

EL ENFOQUE ECONÓMICO DEL DERECHO DE DAÑOS

Una crítica a las tesis normativas y positivas del Análisis Económico del Derecho

Diego M. Papayannis*

SUMARIO

I-INTRODUCCIÓN	1
II-LA EFICIENCIA EN EL MARCO DE LA JUSTICIA	4
1-PARETO	4
2-KALDOR-HICKS.....	5
3-La maximización de la riqueza social.....	5
4-El valor de la riqueza y el mandato maximizador.....	7
III-LA NATURALEZA RECÍPROCA DEL PROBLEMA Y LOS OBJETIVOS DEL DERECHO DE DAÑOS	10
IV-LA CULPA Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	13
V-CRÍTICA A LA NATURALEZA RECÍPROCA DEL PROBLEMA COMO PARADIGMA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL	16
1-La incapacidad de dar cuenta de la práctica: el mito de la fórmula de Hand	16
2-El riesgo y la acción incorrecta.....	18
3-La irrelevancia de la causalidad.....	22
3.1-Los orígenes: COASE y CALABRESI.....	22
3.2-La causalidad al servicio de los objetivos del derecho de daños	24
3.3-Un último intento de explicación económica	27
4-La obligación de reparar y el derecho a ser compensado	29
5-El problema subyacente del AED.....	31
VI-EL FORMALISMO: UN PARADIGMA ALTERNATIVO.....	33
VII-CONCLUSIONES: EL LUGAR DEL AED EN EL DERECHO DE DAÑOS	35

I-INTRODUCCIÓN

El análisis económico del derecho (AED) sostiene dos tipos de tesis. Las tesis normativas no pretenden describir o evaluar las normas jurídicas sino proponer reformas a fin de implementar políticas que maximicen la eficiencia. La eficiencia, considera esta corriente de pensamiento, es un valor social que debe ser promovido. La maximización de la riqueza social es un imperativo ético, según las visiones más ortodoxas, ya que en un mundo de recursos escasos el derroche debe ser considerado inmoral.¹ Otras versiones más moderadas, como la de CALABRESI al estudiar el derecho de daños, entienden que son varios los objetivos que compiten con la eficiencia. También hay consideraciones distributivas que son relevantes y un veto dado por *la justicia* al tipo de políticas que pueden implementarse para conseguir estos objetivos.

* Docente de los Departamentos de Derecho Privado y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Candidato al Doctorado en la Universidad Pompeu Fabra. Este trabajo fue realizado con el apoyo del Programa AIBan, Programa de Becas de Alto Nivel de la Unión Europea para América Latina, beca nº E05D056371AR. Me he beneficiado mucho de los comentarios y las observaciones de Iñigo Ortiz de Urbina, Hugo Seleme, José Luís Martí, Leticia Morales, Jahel Queralt, Lorena Ramírez y Marisa Iglesias a una versión previa y más extensa de este trabajo.

¹ POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Aspen Law and Business, Fifth Edition, 1998, en p. 30.

Las tesis positivas o descriptivas, a su vez, son de dos clases.² Hay estudios que se encargan de evaluar el impacto que una determinada norma o cuerpo normativo tendrá sobre la eficiencia o el bienestar social. Así, ante la aprobación de nuevas leyes que hacen solidariamente responsables a todos los intervinientes en la cadena de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios por los daños sufridos por los consumidores, las preguntas que se formularía el analista en relación con estas normas podrían ser: 1) ¿en qué medida se reducirá la cantidad de accidentes?; 2) ¿cómo afectará la imposición de responsabilidad solidaria al precio final del bien o servicio?; 3) ¿cómo impactará la suba del precio, en caso de darse, sobre el acceso de los consumidores al producto en cuestión?; 4) ¿podrá el sistema de seguros dispersar el costo de estos accidentes?

Otros trabajos, en cambio, tienen la pretensión de describir los sistemas jurídicos tal cual son. Para POSNER, por ejemplo, una mejor interpretación de las reglas del *Common Law* consiste en entenderlas como esfuerzos, concientes o no, de lograr resultados eficientes. Entonces, la maximización de la riqueza es la mejor forma –aunque no es perfecta– de explicar el sistema jurídico norteamericano y sus doctrinas.³ La mayoría de las investigaciones se orientan al primer sentido de análisis positivo recién explicado. Es decir, intentan aplicar la metodología económica para determinar los efectos de las distintas reglas jurídicas sobre la eficiencia y la distribución de los recursos.

En este trabajo ofreceré una crítica a las tesis normativas del AED y a una parte de las tesis positivas: aquellas que pretenden describir los sistemas jurídicos a la luz del criterio de eficiencia. En cuanto a la aplicación del método económico para predecir el impacto de las reglas de responsabilidad extracontractual no formularé objeción alguna. Es más, considero que este tipo de estudios son de gran valor una vez que el lugar de la eficiencia queda claramente determinado en el marco de una teoría de la justicia.

La crítica a las tesis normativas será realizada en la Sección II. Allí explicaré que la eficiencia no puede servir como criterio de justicia para evaluar las instituciones sociales, sin embargo, el análisis económico es una poderosa herramienta cuando se intenta perseguir la maximización de la riqueza una vez satisfechas las exigencias de la justicia.

En cuanto a las objeciones a las tesis positivas descriptivas, en la Sección III mostraré que una concepción agregativa de la sociedad necesariamente nos conducirá a analizar el fenómeno de los daños como un problema de naturaleza recíproca. Desde este punto de vista, las políticas en materia de daños están dirigidas a minimizar el costo agregado de los accidentes, es decir, el que soportan todos los individuos de la sociedad en su conjunto. Para ello, se implementa un sistema de reglas de responsabilidad extracontractual basado exclusivamente en un análisis costo-beneficio. Este análisis, de acuerdo con la teoría económica positiva, subyace a todas las reglas del sistema y a todas las doctrinas creadas por los jueces y juristas.

Argumentaré que este paradigma, el de la naturaleza recíproca del problema, es un paradigma equivocado para estudiar la responsabilidad extracontractual. El análisis costo-beneficio como único criterio no puede dar cuenta de la práctica del derecho de daños ni de su estructura conceptual. Esto significa que la teoría

² Véase OGUS, Anthony, *What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics*, Chicago-Kent Law Review, Vol. 79, N° 2, 2004, pp. 383-401, en pp. 384-385.

³ POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, op. cit., en p.27.

económica aplicada al derecho adolece de dos tipos de problemas: problemas descriptivos y problemas conceptuales. Los primeros se refieren a la incapacidad de esta teoría de explicar o describir el derecho positivo. Los segundos se relacionan con la forma implausible en que el AED reconstruye los conceptos empleados por los juristas. Así, a nivel conceptual la teoría es deficiente porque no puede capturar las categorías que usualmente empleamos al estudiar esta materia. La noción de causalidad, que resulta fundamental para comprender el derecho de daños, es para el AED innecesaria o vacua. Esta corriente tampoco puede dar cuenta de la distinción entre la actividad riesgosa y la actividad incorrecta, por lo tanto, entre la responsabilidad objetiva y la culpa, ni puede explicar por qué los montos indemnizatorios se corresponden con el monto de los daños.

Uno podría cuestionarse si es importante que el AED sea descriptivo y si es imprescindible que dé cuenta de las categorías tradicionales. Es más, un partidario del análisis económico podría responder sosteniendo que justamente pretende criticar estas categorías y por esta razón no puede dar cuenta de ellas. En cuanto a lo primero, si el AED tuviese pretensiones exclusivamente normativas, no sería criticable su incapacidad para describir el derecho positivo. En cuanto a la segunda objeción, referida a que es imposible que AED dé cuenta de los conceptos y las categorías tradicionales justamente porque pretende que sean abandonados, la cuestión no es tan sencilla. En primer lugar, si bien el AED se presenta como una teoría disolvente, permanentemente intenta ganar el apoyo de los juristas reinterpretando las doctrinas y los conceptos que ellos emplean en términos económicos, incluso cuando ciertas nociones no tengan un sentido claro a la luz del principio de eficiencia. Esto significa que procura preservar tanto como sea posible las categorías con las que estamos acostumbrados a analizar el derecho de daños, dándoles un contenido distinto. Así, aunque consideren que la causalidad es ajena al derecho de daños, los trabajos más importantes, como se verá más adelante, incluyen un capítulo sobre la *causación* e intentan comprender económicamente esta exigencia. En otras palabras, intentan traducir el discurso causal a un lenguaje económico.

Por otra parte, la propuesta del AED no consiste simplemente en reemplazar un instrumental teórico por otro distinto. Si una teoría es superior a otra es razonable adoptarla dejando de lado las ideas de la teoría anterior. Pero el AED requiere mucho más que esto. Requiere que nos desprendamos de ciertas categorías profundamente enraizadas en nuestro modo de ver el mundo. Si se nos exige olvidar la distinción entre la acción incorrecta y la acción que sin ser incorrecta genera riesgos, se nos está pidiendo demasiado. Una teoría que nos obliga a desprendernos de estas nociones, y de las naturales intuiciones que están detrás de ellas, pierde mucha de su plausibilidad.⁴ Entendemos nuestras relaciones sociales sirviéndonos de estos conceptos y, además, luego de una reflexión moral apropiada, consideramos valioso entender la realidad de esta manera: distinguiendo lo correcto de lo incorrecto y pensando que nuestros juicios causales son relevantes a los fines de la responsabilidad. Creemos que haber causado un daño es una razón *prima facie* para ser obligado a compensar; y cuando nos referimos a *haber causado* lo

⁴ Ello no supone admitir sin más la verdad de toda proposición que se ajuste a nuestro sentido común, pero es razonable sostener una inversión de la carga de la prueba para aquellos que pretenden acabar con las creencias y los usos del lenguaje asentados en nuestro modo de aproximarnos al mundo. Véase, por ejemplo, REID, Thomas, *Essays on the Intellectual Powers of Man*, Boston: Phillips, Sampson, and Company, New York: J. C. Derby, 1855. La relevancia de este tipo de posiciones marcó de manera crucial el desarrollo de la filosofía analítica a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, especialmente de la mano de autores como G.E. MOORE o J.L. AUSTIN. Sobre esto puede consultarse STROLL, Avrum, *La Filosofía analítica del siglo XX*, Trad. de José Francisco ÁLVAREZ y Eduardo de BUSTOS, Siglo XXI de España, Madrid, 2002.

hacemos de un modo muy particular. No nos referimos a cualquier omisión, como la de haber estado en posición de evitar de modo más económico un daño.

Por todo esto, en la Sección VI presentaré sucintamente una visión alternativa para acercarse al fenómeno de los daños inmune a las críticas que dirigiré contra el AED.

