desplazado (internalizado). Es decir, la regla general permanece inmutable.

Llegado a este punto queda claro que no estoy discutiendo por un rótulo (o por la imprecisión de un símil esbozado por un sector de ius-economistas), sino por las relevantes consecuencias prácticas anexas a la calificación de las consecuencias impuestas sobre ciertas externalidades. Con el objetivo de insistir en el punto, creo importante destacar algunas diferencias de corte teórico-práctico:

#### A. Las metas normativas de los precios y las sanciones

En la medida que los precios se encuentran atados a conductas moralmente aceptables, aun

cuando estas resulten dañosas, a condición de que el agente internalice los costos que impone sobre otros; es previsible que el sistema jurídico adopte tal estrategia cuando juzgue que la conducta lesiva resulta productiva o beneficiosa para los particulares o para el bienestar social. Con ello no se niega que hacemos frente a una externalidad, esto es, ante la imposición de una serie de costos sobre terceros sin contar con su consentimiento; únicamente se reconoce que, en el agregado, la conducta lesiva produce mayores beneficios que perjuicios.

En definitiva, la meta de la estrategia de precios no es prohibir; antes bien, tiene por propósito permitir las actividades lesivas que producen un bienestar social neto. A ello se agrega que los desembolsos impuestos a quienes realizan la actividad lesiva se incorporen consistentemente en su proyección de costos, esto con el objetivo de que los agentes económicos determinen si su actividad es beneficiosa aun cuando internalicen el costo social total. Si la respuesta resulta positiva, esto es, que la actividad generadora de la externalidad aun es vista como beneficiosa por el particular y por la sociedad<sup>30</sup>, entonces la actividad se verificará en la realidad a pesar de los costos impuestos (temporal o permanentemente)<sup>31</sup> sobre terceros (recordemos que la eficiencia de Kaldor-Hicks<sup>32</sup> exige la compensación po-

Para una detallada e informada aproximación al fenómeno aludido, consúltese: COOTER, Robert D. "Punitive damages, social norms, and economic analysis". En: *Law and contemporary problems* 60. 1997. pp. 73 y siguientes; así como: POLINSKY, Mitchell y Steven SHAVELL. "Punitive damages: An economic analysis". En: *Harvard Law Review* 111. 1998. pp. 869 y siguientes. En nuestro sistema jurídico ya existen voces que denuncian este defecto de los *punitive damages*, por lo que es oportuno, además de justo, mencionar aquí la obra de: FERNÁNDEZ, Gastón. "Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del Civil Law)". En: LEÓN HILARIO, Leysser (Editor). "Estudios sobre la responsabilidad civil". Lima: Ara Editores. 2001. pp. 229 y siguientes, en particular pp. 262-268.

Finalmente, en el Civil Law también se imponen reparaciones superiores al daño individual sufrido por quien resultó ser la víctima de la actividad lesiva. Esto se justifica en varias razones: (i) La naturaleza de la actividad; (ii) el estado subjetivo con el cual se efectuó la actividad; (iii) la naturaleza del interés lesionado, etcétera; todos los casos aludidos suelen reconducirse a lo que la doctrina civilista denomina pena privada o, por lo menos, bajo el rótulo de la función aflictivo-consolatoria de la responsabilidad civil.

<sup>30</sup> Pienso en la producción de medicamentos o en cualquier otro bien de consumo masivo. En estos casos, la sociedad considera valiosa la actividad por sí misma, aun cuando sabe que un segmento de consumidores se verá afectado por defectos en la fabricación (algunos de los cuales son auténticamente inevitables, al punto de ser estadísticamente determinables). Los beneficios agregados de la actividad compensan este segmento de daños. Si bien en términos económicos este punto resulta innegable, reconozco que puede causar cierta perplejidad desde un punto de vista jurídico. Sin embargo, fue correctamente identificado por un conspicuo académico nacional: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "La responsabilidad extracontractual". Tomo II. Séptima edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. pp. 286 y siguientes; aunque existen precedentes en el sistema del Civil Law: COMPORTI, Marco. Óp. cit. p. 23; y TRIMARCHI, Pietro. Óp. cit. p. 13.

<sup>31</sup> Como correctamente se sostuvo en: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Óp. cit. pp. 327 y siguientes.

<sup>32</sup> El criterio fue planteado independientemente en: KALDOR, Nicholas, "Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility". En: *The Economic Journal* 49. 1939. pp. 549 y siguientes; y: HICKS, John Richard. "The foundations of welfare economics". En: *The Economic Journal* 49. 1939. pp. 696 y siguientes; pero luego sintetizado por: DE SCITOVSKY, Tibor. "A note on welfare propositions in economics". En: *The Review of Economic Studies* 9. 1941. pp. 77 y siguientes.

tencial y no una compensación efectiva. Por el contrario, si la respuesta resultase negativa, la actividad productora de externalidades no tendría un margen positivo de beneficios para el particular y para la sociedad. El bienestar privado del agente productor de las externalidades que caen en este supuesto se maximizaría al minimizar el costo social, tal como se verá más adelante.