II-LA EFICIENCIA EN EL MARCO DE LA JUSTICIA

1-PARETO

Hacia finales del siglo XIX y principios del XX, el economista y sociólogo Vilfredo PARETO propuso un criterio para evaluar los estados sociales. Según este criterio, una situación social es óptima cuando no es posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguien más. Esta imposibilidad de mejorar a alguien sin producir una baja de bienestar en otros significa que no hay recursos ociosos o desaprovechados. Con este criterio pueden realizarse comparaciones entre distintos estados sociales. Entonces, según la formulación original de PARETO un estado social S2 es superior a otro estado S1 cuando en S2 *todos* los miembros de la comunidad están mejor. La literatura económica ha denominado al estado que produce este tipo de mejoras como PARETO superior en sentido *fuerte*, haciendo alusión a que *todos* están mejor. En cambio, cuando en S2 hay al menos una persona que mejora su situación respecto de S1 y nadie empeora, S2 es superior en sentido *débil*.

La fuerza ética del principio de PARETO, incluso en su versión débil, viene dada por lo siguiente: cuando un individuo (o grupo de individuos) mejora su posición respecto de S1 ¿por qué habrían de oponerse a pasar a S2 quienes no resultan afectados? La respuesta clásica para estos casos es la envidia. Sólo la envidia puede justificar oponerse a que otro mejore cuando ello no perjudica la propia posición. También puede ocurrir que el paso de S1 a S2 mejore a todos, pero en grados distintos. Si algunos fuesen beneficiados mucho más que otros, se plantearían problemas de desigualdad. Tratar estos temas excede mi objetivo. Lo único que quiero señalar es que usualmente se dice que cuando una situación es óptima en el sentido de PARETO, cualquier cambio social implica perjudicar a algunos en beneficio de otros, y las consideraciones distributivas se hacen ineludibles en este caso. Pero es obvio que puede haber razones de justicia para hacer consideraciones distributivas incluso cuando un cambio social sea superior en el sentido de PARETO.

¿Cuáles son los problemas de la eficiencia paretiana? En primer lugar, y más allá de que es compatible con la mayor desigualdad, aunque a los economistas clásicos esto no les preocupa, la eficiencia paretiana está afectada entre otras cosas por el problema de las preferencias externas.⁵ Existen preferencias externas cuando el bienestar de una persona depende del bienestar, los derechos o las oportunidades que se le conceden a otras.⁶ Por ejemplo, una norma que permite la libertad de cultos puede “empeorar” el bienestar del intolerante religioso. Desde el

⁵ También, aunque no me ocuparé de ello, debe tenerse en cuenta que el criterio de PARETO resulta afectado por las preferencias irracionales y, en menor medida, por las preferencias adaptativas.

⁶ DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978, en p. 234.

liberalismo se tiende a desconocer los reclamos basados en este tipo de preferencias, pero la eficiencia de PARETO las incluye necesariamente.⁷

Otra dificultad, tal vez la más seria para los economistas, es que el *test* de PARETO es demasiado estricto, lo que entorpece toda aspiración de cambio social, ya que no es concebible que una nueva regla o política económica vaya a beneficiar a todos, o al menos a un individuo, sin perjudicar a nadie. Además, desde el punto de vista de las políticas sociales, el criterio es demasiado conservador y desvirtúa cualquier intento de beneficiar a los que están peor, cuando ello implica perjudicar aunque sea mínimamente a quienes están mejor.

2-KALDOR-HICKS

Como alternativa al rígido criterio de PARETO, Nicholas KALDOR y John Richard HICKS propusieron en dos trabajos independientes un enfoque basado en la compensación potencial.⁸ Así, un cambio social es eficiente si quienes resultan beneficiados ganan más de lo que pierden quienes resultan perjudicados, de modo que los primeros podrían (*potencialmente*) compensar a los segundos. Obviamente, la efectiva compensación no es requerida por el criterio KALDOR-HICKS, ya que, de darse, el cambio de estado social sería PARETO superior. La razón por la que no se exige la efectiva compensación, sino sólo que sea potencialmente posible, tiene que ver con que los economistas en esa época se veían a sí mismos como meros técnicos, y la decisión de compensar a los perdedores es de carácter político.⁹

Un problema que el criterio de PARETO no tenía, y que sí tiene el de KALDOR y HICKS es la necesidad de realizar comparaciones interpersonales de utilidad. Pese a que los economistas bienestaristas pretendieron evitarlas apelando al criterio de la compensación potencial, si lo relevante es la función de bienestar social deberían poder realizar estas comparaciones para saber a ciencia cierta si el cambio es o no eficiente, o garantizar una efectiva compensación, con lo que el movimiento social sería PARETO superior. Prescindiendo de las comparaciones interpersonales el criterio KALDOR-HICKS podría servir para medir la conveniencia de un cambio social si se lo restringe al cómputo de los excedentes monetarios agregados. Esta versión es la que la mayoría de los modelos económicos terminan empleando al analizar la eficiencia de los sistemas jurídicos.

3-La maximización de la riqueza social

⁷ Para ver cómo el cómputo de toda preferencia puede en algunos casos hacer entrar en conflicto al principio de PARETO con el liberalismo, véase SEN, Amartya, *The Impossibility of a Paretian Liberal*, *The Journal of Political Economy*, Vol. 78, N° 1, 1970, pp. 152-157.

⁸ Véase KALDOR, Nicholas, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, *The Economic Journal*, Vol. 49, N° 195, 1939, pp. 549-552, en pp. 550-551; y HICKS, John R., *The Foundations of Welfare Economics*, *The Economic Journal*, Vol. 49, N° 196, 1939, pp. 696-712, en pp. 711-712.

⁹ Por ejemplo, KALDOR, citando a PIGOU, recuerda que la economía de bienestar tiene dos partes: una referida a la producción y otra referida a la distribución de los recursos. Entiende que la primera parte es la más importante y se relaciona con las propuestas para incrementar el bienestar social, a partir de un incremento en la producción agregada. Aquí –sostiene KALDOR– “el economista está sobre suelo firme; el estatus científico de sus prescripciones es incuestionable”. En la segunda parte, la distributiva, el economista no debería preocuparse por realizar ninguna prescripción, sino sólo por señalar las ventajas relativas de las distintas maneras de concretar los fines políticos dados. Véase KALDOR, Nicholas, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, op. cit., en p. 551.

La primera economía del bienestar era entendida como una implementación práctica del utilitarismo.¹⁰ Por esta razón, el AED nunca logró alejar de sí su profunda vinculación con esta corriente filosófica. Richard POSNER ha realizado algún esfuerzo en este sentido.¹¹ Cree que la norma económica que él denomina *maximización de la riqueza* ofrece una base más sólida que el utilitarismo para formular una teoría normativa del Derecho. Según esta teoría, la riqueza se maximiza cuando los bienes quedan en manos de aquellos que más los valoran, y valora más un bien quien está dispuesto a pagar más por él y además puede hacerlo. La idea de *valor* es distinta de la de *utilidad*. Evidentemente si un bien produce utilidad será valorado por los individuos, es decir, habrá una actitud favorable a pagar por él. Sin embargo, puede darse que un bien produzca una gran felicidad a una persona, pero si no está dispuesta a pagar su precio, o no puede pagarlo, no lo “valora” en el sentido en que POSNER utiliza el concepto.¹²

Así, algunos de los problemas clásicos del utilitarismo, como su incompatibilidad con los derechos individuales o su compatibilidad con la monstruosidad moral, son superados por la maximización de la riqueza. Este criterio no permitiría que un individuo prive a otro de alguna de sus posesiones alegando que el bien en sus manos produce mayor bienestar social. Según el AED quien desee poseer un bien debe negociar con su dueño y obtener su consentimiento. Sin reconocer derechos a los individuos es imposible maximizar la riqueza social. Por ello, afirma POSNER, mientras la felicidad global no es consistente con la protección de los derechos, estos son un corolario importante del principio de maximización de la riqueza social.¹³ Asimismo, la monstruosidad moral no tiene cabida en el principio de la maximización de la riqueza. El hecho de que el placer del torturador supere al sufrimiento del torturado no da derecho al primero a realizar la acción. En el marco del AED el torturador deberá “comprar” el derecho a las víctimas, es decir, deberá obtener su consentimiento.¹⁴

No me detendré a analizar las diversas críticas que se han dirigido contra la maximización de la riqueza.¹⁵ Sólo mencionaré que en un comienzo POSNER creía que era, como explica BAYÓN, un ideal completo y plausible de justicia.¹⁶ No obstante, DWORKIN y CALABRESI han señalado que la asignación inicial de derechos debe realizarse en base a un criterio distinto de la propia maximización de la riqueza.¹⁷ Ello es así porque lo que se está dispuesto a pagar por un bien depende de las preferencias y los recursos de que se disponga. Entonces “la maximización de la riqueza es siempre *relativa a unos puntos de partida* dados, que no son sino el resultado de una distribución de derechos. Pero entonces la maximización de la riqueza no puede ser a su vez el fundamento de dicha distribución, porque sencillamente no es posible asignar los puntos de partida de un modo tal que se

¹⁰ Sobre esto puede consultarse BAYÓN, Juan Carlos, *Justicia y eficiencia*, en DÍAZ, Elías y COLOMER, José Luis (eds.), *Estado, justicia y derechos*, Alianza, 2002, pp. 243-277, en p. 244. Tal como se lo concibe usualmente, el utilitarismo plantea que el valor moral de una acción, una práctica, una institución o una norma jurídica debe apreciarse por sus efectos sobre la promoción de la felicidad agregada de los miembros de la sociedad.

¹¹ POSNER, Richard A., *Utilitarianism Economics, and Legal Theory*, Journal of Legal Studies, Vol. 8, Nº 1, 1979, reproducido con leves modificaciones como capítulo 3 de POSNER, Richard A., *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1983. En adelante utilizaré esta segunda versión.

¹² POSNER, Richard A., *The Economics of Justice*, op. cit., en p. 61.

¹³ POSNER, Richard A., *The Economics of Justice*, op. cit., en p. 73.

¹⁴ POSNER, Richard A., *The Economics of Justice*, op. cit., en pp. 82-84.

¹⁵ Sobre esto puede consultarse DWORKIN, Ronald, *Is Wealth a Value?*, The Journal of Legal Studies, Vol. 9, Nº 2, 1980, pp. 191-226.

¹⁶ BAYÓN, Juan Carlos, *Justicia y eficiencia*, op. cit., en p. 265.

¹⁷ DWORKIN, Ronald, *Is Wealth a Value?*, op. cit., en p. 208 y CALABRESI, Guido, *An Exchange. About Law and Economics: a Letter to Ronald Dworkin*, Hofstra Law Review, Vol. 8, Nº 3, 1980, pp. 553-562, en pp. 554-555.

maximice aquello que sólo puede ser definido tras haberlos asignado”.¹⁸ POSNER termina cediendo en esta discusión y admite que, al depender de la asignación de los derechos de propiedad y de la distribución de recursos entre las personas, la maximización de la riqueza es un principio incompleto.¹⁹

4-El valor de la riqueza y el mandato maximizador

Otro debate sumamente interesante se dio en torno a la cuestión de si la riqueza es un valor.²⁰ A los fines de este trabajo, tampoco tiene sentido considerar los argumentos que se han dado en esta discusión, pero sí expresaré mi opinión al respecto. Yo creo que la riqueza *tiene* un valor instrumental, siempre que se la entienda en el marco de una teoría de la justicia. ¿Por qué su valor es instrumental? Porque al disponer de una mayor riqueza y de un diseño institucional apoyado por una buena teoría de la justicia distributiva es más factible que los individuos puedan concretar sus planes de vida. Para llevar adelante cualquier plan de vida se requiere contar con lo que RAWLS denominó bienes primarios, y los “ingresos y riquezas” son parte de ellos.²¹

La generación de algún nivel de riqueza es un presupuesto de cualquier teoría de la justicia. De hecho, una teoría de la justicia distributiva es necesaria para repartir los beneficios de la cooperación social. La vida en sociedad se presupone que genera una riqueza que debe ser distribuida. ¿Qué nivel de riqueza presupone la justicia que se genere? Las circunstancias de la justicia, dice RAWLS, son de escasez moderada,²² pero nada en *A Theory of Justice* nos indica que debe alcanzarse un determinado nivel de riqueza. Lo único que puede responder esta teoría de la justicia es el modo en que se van a distribuir los excedentes sociales, imponiendo un límite a los medios con que pueden generarse recursos: al expandir la frontera productiva no pueden vulnerarse ciertos principios.

En el caso de la teoría de RAWLS, la eficiencia debe entenderse subordinada lexicográficamente a la satisfacción de los dos principios de justicia.²³ Una vez cumplida esta condición, entre los distintos arreglos que puedan alcanzarse debe optarse por los que sean eficientes en el sentido de PARETO, es decir, aquellos en

¹⁸ BAYÓN, Juan Carlos, *Justicia y eficiencia*, op. cit., en p. 265

¹⁹ POSNER, Richard A., *Wealth Maximization and Tort Law: a Philosophical Inquiry*, en OWEN, David G. (comp.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford University Press, 1995, pp. 99-111, en p. 99. Ya en otro trabajo había admitido que el concepto de maximización de la riqueza daba respuestas una vez asignados los derechos de propiedad, por lo que es una guía incompleta para la toma de decisiones sociales. Véase POSNER, Richard A., *Wealth Maximization Revisited*, Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy, Vol. 2, Nº 1, 1985, pp. 85-106, en pp. 90 y 101.

²⁰ Entre otros trabajos, véanse DWORKIN, Ronald, *Is Wealth a Value?*, op. cit.; CALABRESI, Guido, *An Exchange. About Law and Economics: a Letter to Ronald Dworkin*, Hofstra Law Review, Vol. 8, Nº 3, 1980, pp. 553-562; DWORKIN, Ronald, *Why Efficiency? A response to Professors Calabresi and Posner*, Hofstra Law Review, Vol. 8, Nº 3, 1980, pp. 563-590 y POSNER, Richard A., *Wealth Maximization Revisited*, op. cit.

²¹ RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Revised Edition, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999. Los bienes primarios, dice RAWLS, son cosas que presumiblemente todas las personas racionales desean. Estos bienes, normalmente, son útiles para llevar a cabo cualquier plan de vida racional. Agrupados en categorías más bien amplias, los bienes primarios son derechos, libertades y oportunidades e ingresos y riquezas (véanse pp. 54 y 79).

²² RAWLS, John, *A Theory of Justice*, op. cit., en p. 110.

²³ “Primer principio: cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos.

Segundo principio: las desigualdades económicas y sociales han de estar estructuradas de manera que sean para: a) el mayor beneficio de los menos aventajados, en concordancia con el principio de ahorro justo, y b) estén ligadas a cargos y posiciones accesibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades”. Véase RAWLS, John, *A Theory of Justice*, op. cit., en p. 266.

los que no sea posible mejorar la situación de algunos sin empeorar la de otros. La justicia en ningún caso exige maximizar la riqueza, sino simplemente que no se derrochen los recursos. RAWLS supone que hay muchas configuraciones posibles de la estructura básica de la sociedad que son eficientes. Sin embargo, no todas son elegibles. La justicia, cuando se satisfacen los dos principios, es también compatible con la eficiencia.²⁴ En la teoría de RAWLS, un aumento de la riqueza que no beneficia a los menos aventajados de la sociedad está vetado por el principio de la diferencia. La maximización de la riqueza estaría permitida, en cambio, cuando redunde en beneficio de los que están peor. En conclusión, su compromiso con la eficiencia es limitado, no inexistente. Entonces, ¿tiene valor la riqueza? Sólo cuando su incremento se produce en una sociedad justa.

El error de POSNER es creer que el valor que la riqueza pueda tener nos impone un deber moral, como sociedad, de maximizarla. Del valor de la riqueza al mandato maximizador de la riqueza hay un salto injustificado. Un punto similar es expuesto por SCANLON al referirse al valor de la amistad. Decir que la amistad es valiosa implica simplemente que hay buenas razones para valorarla y no que es algo que “debe ser promovido”.²⁵ Del mismo modo, hay buenas razones para valorar la riqueza, pero que merezca o no ser incrementada es otra cuestión que debe decidirse políticamente y respetando una teoría de la justicia. Por ello fracasa el intento de POSNER de justificar la *maximización* como imperativo ético. La riqueza es meramente instrumental, de modo que su promoción no puede contar con una justificación autónoma. Al contrario, será siempre dependiente de algún principio de justicia, o de varios, que puedan ser justificados públicamente.

Como anticipé, en la teoría de RAWLS, el principio de la diferencia limita las consideraciones de eficiencia, haciendo que la relación entre ella y la justicia sea de mera compatibilidad. Para comprender bien la idea es necesario comenzar el cuento por otra parte. Según el principio de la diferencia, el aumento en la desigualdad está permitido siempre que mejore la situación de los que menos tienen. Entonces, un incremento de riqueza estaría permitido si beneficia a todos por igual o si, habiendo algunos que se benefician más que otros, la desigualdad que se produce es inevitable a fin de mejorar a los peor situados en la sociedad.

Este resultado es razonable dado que siendo la sociedad una empresa cooperativa que produce beneficios, nadie aceptaría un principio por el cual en algunos casos un grupo pueda apropiarse del 100% de los beneficios, aunque esto no empeore la situación de los más desaventajados. El principio de la diferencia exige que siempre que haya un incremento de riqueza todos los miembros de la sociedad se beneficien de él, aunque no siempre de modo igualitario. La desigualdad se justifica en general por consideraciones de eficiencia. No obstante, esta concepción de la justicia sí permite que los menos aventajados se apropien del 100% de los beneficios a fin de reducir la desigualdad. Esto se explica porque las partes suscriben inicialmente un principio que requiere libertades básicas iguales para todos, así como también una justa igualdad de oportunidades y una igual división de ingresos y riquezas. Las desigualdades sólo estarán permitidas cuando funcionen en beneficio de todos.²⁶

Nótese que todos los movimientos PARETO superior *en sentido fuerte*, es decir, los que benefician a *todos* los miembros de la comunidad, están permitidos

²⁴ RAWLS, John, *A Theory of Justice*, op. cit., en p. 69.

²⁵ SCANLON, Thomas M., *What We Owe to Each Other*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., London, 1998, en pp. 88-90.

²⁶ RAWLS, John, *A Theory of Justice*, op. cit., en pp. 130-131.

por la *Justicia como Equidad*. Su preocupación es que el aumento de la riqueza siempre sea PARETO fuerte o débil, cuando sea en beneficio de los peor situados. Ello, cree RAWLS, le garantizará una mayor igualdad. ¿Es realmente así? Evidentemente no. El principio de la diferencia es compatible con pasar de la situación inicial en la que los recursos están distribuidos igualitariamente, a una situación en la que un grupo ostente una cantidad de recursos 20 veces superior al otro, siempre que el peor situado obtenga un poco más de lo que tenía originalmente. La desigualdad está justificada por ese poco adicional que obtiene el peor situado y el movimiento es PARETO fuerte. Sin embargo, observa RAWLS, si las desigualdades fuesen excesivas, como en el ejemplo que propuse, el arreglo social pasaría a ser injusto.²⁷ Esta es una cuestión de grados en la que RAWLS prefiere no profundizar, pero sugiere que si en una sociedad real se produjesen semejantes desigualdades sería sospechosa la satisfacción del principio de igualdad de oportunidades.

Podría objetarse que el compromiso de RAWLS con la eficiencia es muy tenue, y puede que lo sea. Aún así, sin lugar a dudas ha encontrado una forma de hacer valer las consideraciones de eficiencia, que autónomamente no se sostienen. Esta forma consiste en limitarlas al marco de la *Justicia como Equidad*. Más allá de esto, corresponde aclarar cuál es el alcance del AED en este contexto. Es decir, ¿son los movimientos PARETO fuerte y PARETO débil que reducen la desigualdad los únicos admisibles para la *Justicia como Equidad*? Sí, pero ello no significa que el AED deba emplear únicamente este criterio de eficiencia. Permítaseme explicar un poco más. Al evaluar las instituciones sociales, si uno pretende ser fiel a los principios de justicia, los únicos criterios de eficiencia debe ser las dos versión de PARETO recién mencionadas. Ello es así porque estas son las únicas compatibles con el principio de la diferencia. Sin embargo, el AED puede valerse de otros criterios, como KALDOR-HICKS, para evaluar la eficiencia de las normas jurídicas. Por ejemplo, al evaluar el impacto de las reglas de responsabilidad objetiva en el ámbito de los daños al consumidor, el economista podrá realizar un análisis costo-beneficio, que suponga comparar las pérdidas de un grupo (como los consumidores) con las ganancias de otro grupo (como los productores). La justicia de este resultado dependerá en última instancia de si las instituciones sociales en su conjunto, incluyendo no sólo el sistema de responsabilidad civil, sino también al derecho tributario y del gasto público, etc., tienden a generar patrones distributivos en los que los beneficios obtenidos por el grupo más aventajado se traducen en una mejora para quienes menos tienen.