Por su parte, la estrategia de los desembolsos reconducibles a una sanción está asociada a las conductas moralmente reprochables, con prescindencia de la eficiencia o el bienestar que, en términos económicos, pueden producir para un segmento de la población o para la sociedad en su conjunto<sup>33</sup>. Bajo esta estrategia, se busca justamente desalentar las conductas valoradas negativamente por una sociedad en un momento dado, por lo que se las califica como ilícitas o prohibidas.

En conclusión, la meta de la estrategia de sanciones es prohibir o reprimir, sin que sea útil el argumento de la eficiencia (privada o social) de la actividad. Los valores implícitos evitan que el examen de eficiencia sea empleado para justificar, en todo o en parte, estas conductas lesivas. El mensaje transmitido a los particulares sería justamente el de represión, por tanto, los sujetos racionales tenderán a evitar las conductas prohibidas para que no se les imponga la sanción. Lo dicho redundante en que el bienestar privado del sujeto generador de externalidades se maximice en el punto en que logra minimizar el costo social, es decir, el punto en que el particular toma las medidas legalmente exigibles para evitar la conducta lesiva prohibida. Este argumento será analizado con detalle más adelante.

## **B. Los efectos sobre los incentivos de los precios y las sanciones**

Atendiendo a estas consideraciones, y asumiendo el modelo estándar del *homo economicus*, es previsible que quien enfrenta sanciones tendrá mayores incentivos para evitar la comisión de conductas lesivas (lo cual exige asumir

costos de prevención) en relación con quien afronta la imposición de un precio. Esto que podría sonar como un comportamiento acorde al sentido común tiene un fundamento económico indudable: La “discontinuidad” presente en los desembolsos anexos a una sanción. La discontinuidad aludida se encuentra en el punto en que la conducta ilícita (o prohibida) se convierte en lícita (o permitida), al margen de los perjuicios ocasionados a los terceros.

En la sección anterior, dije que los sujetos racionales tenderán a evitar las conductas prohibidas para así evitar que se les imponga una sanción, lo cual solamente es posible al tomar medidas de precaución. La implementación de medidas de precaución indudablemente impondrá sobre el sujeto generador de la externalidad una serie de costos.

Si bien la precaución puede tomar diferentes formas, puede decirse que —por lo general— el sistema de sanciones se encuentra diseñado para mantener las conductas de los particulares dentro del área lícita o permitida, lo cual reducirá la potencial responsabilidad del particular (y los costos privados). ¿Cómo sucede ello? La inversión en precaución dista de ser insignificante, al punto que en ocasiones llega a ser prohibitiva para un amplio segmento de la población (pero no para la totalidad de agentes económicos, quienes justamente ejecutan las actividades que producen las externalidades que se controlan bajo tal estrategia); por lo que si el agente productor de externalidades cumple con el nivel de precaución establecido por ley (el cual, en principio, es el nivel socialmente deseable desde un punto de vista de eficiencia), se exonerará de la responsabilidad.

Ahora bien, los costos potenciales afrontados por un sujeto cuya actividad se disciplinará con una estrategia de sanciones son: (i) El costo de la precaución para no incurrir en una conducta prohibida; y, (ii) el costo de la sanción que se le impondría si la precaución no se ajusta al estándar legal. En estos términos, existen básicamente dos escenarios concretos:

<sup>33</sup> El argumento ha sido empleado en el Civil Law para sugerir la superioridad de la responsabilidad fundada en un criterio de imputación subjetivo, por sobre un criterio de imputación objetivo. Sobre el punto, consúltese el trabajo de: COMPORTI, Marco. Óp. cit. p. 19. Por su parte, en el Common Law se afirmó que el derecho de la responsabilidad civil se encuentra marcado por movimientos pendulares; así, de una etapa fundada en un criterio de imputación subjetivo o en un componente moral, se pasa a otra etapa fundada en un criterio de imputación objetivo o sin componentes morales (o inmoral). La afirmación es de: SALMON, John W. y R.F.V. HEUSTON. “On the Law of Torts”. Décimo tercera edición. Londres: Sweet & Maxwell. 1961. p. 25.

- El agente productor de la externalidad cumple el estándar legal de prevención, por lo que únicamente asume el costo económico de la prevención implementada.
- El agente productor de la externalidad no cumple el estándar legal de prevención, por lo que se verá obligado a asumir el costo económico de la prevención que llegó a implementar y el costo económico de la sanción que se le impondrá.

Así, para minimizar su costo privado, un agente económico racional tomará como mínimo el nivel de precaución suficiente para cumplir con la exigencia legal y evadir la responsabilidad de la externalidad. No niego que lo dicho es meramente teórico y limitado al marco estándar de la microeconomía pero no por ello deja de ser útil. Con ánimo de ser un poco más acucioso, diré que los agentes económicos con aversión al riesgo asumirán inversiones adicionales para dejar en claro el cumplimiento del requisito (sobre todo si el estándar no es fácil de percibir dentro de un juicio o arbitraje). En cambio, los agentes económicos neutrales (o sin aversión) al riesgo se limitarán a implementar el nivel exacto de precaución exigido legalmente.

Lo expresado no incorpora el impacto que tendrían las sanciones erróneamente asignadas, las cuales reforzarían el nivel de inversión en los agentes económicos con aversión al riesgo. Por su parte, si las sanciones son correctamente asignadas (o asignadas de manera correcta en un amplio segmento de casos) afianzarán el nivel mínimo de inversión de los agentes neutrales (o sin aversión) al riesgo, toda vez que incorporaran el costo esperado de la sanción al momento de decidir realizar la actividad. Así, realizarán el nivel de inversión en precaución exigido por la ley y no más allá de él (evitando fenómenos de *over-compliance*)<sup>34</sup>. Además, en tal escenario, los agentes económicos evitarán involucrarse en actividades ilícitas ya que –por definición– los costos sobrepasarán sus beneficios.

El sujeto sometido a un desembolso pecuniario que se ajusta a una estrategia de precios tiene un *set* de incentivos sustancialmente diferente. Para él no existe un área de comportamientos permitidos y otra de conductas prohibidas, en realidad su actividad siempre será lícita, lo único que se le exige es asumir los costos generados sobre terceros o internalizar las externalidades. Así las cosas, el costo privado del precio a imponerse al agente generador de la externalidad debe reflejar el costo social, por lo que si este sujeto desea minimizar su costo privado se verá forzado a minimizar los costos impuestos sobre terceros. Lo anterior es totalmente lógico, mientras menor sea el nivel del costo externalizado, menor será el costo que posteriormente se vea forzado a internalizar. Esto me lleva a recordar que el precio de la externalidad es solo una parte de los costos que cierta actividad debe asumir a efectos de que refleje fielmente su costo social.

En definitiva, bajo una estrategia de precios, el agente generador de externalidades realizará la conducta lesiva solo cuando el precio a ser asumido resulte menor que el beneficio esperado de dicha conducta.

Consecuentemente, el legislador (o el juez) deberá elegir una estrategia de sanción por sobre la estrategia de precio cuando –desde un punto de vista social, económico o político– se desee promover ciertos valores, prohibiendo las conductas infractoras de los particulares; mientras que el legislador (o el juez) deberá elegir una estrategia de precio por sobre una estrategia de sanción cuando –desde un punto de vista social, económico o político– se desee promover un segmento de conductas a pesar de que se reconocen como generadoras de daños. El bienestar social en este último caso, juega un rol preponderante.

La diferencia en los incentivos vinculados a los precios y a las sanciones es importante para los legisladores (o los jueces) cuando tienen que decidir cómo regular una conducta. Si existiese información perfecta, el comportamiento socialmente deseable podría lograrse sea a través de los precios, sea a través de las

<sup>34</sup> Para una aproximación al fenómeno de *over-compliance* de las normas (sobre todo a las ligadas a los casos de asignación de responsabilidad), me permito remitir al lector a: CALFEE, John E. y Richard CRASWELL. "Some effects of uncertainty on compliance with legal standards". En: *Virginia Law Review* 70.1984. pp. 159 y siguientes; CRASWELL, Richard y John E. CALFEE. "Deterrence and uncertain legal standards". En: *Journal of Law, Economics and Organization* 2. 1986. pp. 279 y siguientes; y, CHAPMAN, Bruce. "Corporate tort liability and the problem of overcompliance". En: *Southern California Law Review* 69. pp. 1679 y siguientes.

sanciones. Empero, como se expuso previamente, el principal problema ius-económico de las externalidades reside en los costos de transacción anexos a su control y solución, entre ellos el costo de la información relevante. Por ejemplo, si se tuviese información perfecta, el sistema jurídico podría imponer sin inconveniente alguno el precio que internaliza los costos externos o fijaría con facilidad el estándar adecuado, respaldándolo con la sanción capaz de incentivar su cumplimiento. Así, sin importar la aproximación elegida, los agentes que generan externalidades negativas tenderán a adoptar el nivel idóneo y eficiente de precaución.

La realidad es muy diferente. No es posible asumir la existencia de información perfecta, por lo que, sumada a la dificultad de negociación directa, debe formularse una teoría normativa de las sanciones y precios que se ajuste a los lineamientos en el acápite precedente. Ello exige que se preste atención a la tendencia de los legisladores (y jueces) a incurrir en errores, cuestión que, como es fácil intuir, se sustenta parcialmente en los costos de acceso a información.

Los legisladores (y jueces) que crean obligaciones reforzadas con sanciones deben asegurarse de colocar el punto que divide la zona permitida de la zona prohibida en el lugar adecuado. En cambio, los errores al calcular el nivel de sanción o la frecuencia en que serán aplicadas no son cruciales, toda vez que la mayoría de personas respetarán las reglas a pesar de los errores.

Dado que el comportamiento basado en precios no requiere dividir la precaución en una zona permitida y en otra prohibida, el legislador (y el juez) no tiene que decretar el comportamiento socialmente óptimo; en su lugar, el legislador (y el juez) debe fijar el precio adecuadamente (es equivalente a los daños o externalidades negativa causadas). En la medida que los sujetos son susceptibles a la magnitud del precio y a la frecuencia en que son impuestos, la precisión en su determinación y asignación si es crucial para inducir el comportamiento eficiente.