En otras palabras, la *Justicia como Equidad* y el AED comparten un enfoque común: ambos evalúan las reglas por sus consecuencias.²⁸ La *Justicia como Equidad* evaluará la estructura básica de la sociedad por sus efectos en la distribución de los bienes primarios, mientras que el AED lo hará por las consecuencias que produzcan en el nivel de riqueza agregada de la sociedad. Debe recordarse que los bienes primarios incluyen los recursos materiales. Por lo tanto, la *Justicia como Equidad* necesita del instrumental técnico del economista. Adviértase, sin embargo, que mientras no tiene sentido evaluar la justicia o la injusticia de una norma jurídica aisladamente, por ejemplo de la responsabilidad objetiva, sí tiene sentido medir su eficiencia. En cambio, respecto de la estructura básica carece de sentido medir su eficiencia, salvo en los términos de PARETO antes especificados,

²⁷ RAWLS, John, *A Theory of Justice*, op. cit., en p. 68.

²⁸ Esto de ningún modo convierte a la *Justicia como Equidad* en consecuencialista. Estas teorías, a diferencia de la *Justicia como Equidad*, presentan una concepción de lo bueno con independencia de lo correcto.

pero sí tiene sentido evaluar su justicia en base a los principios explicados más arriba.

Podrá pensarse que el espacio del AED es muy limitado en este esquema, pero estas son las consecuencias de negarle el estatus de teoría de la justicia. Sin embargo, quienes sienten simpatía por el AED no deben ver esto como una degradación. El papel técnico del AED sigue siendo de fundamental importancia. Por otra parte, habiéndose aceptado que la riqueza tiene un valor instrumental, esto significa que en ciertas circunstancias sirve a otros valores, debe aceptarse también que el AED no puede proporcionar una teoría de la justicia. El economista cumplirá con su tarea al procurar que el medio empleado para lograr los patrones distributivos deseados de bienes primarios sea lo menos costoso posible.

III-LA NATURALEZA RECÍPROCA DEL PROBLEMA Y LOS OBJETIVOS DEL DERECHO DE DAÑOS

*The Problem of Social Cost*²⁹ supuso una ruptura con la forma en la que tradicionalmente los juristas y los economistas analizaban el fenómeno de los daños. Según esta visión tradicional, expuesta por PIGOU,³⁰ los daños son una externalidad negativa que debe ser corregida mediante una intervención estatal. Las externalidades son efectos, positivos o negativos, que la producción o el consumo de un bien generan sobre la producción o el consumo de otros bienes. Típicamente en los casos de efectos externos hay una divergencia entre el costo privado y el costo social de la actividad.³¹ A raíz de esto las cantidades consumidas o producidas del bien que origina la externalidad negativa son mayores que las eficientes.

¿Cómo puede lograrse que el agente detenga su actividad en el nivel socialmente deseable? PIGOU cree que la manera de lograrlo es haciendo que internalice el costo total obligándole pagar un impuesto que equipare su costo marginal privado con el costo marginal social, o bien haciéndolo responsable por los daños que sufren los terceros. El monto indemnizatorio (o del impuesto) debería ser igual a la diferencia entre el costo marginal social y el costo marginal privado.

Lo novedoso del enfoque de COASE está en acercarse al mundo de los daños profundizando la visión agregativa de la sociedad. Desde este punto de vista lo relevante es la suma total de excedentes, por lo que las pérdidas de algunos no son decisivas al evaluar un estado social si son superadas por las ganancias obtenidas por otros. La profundización de esta visión agregativa llevó a COASE a sostener que el problema de los daños es de naturaleza recíproca. Cuando dos actividades son rivales, en el sentido de que no pueden realizarse a la vez, la teoría tradicional intenta establecer una relación causal entre una acción y un resultado dañoso para luego reprimir la acción dañadora. Sin embargo, según COASE esto es un error ya que, en estos casos, “evitar el daño a B implica causar daño a A. Lo que realmente corresponde resolver es: ¿debe permitirse que A perjudique a B o debe permitirse que B perjudique a A? El problema es evitar el daño más grave”.³²

²⁹ COASE, Ronald, *The Problem of Social Cost*, The Journal of Law and Economics N° 3, 1960, pp. 1-44.

³⁰ COASE toma como referencia el análisis de PIGOU, Arthur C., *The Economics of Welfare*, Macmillan, London, 1932.

³¹ El costo privado de la actividad es el que asume el agente que emprende un determinado curso de acción. El costo social, incluye no solo el costo del agente sino el que soportan los terceros. Así, si Juan desarrolla una actividad cuya realización implica un costo de 10, pero impone a Pedro un costo de 5 en daños, el costo social de la actividad será de 15.

³² COASE, Ronald, *The Problem of Social Cost*, op. cit., en p. 2.

Supongamos que un carpintero, que obtiene 100 de beneficio por su actividad, realiza sus tareas junto a un médico que por su consulta recibe solo 50 de beneficio. Imaginemos que el ruido de la carpintería impide al médico atender a sus pacientes y que no hay medidas precautorias que puedan adoptarse para disminuir el ruido. En este contexto, la visión tradicional identificaría al carpintero como agente dañador y lo obligaría a compensar al médico. No obstante, COASE observa que la intervención estatal no es necesaria para una asignación eficiente de los recursos si los derechos de las partes están bien definidos y no hay costos de transacción, por lo que ellas pueden negociar libremente. Esto es lo que se conoce como el *Teorema de COASE*. En teoría, si el sistema jurídico reconoce al carpintero un derecho a realizar ruido, en esa sociedad habrá carpintería y el resultado será eficiente. Del mismo modo, si el sistema reconociese al médico un derecho al silencio, el resultado será idéntico, ya que el carpintero estará gustoso de pagar al médico una suma entre 50 y 100 para que abandone su consulta y le permita hacer ruido. En conclusión, la asignación de recursos será la misma, independientemente de quién tenga el derecho de propiedad. La libre negociación entre las partes resolverá la situación de manera óptima. A quien se otorgue el derecho de propiedad no es indiferente, sin embargo, para definir la riqueza de las partes.³³ Otorgar al médico un derecho al silencio hace automáticamente más pobre al carpintero. Inversamente, otorgar a este último el derecho a hacer ruido hace más pobre al médico. Pero esta es una cuestión de política distributiva que al economista no debe preocupar.

Pero el contexto de los daños, en general, es un contexto en el que la negociación entre las partes no es posible. Se trata de contextos en los que los agentes dañadores y las víctimas no se conocen o no pueden determinar ex ante el monto de daño, por lo tanto, no pueden negociar. Así las cosas, los sistemas de responsabilidad civil protegen los derechos con reglas de responsabilidad y no con reglas de propiedad. Según una vieja clasificación de CALABRESI y MELAMED, un derecho está protegido por una regla de propiedad cuando se requiere a quien desee adquirirlo que lo haga de su actual propietario por medio de una transacción voluntaria. El precio del derecho se acuerda libremente entre ambas partes. Las reglas de propiedad implican un juicio sobre a quién debe otorgarse el derecho pero no sobre su valor. En cambio, un derecho está protegido por una regla de responsabilidad cuando puede ser destruido siempre que se esté dispuesto a pagar un valor objetivo determinado colectivamente.³⁴ El fundamento de las reglas de responsabilidad civil es facilitar tantas transferencias no voluntarias de derechos como sean necesarias para lograr una asignación de recursos óptima. Cuando esta asignación es eficiente se habrá logrado el objetivo de minimizar el costo de los accidentes.

A esta altura ya puede apreciarse que comprender el fenómeno de los daños como un problema de naturaleza recíproca implica adoptar una visión agragativa del mundo, en la que las pérdidas y las ganancias del carpintero y del médico son interpretadas como pérdidas y ganancias de la sociedad. Si un mismo empresario fuese dueño de la carpintería y del consultorio médico indudablemente optaría por hacer funcionar la carpintería, ya que el beneficio que obtendría es mayor que si hace funcionar el consultorio.³⁵ Lo que demuestra el *Teorema de Coase* es que

³³ COASE, Ronald, *The Problem of Social Cost*, op. cit., en p. 5.

³⁴ CALABRESI, Guido y MELAMED, A. Douglas, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, op. cit., en p. 1092.

³⁵ Cuando funciona la carpintería la sociedad obtiene un beneficio de 100 menos 50 que pierde el médico. Cuando funciona el consultorio la sociedad se empobrece porque obtiene 50 de beneficio menos 100 que deja de ganar la carpintería. Como dije, un empresario que fuese propietario de ambos

cuando los costos de transacción son bajos la libre negociación entre las partes conducirá a este mismo resultado eficiente. Pero cuando son positivos, debe asignarse el derecho al que realiza la actividad más valiosa.

Esta filosofía se traslada a la interpretación del derecho de daños. Así, por ejemplo, al analizar la regla de la culpa se sostiene que el agente dañador será negligente cuando el costo de las medidas precautorias sea menor que el valor del accidente multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia y pese a ello haya omitido el comportamiento diligente.³⁶ La razón por la que se considera negligente únicamente a aquél que no adopta medidas cuando se da esta condición es que a un costo mayor que el valor esperado del daño no tiene sentido invertir en diligencia. Sería absurdo, por ejemplo, invertir 60 para evitar un daño de 50. Para el AED el costo de un accidente comprende el valor esperado del daño, el costo de las medidas precautorias necesarias para evitarlo o disminuir su probabilidad de ocurrencia y el costo de administrar el sistema de responsabilidad civil.³⁷ Nuevamente, la visión agregativa hace que deban considerarse los beneficios y los costos asumidos por distintos individuos como beneficios y perjuicios de la sociedad.

Desde este paradigma el derecho de daños puede ser visto como un cuerpo normativo orientado a la satisfacción de objetivos concretos. CALABRESI, en su clásico libro *The Costs of Accidents*, postula que el objetivo del derecho de daños es reducir el costo de los accidentes, y para ello se requiere una teoría que permita diseñar el sistema con ese fin. En ese sentido, lo primero que CALABRESI advierte es que la visión relacional del derecho de daños –que implica vincular muy especialmente al agente dañador con la víctima del accidente– no es más que un gran mito que debe ser abandonado por los juristas. Sostiene expresamente que “no hay una relación necesaria entre el criterio para asignar compensación y el criterio para asignar los costos de la compensación”. Más adelante continúa la idea al afirmar que “no existe virtualmente límite alguno en la manera en la que podemos asignar o distribuir el costo de los accidentes”.³⁸ Esto implica desintegrar la idea de agente dañador y víctima, lo que resulta perfectamente coherente con el análisis de COASE.

Una vez establecidos los objetivos de la responsabilidad extracontractual los analistas aplican el método económico para predecir los efectos de las distintas reglas de responsabilidad y luego realizan recomendaciones. Es decir, una vez realizado un estudio positivo para determinar cómo funcionan, por ejemplo, las reglas de la culpa y la responsabilidad objetiva en distintos contextos, se elaboran propuestas normativas para regular ciertos tipos de daños con determinados tipos de reglas. Estas propuestas apuntarán a emplear las reglas que minimicen el costo de los accidentes. Así, en el derecho argentino, surgen los regímenes de

establecimientos haría funcionar la carpintería. Para el AED, las normas jurídicas deberían promover este mismo resultado, concibiendo a la sociedad como algo distinto de cada uno de sus miembros.