La conclusión para el legislador (y el juez) sería: (i) Si obtener información acerca de los costos externos es baja respecto del costo de obtener información adecuada sobre la conducta que es socialmente óptima, entonces debe controlar la actividad mediante precios; y, (ii) si el costo de obtener información sobre la conducta socialmente óptima respecto de los costos externos causados, entonces debe controlarse la actividad mediante sanciones.

A primera vista, parece paradójico que pueda contarse con información acerca de la conducta socialmente óptima y no sobre la magnitud de la externalidad generada, toda vez que para calcular lo primero se requiere lo segundo. La paradoja quedaría resuelta al considerar el rol de los estándares sociales. Tales estándares sintetizan aquello que se juzga como una conducta socialmente óptima en un lugar y tiempo determinado. En múltiples ocasiones el legislador, (o el juez) aprecia estos estándares para la solución de ciertos conflictos pero, dado su origen, no se dispone de la información con la que los particulares examinaron sus costos y beneficios<sup>35</sup>.

Naturalmente cuando el legislador (o el juez) desee controlar cierta actividad implementado una estrategia de sanciones y no cuente con un estándar social, tendrá que abocarse a la labor de determinar el nivel socialmente óptimo de esta actividad. Esto es importante anotarlo dado que cuando los particulares generan el estándar, no lo hacen conscientemente y menos aún de manera individual. Ahora bien, la ventaja de esta estrategia de regulación es que el cálculo se realiza una única vez (al fijarse el estándar) y no en múltiples ocasiones (reduciendo los costos en la toma de decisiones); aspecto que lo diferencia de la estrategia de precios en que deberá determinarse caso a caso el alcance exacto de la externalidad y con ello establecer cuál deberá ser el monto del precio.

Finalmente, conforme se acentúe la diferencia entre los costos de cumplimiento afrontados por cada individuo, el nivel de información resultará cada vez mayor. En este escenario uno se percató de que la estrategia de control

<sup>35</sup> Algunas ideas útiles para comprender la formación de estos estándares se leen en: POSNER, Richard A., "Social norms and the Law: An economic approach". En: *The American Economic Review* 87. 1998, pp. 365 y siguientes; POSNER, Eric A. "Standards, rules, and social norms". En: *Harvard Journal of Law and Public Pol* 21. 1997. pp. 101 y siguientes; y, PARISI, Francesco. "The formation of customary law". En: *Law and Economics Research Papers Series* 1-06. 2001. pp. 1 y siguientes.

de actividades sustentada en precios se torna cada vez más atractiva. La razón: Uno solamente calculará la externalidad anexa a la actividad lesiva en lugar de buscar equilibrar su costo y su beneficio. No obstante ello, se logrará también el nivel óptimo de actividad (aspecto sobre el que incidiré en la siguiente sección).

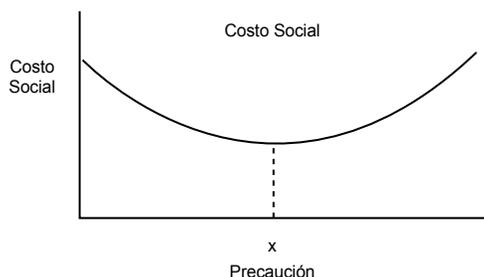
**V. EL IMPACTO DE LA FORMULACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL**

A estas alturas, creo que nadie abanderaría la idea de que la mera existencia de una obligación o la emisión de un mandato resultan suficientes para lograr su cumplimiento. Lo dicho es aún más claro respecto del cumplimiento sistemático de la totalidad de individuos que conforman una sociedad<sup>36</sup>. Por tal motivo, el sistema jurídico suele vincular la regla o el mandato con una sanción o remedio destinado a tutelar el interés que les sirve de presupuesto. En términos un tanto más sencillos: La sanción sería el detrimento soportado por un sujeto por realizar aquello que se encuentra prohibido, es decir, por infringir la obligación o el mandato. Por su parte, el precio sería el desembolso pecuniario exigido por el sistema jurídico por realizar aquello que se encuentra permitido pero que impone sobre otro un menoscabo o sacrificio.

Es importante destacar que las nociones de precio y sanción que acabo de ofrecer no resultan necesariamente consistentes con el lenguaje común o con la terminología ius-económica más extendida. Sin embargo, pienso que recogen los postulados económicos expuestos a lo largo de las páginas precedentes y son lo suficientemente fieles a las enseñanzas del Derecho. Así, podría afirmarse que los ciudadanos sabemos con cierto grado de precisión que la evasión de impuestos se encuentra prohibida, por lo que suele decirse que la multa a pagarse por esta infracción sería el precio que el infractor asumiría. Claramente aquí existe una confusión lexical que valdría la pena solucionar.

En lo sucesivo, asumiré que los agentes económicos realizan ciertas actividades que imponen costos no-contratados sobre terceros. Como se vio, tales costos pueden ser reducidos por el agente si es que invierte en precaución. Adicionalmente, y para efectos de simplificar el punto, calificaré como precaución a todas aquellas inversiones que tienden a reducir los costos que se imponen sobre terceros. Con el objetivo de graficar esta relación entre precaución y el nivel de externalidades generadas sobre terceros, preparé la Figura 1.

**Figura 1**



En el eje vertical “Y” se consignan los costos sociales (la sumatoria de los costos de precaución efectuados por el agente generador y los costos de las externalidades), mientras que en el eje horizontal “X” se consignan los gastos de precaución realizados por el agente generador de la externalidad. Quiero hacer hincapié en que, por último, asumo que un ligero incremento en el nivel de precaución reduce en gran medida el costo externo soportado por terceros cuando la inversión inicial fue baja<sup>37</sup> y que el impacto posterior de la inversión en la reducción del costo externo tenderá a reducirse. En síntesis, asumo que en la inversión en precaución resulta de aplicación la ley de los rendimientos o utilidades marginales decrecientes<sup>38</sup>.

Dadas estas consideraciones, el costo social es una curva en forma de “U” y en donde el nivel óptimo de precaución que minimiza el costo social es el punto más bajo de la curva respecto del eje “X”. En tal sentido, es el punto en

<sup>36</sup> COOTER, Robert. “The intrinsic value of obeying a law: Economic analysis of the internal viewpoint”. En: *Fordham Law Review* 75. 2007. pp. 1275-1280.

<sup>37</sup> En cambio, si la inversión privada previa fue alta (o moderada), el impacto del nivel de precaución tenderá a ser menor y, por tanta, la reducción en el número y gravedad de los accidentes no será tan significativa. Este análisis puede tornarse más sofisticado a efectos de incluir también la información necesaria para evitar o reducir el riesgo de materialización de un daño (externalidad), sobre el punto, ver: SHAVELL, Steven. “Economic analysis of accident law”. Cambridge: Harvard University Press. 1987, pp. 77-79.

<sup>38</sup> FARBER, Daniel A. y Paul A. HEMMERSBAUGH. “The shadow of future: Discount rates, later generations and the environment”. En: *Vanderbilt Law Review* 46. 1993, pp. 267 y siguientes.

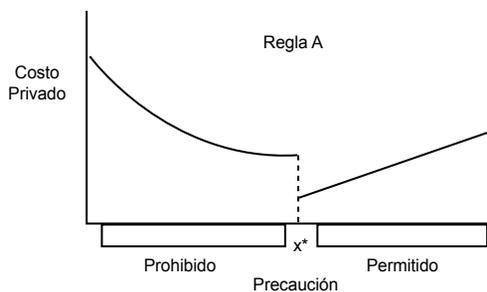
que tanto el agente generador de la externalidad y la sociedad en su conjunto minimizan sus respectivos costos. El primero minimiza el total de los costos de precaución combinados con el total de los costos sociales que le serán transferidos para dejar indemne al tercero.

Ahora es momento de evaluar cómo se asignan los costos representados en la Figura 1. A tal efecto, podríamos dividir el nivel de inversión en precaución en dos zonas. A la primera zona se reconducirían las hipótesis en que el agente generador de la externalidad efectuó inversiones en un nivel aceptable y a la otra zona se reconducirían las hipótesis en que las inversiones no se consideran suficientes; o, si se prefiere, una zona de actividad permitida (aunque dañosa) y una zona de actividad prohibida (en tanto dañosa). Para ello debe formularse un estándar legal de precaución, el cual sintetizaría la idea de que si el agente toma cierto nivel de precaución (o más alto) no se verá forzado a soportar el costo de las externalidades causadas en terceros y si, por el contrario, no asume el nivel de precaución exigido por el estándar, entonces será forzado a soportar el costo de dichas externalidades (Regla A)<sup>39</sup>.

En este orden de ideas, la regla reseñada reconoce que el sistema jurídico puede extraer una suma dineraria de aquellos agentes productores de externalidades que no ajustan su conducta al estándar legal establecido o, si se prefiere, a aquellos particulares que no ajustan su nivel de inversión en precaución a aquel monto establecido en la normativa. Las conductas examinadas caerían, por tanto, en la zona de actividad prohibida.

La Figura 2 ilustra el comportamiento de la Regla A. En el eje vertical "Y" se consigna el costo en precaución y el costo de la sanción que se le impone por no ajustarse al estándar; por su parte, en el eje horizontal X se consigna

Figura 2



el nivel específico de precaución desarrollado por el particular. Así, si el agente se encuentra por debajo del estándar  $X^*$  se verá forzado a asumir no solo el costo (bajo) de la precaución implementada, sino el costo económico de la sanción (la externalidad sufrida por el tercero)<sup>40</sup>; en cambio, si el agente invierte más allá del estándar  $X^*$ , únicamente deberá asumir el costo de su precaución (la cual se encuentra en aumento).