³⁶ Esta fórmula fue enunciada por el juez Learned Hand en el famoso caso *United States v. Carroll Towing Co* (159 F. 2d 169). En realidad, según la interpretación usual de la fórmula de Hand la relación entre la precaución y el valor esperado del accidente debe medirse en términos marginales. Siendo ello así, será negligente el agente que no adopte medidas precautorias cuyo beneficio marginal sea superior a su costo marginal. El beneficio marginal está dado por la reducción en el valor del daño respecto del nivel de precaución anterior. Sobre las distintas interpretaciones de la fórmula de Hand puede consultarse BROWN, John Prather, *Toward an Economic Theory of Liability*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 2, Nº 2, 1973, pp. 323-349, en pp. 332-335.

³⁷ CALABRESI, Guido, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven and London, Yale University Press, pp. 26-28. Así, en una sociedad en la que Juan ha sufrido un daño de 1.000, Lucas un daño de 2.000, Mateo un daño de 500, Marcos ha invertido 50 en medidas precautorias para disminuir la probabilidad de ser dañado y el costo de reclamar por daños es de 300, el costo monetario del accidente asciende a 3.850.

³⁸ CALABRESI, Guido, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, op. cit., p. 23.

responsabilidad objetiva en algunos ámbitos del derecho, como los daños ocasionados por cosas viciosas o riesgosas, y el régimen de negligencia para los daños causados con las cosas. La opción por distintas reglas para cada caso responde a los efectos de estas reglas sobre la cantidad de accidentes y el costo de administrar el sistema. En el próximo apartado explicaré el modelo básico que emplea el AED para evaluar el régimen de responsabilidad objetiva y el régimen de negligencia.

Una última pregunta que corresponde formular es la siguiente: si el problema es de naturaleza recíproca y los beneficios y los perjuicios no deben ser interpretados como sufridos por los individuos sino por la sociedad ¿qué sentido tiene la compensación del daño? Es decir, ¿qué objetivo cumple la obligación de compensar y el derecho a ser indemnizado desde un punto de vista agregativo?

Las razones por las que se exige compensación son varias y tienen que ver con los incentivos que reciben tanto el agente dañador como la víctima. Una explicación sencilla y breve que ofrecen los partidarios del AED es que la responsabilidad del agente se justifica a fin de brindarle los incentivos necesarios para que adopte un comportamiento eficiente, ya sea tomando medidas precautorias o limitando su nivel de actividad. Sin responsabilidad, no tendría motivación alguna para prevenir daños. Por parte de la víctima hay dos motivos por los cuales debe recibir compensación por los daños que sufre. En primer lugar, debe brindarse un incentivo para que demande judicialmente. Esto resulta esencial para mantener un sistema de responsabilidad civil efectivo a nivel disuasorio. Además, es importante que la víctima sea compensada para evitar que adopte medidas precautorias excesivas. Si no existiese compensación habría una tendencia de las potenciales víctimas a invertir demasiados recursos en autoprotección.³⁹

IV-LA CULPA Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Las reglas de responsabilidad son evaluadas por los incentivos que generan sobre la conducta de las partes involucradas en el accidente, y por el costo de administración que depende de la cantidad de demandas y del costo de adjudicar en cada una de ellas.⁴⁰ Aquí me ocuparé únicamente de los incentivos de las partes en distintos contextos. Hay casos en los que el agente dañador es el único que puede adoptar medidas precautorias para evitar o reducir la probabilidad de que ocurra el accidente. Estos son denominados casos de precaución unilateral, lo que implica que el nivel de precaución eficiente de la víctima es cero. Cuando la víctima también puede adoptar medidas precautorias a costo razonable, y por ello se requiere que lo haga, el caso será de precaución bilateral. Por otra parte, el nivel de actividad de los agentes también influye sobre la cantidad de accidentes. Es evidente que quien conduce todos los días, aunque sea diligentemente, incrementa la probabilidad de causar un accidente respecto de aquel que sólo conduce una vez a la semana. En ocasiones, es importante que el individuo adopte medidas precautorias pero también

³⁹ POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, op. cit., en p. 209.

⁴⁰ SHAVELL, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1987, en p. 262. La regla de responsabilidad objetiva eleva el número de reclamos, ya que en principio todo agente que haya causado el daño es responsable y las posibilidades de éxito son altas. Una regla de responsabilidad por culpa, por su parte, incentiva a demandar en menor medida que una regla de responsabilidad objetiva porque sólo se recibirá indemnización si el agente dañador obró con culpa. En cuanto al costo de adjudicar, la regla de responsabilidad por culpa entraña un costo más alto que la regla de responsabilidad objetiva, simplemente por el esfuerzo probatorio que debe realizarse en uno y otro caso. Para lograr compensación con la primera regla debe probarse el daño, la relación de causalidad y la culpa del agente dañador. En cambio, con la segunda regla basta probar el daño y la relación de causalidad.

limite su nivel de actividad. Entonces, éstos serán dos aspectos relevantes para valorar el impacto de las reglas de responsabilidad civil. A los fines de este trabajo no es necesario analizar los casos de precaución bilateral.⁴¹

Antes que nada debe recordarse que las medidas precautorias óptimas, definidas a partir de la fórmula de Hand, por definición minimizan el costo del accidente. Esto significa que cuando se adoptan las medidas precautorias óptimas, el valor esperado del daño sumado al costo de las medidas es el mínimo que puede lograrse. En otras palabras, siendo el costo esperado del accidente (C_e) igual a la suma del daño (D) ponderado por la probabilidad de su ocurrencia (p) y el costo de las medidas precautorias (A), que dependen del nivel de diligencia (y), las medidas óptimas (y^*) son las que minimizan C_e .⁴² En el modelo que presento aquí presupongo que el estándar jurídico de diligencia, establecido por el legislador y los jueces, coincide perfectamente con el estándar eficiente.

En lo que hace a los casos de precaución unilateral, tanto la negligencia como la responsabilidad objetiva producen los mismos efectos: el agente dañador obrará con la diligencia debida. Ello es así porque bajo el régimen de negligencia si no adopta medidas eficientes deberá cargar con el valor del daño, y ya sabemos por definición que el valor de daño es mayor que el valor de las medidas [$D.p(y) > y^*$]. De igual manera, bajo el régimen de responsabilidad objetiva deberá cargar con el costo esperado del daño más allá de su diligencia, sin embargo, para minimizar este valor también adoptará el nivel de precaución eficiente [recuérdese que $D.p(y) + A(y) > D.p(y^*) + A(y^*)$].

Ahora bien, hasta aquí puede afirmarse que ambas reglas incentivan correctamente al agente dañador para que adopte un nivel de precaución eficiente. Pero ¿qué ocurre con el nivel de actividad? A continuación completaré el modelo para determinar esta cuestión suponiendo dos cosas: a) que un aumento en el nivel de actividad eleva el costo esperado de los daños; y b) que un aumento en el nivel de actividad incrementa, al menos hasta cierto punto, la utilidad del agente.⁴³

Supongamos que Juan realiza una actividad capaz de producir un daño de 50 cuando no toma medidas precautorias, pero la probabilidad de su ocurrencia disminuye en un 50% si invierte 10 en la diligencia óptima. El beneficio que obtiene de la actividad es de 100. Imaginemos también que Juan tiene la posibilidad de reducir su nivel de actividad, obteniendo un beneficio de sólo 80, lo que reduce la probabilidad de que ocurra un accidente al 20%, de modo que el costo esperado del daño es 10 y lo óptimo es que no invierta en medidas precautorias de ningún tipo.⁴⁴ Resumida en un cuadro, la situación es la siguiente:

⁴¹ Para un análisis completo de las reglas de responsabilidad civil pueden consultarse SHAVELL, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, op. cit., capítulo 2; y LANDES, William y POSNER, Richard A., *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1987, capítulos 3 y 4.

⁴² Dado que $C_e = D.p(y) + A(y)$, y^* es el valor que minimiza C_e . Entonces, cuando $y \neq y^*$ por definición se dará que $D.p(y) + A(y) > D.p(y^*) + A(y^*)$, o lo que es lo mismo, $C_e(y) > C_e(y^*)$.

⁴³ SHAVELL, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, op. cit., en p. 21.

⁴⁴ El nivel óptimo de precaución puede depender, como en este ejemplo, del nivel de actividad. Por ello, con la actividad inicial puede ser óptimo invertir 10 en diligencia, pero si se reduce la actividad puede ser óptima una precaución menor, o incluso ninguna. Un ejemplo sencillo ilustrará este punto. Un individuo puede encontrar ineficiente comprar un par de guantes para proteger sus manos cuando lava los platos en su casa. Pero si consiguiese un trabajo de lavaplatos y estuviese 8 horas por días realizando esa tarea, sin dudas lo óptimo sería que emplease los guantes.

Nivel de actividad	Beneficio para el agente dañador	Medidas precautorias óptimas	Daño	Probabilidad de ocurrencia	Costo esperado del daño	Excedente social
Nivel inicial	100	10	50	50%	25	65
Nivel reducido	80	0	50	20%	10	70

La riqueza social se maximiza cuando el agente dañador reduce su actividad. Nótese que con la actividad inicial el beneficio social es de 65 ($100 - 10 - 25$) mientras que con la actividad limitada es de 70 ($80 - 10 - 0$). Esto significa que a la sociedad en su conjunto le resulta conveniente que se restrinja el nivel de actividad. Un régimen de responsabilidad objetiva, a diferencia de la regla de negligencia, logrará el objetivo de minimizar el costo del accidente. Veamos por qué. En todos los casos, el agente dañador tomará su decisión respecto del nivel de actividad en base al excedente que obtiene cuando realiza la actividad a su nivel inicial y el que obtiene cuando la reduce. Este excedente depende del tipo de regla de responsabilidad que regule su conducta. Cuando la regla es de **negligencia**, invirtiendo 10 en medidas precautorias se libera de responsabilidad, entonces comparará los beneficios que obtiene de la actividad al nivel inicial (B^i) con los que obtiene de la actividad reducida (B^r), descontando en ambos casos los costos de las medidas precautorias óptimas para cada nivel. Así, elegirá el nivel según $B^i - A(x^{i*}) > o < B^r - A(x^{r*})$. Como en el caso de la tabla el nivel inicial le reporta un excedente de 90 y la reducción uno de 80, el resultado será ineficiente.

Con una regla de **responsabilidad objetiva** el cálculo es distinto. Su decisión de reducir el nivel de actividad dependerá de que $B^i - D.p(x^{i*}) - A(x^{i*}) > o < B^r - D.p(x^{r*}) - A(x^{r*})$. En el ejemplo de la tabla como el nivel inicial le supone un excedente de 65 ($100 - 25 - 10$) y el nivel reducido uno de 70 ($80 - 10 - 0$), reducirá el nivel y el resultado será eficiente. Esta regla brindará siempre los incentivos correctos. Siempre que a la sociedad le resulte conveniente que el nivel de actividad sea considerado por el agente dañador, un régimen de responsabilidad objetiva hará que él ajuste su conducta.

Esto se explica porque la responsabilidad objetiva opera sobre el agente dañador haciendo que interprete las medidas precautorias en un sentido amplio, incluyendo como un modo de reducción de la probabilidad de ocurrencia, o evitación del accidente, la limitación de su nivel de actividad. Los estándares de diligencia que emplean los tribunales suelen ser complejos, compuestos de muchas variables. Por ejemplo, en el caso de los conductores de automóviles, el estándar puede considerar relevante la velocidad a la que conducen, si mantienen el vehículo en condiciones, si respetan los semáforos, etc., pero en ningún caso incluyen el nivel de actividad. Ningún juez se pregunta si el conductor podía haber disminuido la probabilidad de ocurrencia del accidente limitando la cantidad de horas que conduce por día.⁴⁵ Por esta razón, cuando la regla es la negligencia, los agentes no tendrán incentivos para incorporar dentro de sus medidas la reducción de actividad. Pero la responsabilidad objetiva, al hacer que el agente internalice los costos del accidente, brinda incentivos para la limitación cuando ella es eficiente.⁴⁶

⁴⁵ LANDES, William y POSNER, Richard A., *The Economic Structure of Tort Law*, op. cit., en p. 66.

⁴⁶ Esta conclusión ha sido cuestionada por GILLES, Stephen G., *Rule-Based Negligence and the Regulation of Activity Levels*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 21, Nº 2, 1992, pp. 319-363, en p. 329. Su argumento consiste en señalar que las categorías "precaución" y "nivel de actividad" no son mutuamente excluyentes. En muchas ocasiones es difícil saber si un individuo fue negligente o si su nivel de actividad fue excesivo. Por ejemplo, si alguien en un día de fuerte nevada decide ir a su trabajo en bicicleta en lugar de tomar el transporte público, uno puede considerar que fue negligente, o bien que el nivel de actividad óptimo era cero; o incluso, que fue negligente *porque* el nivel de actividad óptimo era cero: *debió* ir en transporte público y no en bicicleta. El autor analiza además distintos

V-CRÍTICA A LA NATURALEZA RECÍPROCA DEL PROBLEMA COMO PARADIGMA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

1-La incapacidad de dar cuenta de la práctica: el mito de la fórmula de Hand

Los principales partidarios del AED pertenecen al ámbito del derecho anglosajón. Por esta razón, cuando formulan sus tesis positivas lo hacen en relación a ese sistema jurídico. Ya vimos que POSNER cree que detrás de todas las doctrinas que lo conforman se esconde un análisis costo-beneficio, sintetizado en la fórmula de Hand, capaz de explicar las reglas básicas y las decisiones de los tribunales.⁴⁷

Richard W. WRIGHT, en un extenso y profundo trabajo, se ocupa de desenmascarar el mito de la fórmula de Hand. Afirma que la tesis según la cual la negligencia está definida en el *Common Law* a partir de un test agregativo consistente en un balance entre el riesgo y la utilidad social de la conducta (o un análisis costo-beneficio) no es más que un mito académico. Alega que el test casi nunca es mencionado por los tribunales, pero incluso cuando sí es mencionado en las sentencias rara vez es efectivamente aplicado. Según WRIGHT los pocos jueces que intentan realmente aplicarlo fracasan o terminan decidiendo el caso por razones de justicia distintas del costo-beneficio.⁴⁸

De ser esto así, ¿por qué razón, entonces, es tan famosa la fórmula de Hand? ¿Por qué ha logrado tanta presencia en los textos jurídicos? La explicación de WRIGHT se relaciona con la historia del derecho norteamericano. Una versión del test riesgo-utilidad irrumpe en el discurso jurídico explícitamente con la aparición del *Restatement of the Law of Torts* del *American Law Institute* de 1934, que hace referencia al *riesgo irrazonable* como aquel que supera al beneficio social de la actividad. Esta mención tuvo alguna influencia en los juristas, que comenzaron a citar el test al tratar el tema de la negligencia y la conducta razonable. Sin embargo, los tribunales seguían ignorándolo, salvo por el Juez Learned Hand, casualmente uno de los fundadores del *American Law Institute* y activo participante en las discusiones de los varios *Restatements*. Además de él, casi ningún juez tenía en cuenta el test en esa época. Incluso, el propio Hand, en casi cinco décadas de ejercicio de su función, sólo se refirió a la fórmula en 11 casos de negligencia entre 1938 y 1949, época en la que estaba más comprometido con su actividad en el instituto. Según se especula, la mención de la fórmula en estos casos estaba ligada a su interés por fomentar el *Restatement*, que incluía una versión poco sofisticada del test.⁴⁹ Sin embargo, ni siquiera en la primera mención del test, en el caso *Gunnarson vs. Robert Jacob, Inc.*,⁵⁰ Hand aplicó coherentemente la fórmula. Lo que hizo fue expresar que la negligencia depende de un balance entre el riesgo y la utilidad de la conducta, pero luego asumió que fue exclusivamente negligente una de las partes aun cuando existían razones para considerar que la otra tenía un mayor conocimiento de los riesgos involucrados, lo que en términos de CALABRESI implica

casos en los que evaluar la negligencia implica considerar el nivel de actividad. Creo que la crítica es interesante, pero daré por bueno el punto usualmente expuesto por el AED según el cual los tribunales tienen serias dificultades en incorporar la eficiencia del nivel de actividad en el estándar de diligencia.

⁴⁷ POSNER, Richard A., *A Theory of Negligence*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 1, N° 1, 1972, pp. 29-96.

⁴⁸ WRIGHT, Richard W., *Hand, Posner, and the Myth of the "Hand Formula"*, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 4, 2003, pp. 1-132, disponible en <http://ssrn.com/abstract=362800> (consultado el 3 de mayo de 2007), en p. 132.

⁴⁹ WRIGHT, Richard W., *Hand, Posner, and the Myth of the "Hand Formula"*, op. cit., en pp. 10-14.

⁵⁰ 94 F. 2d 170 (2d Cir. 1938).

que era el evitador más económico del daño y por ello debió ser responsabilizado. Concluye WRIGHT que el resultado de este caso no puede explicarse por la fórmula de Hand.⁵¹ Asimismo, en otra oportunidad Hand reconoció que la implementación de la fórmula requiere información que es inaccesible, por lo que la cuestión del cuidado razonable debería ser decidida por el jurado en base a los “estándares comúnmente aceptados”.⁵²

Todo esto evidenciaría que la proyección de la fórmula de Hand en el derecho anglosajón es engañosa y su relevancia académica puramente anecdótica. En parte, su fuerza vendría dada por el hecho de que quienes simpatizan con el análisis económico ostentan importantes cargos institucionales. Así, observa Owen FISS que muchos de los miembros del movimiento del AED –como Richard POSNER, Frank EASTERBROOK, Ralph WINTER y Robert BORK– fueron designados por Ronald Reagan en la justicia federal y, por lo tanto, lograron una influencia mayor que la alcanzada por cualquier miembro de la escuela crítica del derecho.⁵³ Obviamente, el hecho de que la escuela crítica tenga escasos representantes en el poder judicial no es suficiente para afirmar que por esta razón el AED se impone como corriente dominante. Lo único que deseo enfatizar es que el prestigio del que gozan académicos tan respetados como los recién mencionados se ve reforzado por el doble rol que cumplen como profesores y miembros del poder judicial. Desde esta última posición también impactan sobre la academia, especialmente en un sistema como el *Common Law*. Teniendo esto en cuenta, es plausible afirmar que el crecimiento del AED a partir de la década de los ochenta puede haber sido favorecido por estas designaciones.

Las interpretaciones de POSNER que consagran a la fórmula de Hand como el principio fundamental del derecho de daños también son objeto de crítica por parte de WRIGHT. Puntualmente critica que POSNER, tanto en su trabajo *A Theory of Negligence* como en *The Economic Structure of Tort Law* –este último en colaboración con William LANDES–⁵⁴ no discute seriamente los hechos de ninguno de los 1528 casos que afirma haber analizado. En particular, cuando se expande sobre el caso *Carroll Towing*, que expresa la fórmula en términos matemáticos, POSNER describe incorrectamente los hechos, confundiendo varias cuestiones relacionadas con el actor y el demandado, los daños que se reclamaban y los hechos por los que se evaluó la negligencia, entre otras cosas. Del mismo modo critica la vaguedad y la parcialidad de las citas jurisprudenciales que LANDES y POSNER seleccionan para sus análisis y las conclusiones que extraen a partir de interpretaciones totalmente sesgadas de las palabras de los jueces.⁵⁵ Las críticas de WRIGHT son sumamente elaboradas e interesantes, aunque en algunas ocasiones parecen excesivas. No obstante, pese a que su lectura de la obra de LANDES y POSNER es poco caritativa, el autor logra a mi juicio poner en jaque definitivamente las pretensiones descriptivas del AED.

Dado lo dicho hasta aquí, ¿por qué insisten los partidarios del AED en sostener tesis positivas como la de POSNER? Creo que el imperialismo de la ciencia económica,⁵⁶ que expande sus fronteras abarcando cada vez más campos de

⁵¹ WRIGHT, Richard W., *Hand, Posner, and the Myth of the “Hand Formula”*, op. cit., en pp. 20-21.

⁵² WRIGHT, Richard W., *Hand, Posner, and the Myth of the “Hand Formula”*, op. cit., en p. 22.

⁵³ FISS, Owen M., *The Death of the Law?*, Cornell Law Review, Vol. 72, Nº 1, 1986, pp. 1-16, en p. 2.

⁵⁴ Ambos trabajos ya citados.

⁵⁵ WRIGHT, Richard W., *Hand, Posner, and the Myth of the “Hand Formula”*, op. cit., pp. en 41-42.