Nuevamente, en el análisis se asume que el monto de la sanción a imponerse sobre el agente será igual a la externalidad generada<sup>41</sup>. La forma de la curva será, por lo tanto, similar a aquella representada en la Figura 1; por ello, los puntos  $X$  y  $X^*$  que sintetizan el nivel óptimo en la inversión en precaución y la minimización del costo social, también serán similares. Hasta este punto se encuentran las similitudes. Dado que el nivel de precaución se encuentra elevándose, se llegará a un punto de discontinuidad; esto es, el punto en que el agente generador de las externalidades adapta su comportamiento al estándar legal y, como consecuencia, no se verá forzado a asumir el costo de la externalidad. De conformidad a esta regla, al ajustar su nivel de inversión en precaución, el agente productor de la externalidad únicamente deberá asumir el costo de su precaución<sup>42</sup>.

Lo expresado describe con precisión el comportamiento de un sujeto racional, neutral

<sup>39</sup> La combinación de ambas reglas es la que genera la discontinuidad aludida en la sección 3.2.

<sup>40</sup> De acuerdo con las consideraciones expuestas previamente, la magnitud de la externalidad se encuentra en caída, toda vez que a mayor nivel de precaución menor será la cuantía de la externalidad.

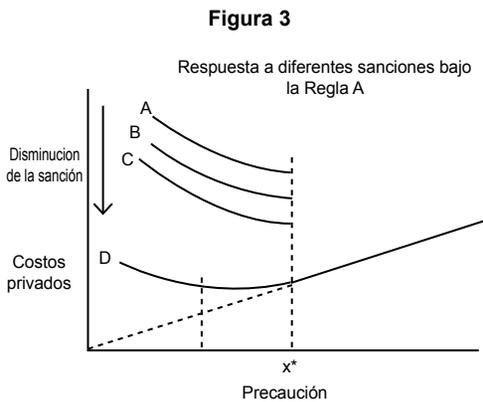
<sup>41</sup> SHAVELL, Steven. Óp. cit. pp. 127-163.

<sup>42</sup> Tal discontinuidad explicaría por qué un sector de juristas y economistas han sostenido, a lo largo de los años, que el criterio de responsabilidad subjetiva puede haberse constituido (y aún lo haría en ciertos casos) como una vía para subsidiar el desarrollo tecnológico o algunas industrias consideradas valiosas (a pesar del nivel incipiente de su desarrollo y los riesgos de generación de daños). Sobre el punto, consúltese: POSNER, Richard A. "A theory of negligence". En: *Journal of Legal Studies* 1. 1972. pp. 29 y siguientes, en particular pp. 29-30; y, SHUGERMAN, Jed Hendelsman. "The floodgates of strict liability: Bursting reservoirs and the adoption of *Fletcher v. Rylands* in the guided age". En: *Yale Law Journal* 110. 2000. pp. 333 y siguientes.

al riesgo y con interés auto-centrado. A un agente de estas características solamente le interesa evadir la responsabilidad, por lo que ajustará su conducta al estándar legal y no irá más allá (un sujeto con aversión al riesgo irá más allá del estándar y lo propio hará un sujeto altruista, al margen de si la inversión tiene un costo marginal positivo). Lo interesante, al menos desde una óptica ius-económica, es que el efecto descrito se logrará aun cuando el monto de la sanción no sea igual a la externalidad, basta que sea lo suficientemente alto con relación al estándar para que con su cumplimiento se minimice el costo privado. Ello se encuentra sintetizado en la Figura 3. Naturalmente, si la discrepancia entre el monto de la sanción y la externalidad que ha sufrido el tercero es demasiado marcada, se generará un desplazamiento en el nivel esperado de precaución, lo cual la alejaría del nivel socialmente deseable desde la óptica de la eficiencia.

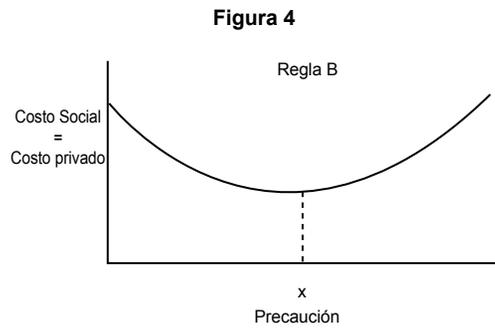
Lo expresado se sintetiza en la Figura 3. Las sanciones impuestas en las curvas B y C, aunque no necesariamente se ajustan al monto exacto de la externalidad descrita en A, conservan el nivel óptimo de precaución en  $X^*$ . Por su parte, la curva D, al haberse alejado demasiado del monto de la externalidad, ocasiona un nuevo punto de minimización del costo privado en precaución, la cual no lograría el objetivo de minimizar el costo social<sup>43</sup>.

Sin embargo, aún podríamos formular una segunda regla (Regla B). De acuerdo con esta regla, el agente económico deberá pagar el monto de las externalidades que su actividad genera en terceros, al margen de su nivel concreto de precaución. Esto provocará que



los costos privados del agente se igualen al costo social de su actividad, toda vez que es el punto en donde el costo social de la actividad se internaliza. El cambio ocasiona que el eje vertical "Y" de la Figura 1 se represente ahora como "costo social = costo privado", mientras que el eje horizontal "X" aún representará el costo de precaución desplegado por el particular.