⁵⁶ Sobre las razones esgrimidas por los economistas que explican por qué ellos se han trasladado a otros campos de estudio en lugar de que los sociólogos, por ejemplo, se trasladen a la economía, véase BRENNER, Reuven, *Economics-An imperialist Science?*, Journal of Legal Studies, Vol. 9, Nº 1, 1980, pp. 179-188, en p. 183.

estudio, ha llevado a los economistas a asumir un fuerte compromiso con los fundamentos teóricos de su disciplina. Este compromiso, seguramente desmedido, les hace ver el mundo a través del prisma del análisis costo-beneficio, lo que les genera una ilusión de inmanencia del principio de eficiencia. Terminan analizando desde esta perspectiva todas las cuestiones de la vida, incluso aquellas que nunca pensaríamos desde el sentido común como una cuestión económica. Ejemplo de ello es la interpretación de POSNER del delito de violación. Según este autor se prohíbe la violación simplemente porque existe un mercado sexual y el violador lo evade. Uno puede casarse, tener una novia o incluso recurrir a la prostitución para conseguir sexo, es decir que el sexo es un bien que se ofrece en el “mercado”; sin embargo, el violador lo “roba” en lugar de pagar por él, lo que evidentemente impide la maximización de la riqueza. Sólo por esta razón debe prohibirse la conducta.⁵⁷

Esta interpretación del delito de violación es tan absurda que resulta difícil creer que sea sostenida por un intelectual de la talla de Richard POSNER. Las pretensiones universalistas del AED no respetan ningún límite y la disciplina sufre necesariamente de un defecto en cuanto a su esfera de incumbencia. Que la violación pueda ser entendida en términos económicos como un acto ineficiente, dada la definición de eficiencia, es algo muy distinto de afirmar que la violación se prohíbe *porque* es ineficiente. Los partidarios del AED parecen convertir todos los enunciados del primer tipo en enunciados del segundo. Por supuesto, considerando que las sociedades no son clubes de suicidas, el derecho de daños generalmente podrá ser interpretado en base a criterios de eficiencia. Es plausible sostener que una sociedad que perdura en el tiempo y pretende continuar su existencia no cuenta, ni puede contar, con un sistema de responsabilidad extracontractual ineficiente, por ejemplo, en el que los daños no son compensados. Pero de allí no puede extraerse como conclusión que la sociedad persigue a través del derecho de daños la maximización de la riqueza.

En definitiva, las aspiraciones descriptivas del AED se quedan a mitad de camino al intentar elaborar una teoría comprensiva que explique el mundo a la luz del principio de eficiencia. Si sus enunciados fuesen más modestos y se limitasen a corroborar en qué medida ciertas normas son compatibles con la eficiencia y cuáles no lo son sus conclusiones serían mucho más acertadas y útiles para comprender cabalmente el derecho de daños.

2-El riesgo y la acción incorrecta

Al estudiar las reglas de responsabilidad expliqué que la diferencia entre la regla de negligencia y la de responsabilidad objetiva es que la segunda carga al agente dañador con el costo del accidente aun cuando haya adoptado las medidas precautorias “óptimas”. La razón por la que se hace responsable a quien no pudo obrar con mayor diligencia tiene que ver con que ésta es una manera de brindarle los incentivos necesarios para que regule su nivel de actividad, cuando es deseable que la controle. Es decir, de ser eficiente que el agente reduzca su nivel de actividad, el modo de conseguir ese resultado es haciéndolo objetivamente responsable.

Vimos, sin embargo, que la reducción del nivel de actividad puede ser considerada una forma más de precaución. Incluso algunos autores entienden que una conducta puede ser descripta como negligente o como un exceso de actividad. De hecho, toda conducta negligente es por definición un exceso: el nivel eficiente de

⁵⁷ POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, op. cit., p. 238.

actividad negligente es cero, que es lo mismo que decir que debió ser omitida.⁵⁸ Esta observación es relevante porque si, como sugiere SHAVELL, la incapacidad de los tribunales de incorporar el nivel de actividad de las partes en el estándar de negligencia es un defecto de la regla de la culpa,⁵⁹ esto significa que sustantivamente no hay una diferencia entre esta regla y la de responsabilidad objetiva: la regla de la culpa en condiciones ideales *incluye* el nivel de actividad de las partes, por lo que la única diferencia con la regla de responsabilidad objetiva estaría dada por quién resulta responsable residualmente. Con la regla de culpa, el responsable residual será la víctima y con la regla de responsabilidad objetiva será el agente dañador.

Si esto es correcto, de aquí se sigue que para el AED la distinción entre la responsabilidad objetiva y la culpa es puramente formal y no sustancial, pese a que en nuestro uso habitual del lenguaje reconocemos que la culpa es una categoría distinta de la conducta riesgosa. La culpa se asocia a una idea de *incorrección de la acción*, de *conducta prohibida*, mientras que la responsabilidad objetiva se relaciona con conductas que estando *permitidas* generan *riesgos* hacia terceros. La generación de niveles *normales* de riesgo no puede ser considerada desde ningún punto de vista como una acción incorrecta. Sólo en algunos casos es incorrecto realizar conductas riesgosas. Explica JAKOBS que “puesto que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediamente tolerado, como *riesgo permitido*”.⁶⁰

Pero estas categorías no interesan al AED. Lo único relevante es el costo esperado de un accidente. Así, para un partidario de esta escuela debe disuadirse tanto al taxista que conduce diligentemente 12 horas por día, es decir, observando las normas de tránsito, como a quien conduce una vez a la semana negligentemente, si es que el valor esperado del daño y el beneficio que obtienen las partes de su actividad fuese idéntico en ambos casos. Supongamos que un taxista conduce 4 horas más cada día para obtener un beneficio anual extraordinario de 40. Su actividad implica una probabilidad del 10% de generar daños por 1800, por lo que anualmente el valor esperado de los daños es de 180. Imaginemos que puede reducir la probabilidad de causar daños por 1800 al 7,5% renunciando al número de horas extraordinarias. En este caso el valor esperado de los daños será de 135. Como el beneficio marginal que obtiene es sólo de 40 y la reducción de daños esperados es de 45, lo óptimo será que limite su actividad.

Supongamos, por otra parte, que José Manuel conduce una sola vez a la semana pero a gran velocidad, superando el límite establecido por las normas de tránsito. El beneficio que obtiene de su actividad también es de 40, es decir, que aceptaría no conducir a alta velocidad a cambio de esa cantidad de dinero. Imaginemos que con su nivel de actividad genera una probabilidad del 90% de causar daños por 200. El valor esperado del daño es 180. Digamos que si conduce dentro de los límites de velocidad permitidos la probabilidad de ocasionar ese volumen de daños es del 2%, dado que sólo conduce una vez a la semana. Lo eficiente es también en este caso que José Manuel se comporte diligentemente (o reduzca su nivel de actividad negligente a cero).

⁵⁸ Véase la opinión de Stephen GILLES en la nota 46.

⁵⁹ SHAVELL, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, op. cit., en p. 25.

⁶⁰ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el derecho penal*, Trad. Manuel CANCIO MELIÁ, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, en p. 44.

Estos dos ejemplos demuestran que dos conductas, una permitida pero realizada muy frecuentemente (como la del taxista) y otra negligente pero infrecuente (como la de José Manuel), son desde el punto de vista económico idénticas. Ambas son conductas ineficientes; ambas deben ser disuadidas. Ninguna otra consideración es relevante para el AED. Sin embargo, la acción del taxista es distinta de la acción de José Manuel. La del taxista es una acción diligente y, desde el punto de vista moral, al menos no es incorrecta. En cambio, la acción de José Manuel es negligente y moralmente incorrecta.⁶¹ Esta distinción no se ve reflejada en el modo en que el AED trata a las conductas. Toda conducta ineficiente, correcta o incorrecta, debe ser desincentivada.

Un punto similar puede señalarse respecto de la teoría de los daños punitivos. Estos daños, que son otorgados muy excepcionalmente por los tribunales de los Estados Unidos, tienen por finalidad castigar ciertas conductas intencionales o temerarias en el agente dañador. Se entiende que están diseñados para expresar la desaprobación de la conducta del demandado.⁶² No obstante, para el AED deben imponerse daños punitivos cada vez que la probabilidad de que el agente sea condenado por los daños que causa sea inferior al 100%.⁶³ Si un individuo puede causar un daño de 1.000.000, con una probabilidad del 1%, y sólo hay una probabilidad del 10% de que sea condenado a indemnizar cuando causa el daño, el AED recomendaría que el monto indemnizatorio no se corresponda con el valor de daño sino con un valor diez veces superior, o sea, de 10.000.000. Ello es así porque, con estos valores, el agente dañador sólo tomará medidas precautorias cuando ellas sean inferiores a 1.000, que es el costo esperado que enfrenta. Como dije, el daño es de 1.000.000, pero la probabilidad de su ocurrencia es de 0,01, por lo tanto el daño esperado es de 10.000. Pero la cuestión no termina allí. Como el agente sabe que sólo será condenado el 10% de las veces, su costo esperado en indemnizaciones es solamente de 1.000. Para evitar que el agente tome medidas precautorias ineficientes, esto es, tomando como referencia los 1.000 que enfrenta como indemnización y no los 10.000 de daños esperados que genera, debería imponérsele como daños compensatorios la cantidad de 1.000.000 y como daños punitivos la cantidad de 9.000.000. De este modo se logra el efecto deseado: la disuasión óptima. Cuando la indemnización se fija en 10.000.000, el valor esperado de la condena que enfrenta el agente es de 10.000,⁶⁴ y éste es el límite de las medidas precautorias que debe estar incentivado a tomar. Esta recomendación tiene por efecto conseguir que el agente dañador tome medidas precautorias óptimas, y desde el punto de vista analítico es impecable.

Pese a todo, en la idea de condenar a pagar 10.000.000 a quien genera una probabilidad del 1% de causar daños por 1.000.000 hay algo que nos incomoda. Además, nos parece problemático que 9/10 partes de la indemnización sean a título de *castigo* cuando el agente dañador realiza una acción tan poco riesgosa. Es más, la idea de daños punitivos, tal como es presentada por el AED, no se restringe a las

⁶¹ Es cierto que una conducta es negligente cuando la norma jurídica así lo establece y, entonces, muchas conductas podrían ser calificadas como negligentes sin ser moralmente incorrectas. Esto podría deberse a un error del legislador. Sin embargo, lo relevante para mi argumento es que la regla de la negligencia intenta capturar la incorrección de la acción. A diferencia de la responsabilidad objetiva, donde lo primordial es un determinado resultado indeseable, la regla de la negligencia se basa en una actitud crítica hacia la conducta del agente, una desaprobación de *lo que el individuo hace*.

⁶² CANE, Peter, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Seventh Edition, Cambridge University Press, 2006, en pp. 173-174.

⁶³ POLINKSY, Mitchell A. y SHAVELL, Steven, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, Harvard Law Review, Vol. 111, N°4, 1998, pp. 869-962, en pp. 887-896.