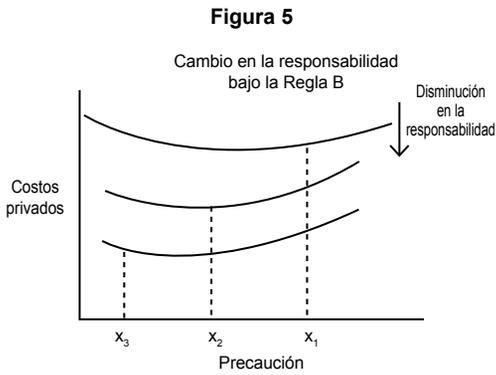
Lo expresado se observa en la Figura 4. El costo privado del agente se minimiza en el punto X, sin que interese la circunstancia de que resultará responsable de los costos externos de sus actividades; es decir, los costos privados se minimizan en el mismo punto en que el nivel de inversión en precaución logra minimizar el costo social.



A pesar de que la meta satisfecha es la misma, los incentivos creados por ambas reglas no son coincidentes; la razón no es complicada, dadas las diferencias existentes entre la discrepancia entre los mecanismos implementados. Bajo la Regla B, el agente valora el costo de una unidad adicional de precaución con su rendimiento en la reducción de las externalidades que asumirá como producto de su actividad lesiva. Así, su costo privado se minimiza cuando los costos y los beneficios de la precaución realizada se igualan. En cambio, con la Regla A, los beneficios y los costos de precaución no se compensan, en tanto que los costos privados son mucho más bajos cuando se satisface el estándar legal que cuando no lo hace.

Los incentivos de los precios y las sanciones son diferentes porque los beneficios y los costos se encuentran usualmente en equilibrio en los precios y no en las sanciones. Así, la ruptura en el equilibrio de los costos y los beneficios provocará un cambio en la conducta de

<sup>43</sup> La importancia en el desembolso y su potencial discrepancia con el costo (daño) privado también es puesto en evidencia en: SHAVELL, Steven. Óp. cit. p. 146.



los agentes económicos involucrados. Bajo la Regla B, la precaución desplegada por el agente es receptiva a los cambios de precio. Si el precio a imponerse por la actividad del agente fuese sólo una fracción de la externalidad, entonces quien generó dicha externalidad reducirá rápidamente el nivel de inversión en precaución con que minimiza sus costos privados (aun cuando esto no nos lleve a una reducción en el costo social). Esto es lo que se grafica con la Figura 5.

La reducción en el monto de la sanción impuesta ocasiona rápidamente un desplazamiento en el punto en que se minimiza el nivel de inversión. Así, el agente generador de la externalidad se mueve entre el punto  $X_1$ ,  $X_2$  o  $X_3$  sobre la base del monto de sanción que se le impone, con los consecuentes inconvenientes en la minimización del costo social. Esto sirve para subrayar la enorme responsabilidad del legislador y del juez cuando aplica una estrategia de precios. La estrategia exige que la probabilidad de incurrir en errores al fijar el precio sea baja, vale decir, se exige que el operador jurídico cuente con información relevante sobre este punto; si no se cumplen estos requerimientos, la estrategia ocasionará mayores perjuicios por incertidumbre y no se logrará minimizar el costo social.

Por su parte, cuando los costos y beneficios no se encuentren equilibrados, las discordancias moderadas entre el monto de la sanción impuesto y la externalidad ocasionada no tendrán un impacto en el comportamiento de los sujetos involucrados. En estos casos, el nivel óptimo de precaución se mantendrá y por ex-

tensión el costo social aún se minimizaría (Figura 3). Dicho en otros términos: El nivel de inversión en precaución asumido por un sujeto resulta más elástico con relación a los cambios de precio (Regla B); mientras que el nivel de inversión es más inelástico en los casos de cambio en el monto de la sanción (Regla A).

Apliquemos lo expresado a la responsabilidad extracontractual, específicamente en el criterio de imputación. Dentro del régimen de la responsabilidad civil existen, en esencia, dos criterios generales de imputación: (i) Los criterios subjetivos<sup>44</sup> como el dolo y la culpa; y, (ii) los criterios objetivos<sup>45</sup> como la garantía, el riesgo de empresa, la exposición al peligro, etcétera. Bajo el régimen (i), la responsabilidad del agente generador de daño se ligaría a la verificación de un elemento subjetivo, esto es, un estado mental susceptible de reproche, al punto que se exige probar la posibilidad de que el sujeto cuya actividad se examina tenga la aptitud de comprender cuáles son las consecuencias de su propio obrar. En el régimen (ii), la responsabilidad se construye a partir de la vinculación causal entre el agente y el daño materializado, la actividad examinada aunque lícita en sí da vida, por varios factores, a riesgos ajenos a la vida en sociedad o a riesgos cuyo margen de expansión es elevado, forzando a dicho sujeto a controlarlos o, en todo caso, a asumir el costo económico que su actividad impone sobre otros.

No es difícil percibir como la Regla A describe sustancialmente la responsabilidad subjetiva y lo propio sucede con la Regla B respecto de la responsabilidad objetiva. Lo dicho no debe causar sorpresa. La doctrina del Civil Law comprendió intuitivamente las enormes diferencias entre los dos regímenes de responsabilidad tanto en el plano de los incentivos, como en el plano de los objetivos. Si bien durante el reinado de la responsabilidad subjetiva sí se llegó a calificar tal criterio de imputación como un mecanismo de sanción a través del reconocimiento expreso de una función punitiva en la Responsabilidad Civil, con el paso de los años, esto se fue perdiendo al negarse (al menos a nivel de discurso) dicha función. Lo indicado se ve ratificado cuando se examinan las fun-

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ, Gastón. "De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo?". Lima: THEMIS-Revista de Derecho 50. 2005.

<sup>45</sup> FERNÁNDEZ, Gastón y Leysser LEÓN. "La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva". En: Derecho PUCP 58. 2005. pp. 9-75.

ciones de la responsabilidad civil identificadas con posterioridad a la segunda revolución industrial (la prevención, la subvención de ciertas industrias, etc.). En el caso del criterio de imputación objetivo, la discusión se centró en cómo justificarlo más que en indagar cómo se comportaba la regla y el impacto que tendría en la estructura de costos que enfrenta el agente generador<sup>46</sup>.

El advenimiento de la ius-economía contribuyó a los debates sobre este tópico y revitalizó el análisis de la responsabilidad civil. Sin embargo, no avanzó demasiado en la identificación de las diversas metas perseguidas por cada régimen y en cómo ello afectaba las actividades de los agentes generadores; la atención se focalizó, una vez más, en determinar en qué casos podría justificarse un criterio objetivo y en los incentivos que tal criterio generaría.

No se me malinterprete; no resto mérito alguno a estos debates, únicamente hago hincapié en la necesidad de ampliar nuestra visión aprovechando las contribuciones de tales especialistas. Empero, las ideas resaltadas en la presente investigación permitirían observar bajo una nueva óptica a la responsabilidad civil. Así, en la responsabilidad subjetiva se apelearía a una estrategia de sanción, mientras que en la responsabilidad objetiva se implementaría una estrategia de precios.

Por razones de espacio dejaré en este punto las reflexiones concretas sobre las estrategias ya examinadas y el ligamen con los criterios de responsabilidad extracontractual. En la próxima edición retomaré el análisis para esbozar la comprensión de dichos criterios desde una óptica ius-económica y la relevancia de la estrategia elegida para la regulación de conductas.

## VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

A lo largo de las páginas precedentes, expuse algunas cuestiones sobre la formación de precios (o de la regulación de conductas siguiendo una estrategia de precios) que normalmente no han sido examinadas por la ortodoxia jurídica, en paralelo he hecho lo propio con respecto a las limitaciones en el análisis de las sanciones efectuadas por los economistas y por el *mainstream* del Law and Economics. Si bien resta mucho por decir, lo cual retomaré en la segunda parte de la presente investigación, lo importante es percibir cómo ambos campos de estudio tienen una serie de puntos de contacto y mucho que ofrecerse recíprocamente, todo lo cual devendría en una mejor comprensión de los fenómenos con relevancia jurídico-económica.

No niego que la Responsabilidad Civil se erige en una de las ramas jurídicas más influenciadas por los discursos económicos; sin embargo, la aplicación de tales conceptos se restringe a unos pocos tópicos. Creo, honestamente, que es el momento de ampliar nuestros puntos de vista.

En los treinta primeros años de la promulgación de nuestro Código Civil, hemos insistido mucho en la especialización en cuanto al manejo de enfoques jurídicos, lo cual favoreció la formación de escuelas o por lo menos de un grupo importante de académicos. En los próximos años, si se me permite la insolencia, debemos iniciar la labor de aplicar conjuntamente los enfoques que se gestaron y consolidaron; ello indudablemente enriquecerá el análisis legal y permitirá que, de manera definitiva, el sistema peruano abandone su *status* de cultura jurídica débil (*weak legal culture*)<sup>47</sup>. El resto será enteramente nuestra responsabilidad.

<sup>46</sup> Si bien fueron enunciadas en algunos importantes trabajos: TRIMARCHI, Pietro. Óp. cit. p. 31.

<sup>47</sup> MONATERI, Pier Giuseppe. "The weak law: Contaminations and Legal Cultures". En: *Transnational Law & Contemporary Problems* 13. 2003. pp. 575 y siguientes; en nuestro medio: LEÓN HILARIO, Leysser. "Weak legal cultures & legal transplants: Unificación de la responsabilidad civil y otras importaciones de los años noventa". En: *Cardozo Electronic Law Bulletin* 12. 2006. pp. 1 y siguientes. Versión PDF disponible en: [www.jus.unitn.it/cardozo/Review/](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/).

Entiendo por cultura jurídica débil aquel sistema marcadamente receptivo a la influencia de otros sistemas, al punto que pierde espíritu crítico, limitándose a repetir las discusiones y discursos foráneos, al margen de su utilidad y arraigo en el país importador.