⁶⁴ Este valor surge de ponderar los 10.000.000 que se fijan como indemnización por la probabilidad de que ocurra el daño (0,01) y por la probabilidad de que el agente sea condenado en el juicio (0,1).

indemnizaciones por acciones negligentes o acciones prohibidas.⁶⁵ Siempre que no haya certeza de que el agente vaya a ser condenado cuando causa un daño, aunque la acción realizada esté permitida, los daños punitivos son recomendados por la teoría. Nuevamente, se deja absolutamente de lado la distinción entre la corrección y la incorrección de la acción. Según el AED los individuos pueden ser castigados aunque sus acciones no sean incorrectas, y esto es contraintuitivo.⁶⁶ Ninguna consecuencia tan gravosa para un individuo puede seguirse de una acción que de ningún modo es incorrecta.

Más allá de esto, cuando el AED propone este tipo de interpretaciones de la regla de responsabilidad objetiva, de la negligencia y de los daños punitivos está pidiendo a los teóricos que abandonen una distinción que es esencial en la comprensión de nuestras relaciones sociales. Como vengo sosteniendo, me refiero a la distinción entre acciones correctas e incorrectas. La comprensión habitual de la moralidad se basa en esta distinción, en la idea de que ciertas cosas no deben realizarse. En palabras de FRIED, la distinción entre lo correcto y lo incorrecto es el fundamento de nuestra personalidad moral. Nada de lo que hacemos, de las decisiones que tomamos o de las cosas que elegimos es más importante que el fundamento, basado en la corrección y la incorrección, de estas acciones, decisiones o elecciones que realizamos.⁶⁷

Una teoría que nos obliga a desprendernos de categorías tan básicas como éstas no puede servir para la comprensión del derecho, y mucho menos de la responsabilidad extracontractual. La práctica del derecho de daños tiene una moralidad inmanente fuertemente marcada por sus características centrales. Las obligaciones que se generan cuando un individuo daña a otro y el derecho de la víctima a reclamar una compensación, ambas cosas, pueden ser comprendidas más allá de todo sistema jurídico como una cuestión básica de la moralidad. En nuestras prácticas sociales actuales, el deber de reparar y el derecho a ser compensado no requieren ninguna justificación moral sofisticada, ya que no se trata de cuestiones controvertidas. Lo que sí exige un desarrollo teórico más elaborado es la justificación de las formas de la reparación y la extensión de la obligación de compensar. Que el agente dañador debe compensar los daños que causa y que la víctima debe ser reparada no parece ser algo discutible en ninguna sociedad moderna. Lo que se discute es si la víctima puede reclamar a alguien más que al agente dañador, si el agente dañador debe indemnizar íntegramente a la víctima o sólo parcialmente, si las consideraciones de eficiencia son admisibles o no, etc. Mi argumento no se basa simplemente en la gramática superficial del lenguaje que empleamos en nuestras prácticas sociales, sino que apela a las profundas convicciones de sus participantes. Si la práctica, y las convicciones que la sustentan, están justificadas o no es una cuestión que por ahora dejo de lado.

⁶⁵ Justamente los partidarios del AED afirman que los daños punitivos no son un castigo, pero en nuestro lenguaje ordinario ¿de qué otro modo denominaríamos a la obligación de pagar una suma de dinero que excede el valor de la compensación?

⁶⁶ En los Estados Unidos hay estudios que indican que los individuos en general, y los jueces y los jurados en particular, muestran una fuerte reticencia a condenar por daños punitivos cuando la conducta del agente no es incorrecta. La principal función de los daños punitivos consiste en castigar por la realización de conductas reprobables. El hecho de que el agente esté sujeto a una probabilidad menor al 100% de ser hallado responsable es irrelevante para la concesión de daños punitivos. Ello demuestra dos cosas: por un lado, que la distinción entre lo correcto y lo incorrecto es relevante y, por otra parte, que las tesis descriptivas del AED no son acertadas. Véase SUNSTEIN, Cass R., SCHKADE, David A. y KAHNEMAN, Daniel, *Do People Want Optimal Deterrence?*, en SUNSTEIN, Cass R., HASTIE, Reid, PAYNE, John W., SCHKADE, David A. y VISCUSI, W. Kip, *Punitive Damages. How Juries Decide*, University of Chicago Press, Chicago and London, 2002, pp.132-141.

⁶⁷ FRIED, Charles, *Right and Wrong*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1978, en pp. 7-8.

Por estas razones, entiendo que el AED no reconstruye adecuadamente nuestras intuiciones morales esenciales. Pero tampoco puede dar cuenta de la práctica del derecho de daños ni de su estructura conceptual. La responsabilidad objetiva y la culpa son categorías distintas, porque distinguir lo correcto y lo incorrecto es relevante para nuestra comprensión del mundo.

3-La irrelevancia de la causalidad

3.1-Los orígenes: COASE y CALABRESI

Aceptar que el fenómeno de los daños es de naturaleza recíproca, como sugiere COASE en *The Problem of Social Cost*, implica negar la relevancia de los procesos causales. Decía COASE, para el caso de actividades rivales, que evitar el daño a B supone causar daño a A. Según esta visión, la idea de un agente dañador que causa un perjuicio a la víctima carece de sentido ya que ambos son *conditio sine qua non* del resultado. Lo determinante a la hora de asignar el derecho a ser compensado es conocer el valor de lo que se consigue y el valor de lo que se sacrifica para conseguirlo.⁶⁸

Posteriormente, siguiendo esta misma línea, CALABRESI reconoce en *The Costs of Accidents* que su uso de la palabra “causa” es engañoso y que no considerará qué significa –si es que la expresión tiene algún sentido– decir que una actividad “causa” un determinado accidente.⁶⁹ El desprecio por la causalidad como presupuesto de la responsabilidad extracontractual toma su forma más cruda en afirmaciones del tipo “si el fabricante de televisores es el evitador más económico de los accidentes de tránsito, él debe ser responsabilizado”. Es cierto que normalmente no será el evitador más económico alguien que no guarda ninguna vinculación causal con los hechos del accidente pero, si por alguna razón lo fuese, el AED no tendría problemas en hacerlo responsable.

La primera objeción que uno puede plantear a una teoría que, siendo una teoría de la responsabilidad extracontractual, no recoge el requisito de causalidad como relevante es que falla al describir la práctica y las categorías empleadas usualmente en el discurso del derecho de daños. En el discurso habitual, prescindir de la idea de causa implica renunciar a identificar un agente dañador y una víctima. Alguien es *agente dañador* cuando *causa* un daño. No es suficiente que reúna ciertas características, como ser rico, pobre o estar en condiciones de evitar el daño de modo más económico.

No obstante, sólo para continuar con el argumento, supongamos que fuese posible identificar a dos individuos como dañador y víctima, independientemente de la causalidad, a partir de alguna característica especial. Digamos que la víctima es aquella que sufre un menoscabo en sus intereses y que el agente dañador es aquel que está en condiciones de impedir ese menoscabo a un costo menor que otros individuos, incluida la víctima.⁷⁰ Aun así, el sentido común nos indica que debe haber una razón para vincular a ambas partes entre sí. Esta razón, en el derecho de daños, es la relación de causalidad. El agente dañador está vinculado con la víctima porque causó el daño. Este requisito de causalidad, dice FEINBERG, no es más de lo

⁶⁸ COASE, Ronald, *The Problem of Social Cost*, op. cit., en p. 2.

⁶⁹ CALABRESI, Guido, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, op. cit., en p. 6, nota 8.

⁷⁰ Esta idea es defendida en POSNER, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1990, en p. 328.

que en el discurso práctico ordinario quiere significarse con frases tales como “el daño de B ocurrió debido a la acción de A” o “como consecuencia de la acción de A, B fue dañado”.⁷¹

Ahora bien, ¿es suficiente para vincular al dañador con la víctima el hecho de que el primero puede evitar el daño de un modo más económico? Usualmente los sistemas de responsabilidad civil consideran irrelevantes los costos de evitación para vincular a dos sujetos, es decir, para vincular a la víctima con uno de los muchos sujetos que podrían ser vinculados con ella. La vinculación siempre viene dada por alguna forma de causalidad. El AED podría entonces renunciar a su pretensión de prescindir de la causalidad e interpretar que el evitador más económico, que omite intervenir para que la víctima no sufra el menoscabo, causó el daño. Esta noción de causalidad sería demasiado amplia y contraria a lo que se interpreta como causación por omisión. Las omisiones son problemáticas, como explican HART y HONORÉ, porque uno puede considerar que es causa de la muerte de una planta la omisión del jardinero que no la regó, pero también la de cualquier otra persona que tampoco la haya regado.⁷² Supongamos que los costos de regar la planta sean idénticos para el jardinero y para todo transeúnte. Imaginemos que la planta está en un jardín público y que la regadera está a la mano de cualquiera. En esas condiciones ¿qué razón tenemos para vincular al jardinero y no a cualquier otro individuo que haya pasado frente a la planta? El AED o bien haría responsable a cualquiera de los transeúntes, incluyendo al jardinero como uno más, o bien no tendría respuesta. Pero en el discurso ordinario la razón por la que la omisión del jardinero es la *única* causa de la muerte de la planta tiene que ver con que su omisión es anormal en ese contexto. Es parte de la rutina –del escenario habitual– que el jardinero se encargue de regar la planta, y es perfectamente normal que el resto de los individuos omitan regarla.⁷³

Además, los juicios causales tienen una pretensión explicativa que la noción de evitador más económico no puede satisfacer. ROSENKRANTZ expone este punto al afirmar que “el hecho de que A sea el evitador más barato de costos, dado que puede prever el accidente y puede asegurarse contra él del modo más económico, es un asunto absolutamente tangencial desconectado de la cuestión de si el accidente puede ser descrito como algo hecho por A. Por consiguiente, pensar, como CALABRESI, que todos los juicios causales dependen de juicios de eficiencia es sencillamente un error de categoría”.⁷⁴

Piénsese en el caso de Álvaro que, tomando un café en un bar, observó detenidamente los siguientes hechos: Sergio al ingresar al establecimiento dejó su paraguas junto a la puerta. Se dirigió al baño y un mozo, para evitar que se mojase la entrada, tomó el paraguas y lo guardó en un lugar más apropiado. Inmediatamente después entró Mateo y apoyó su paraguas, que era casi idéntico al de Sergio, también junto a la puerta. Cuando Sergio salió del baño tomó el paraguas de Mateo y se retiró. Álvaro podría haber evitado la confusión de Sergio a un costo muy bajo, simplemente avisándole que el paraguas que se estaba llevando no era el suyo. Por su parte, Sergio no tenía forma de percatarse a un costo razonable de que el paraguas era ajeno, ya que el de Mateo era muy similar y

⁷¹ FEINBERG, Joel, *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 1984, en p. 118-119.

⁷² HART, H. L. A. y HONORÉ, Tony, *Causation in the Law*, Oxford University Press, Second Edition, 1985, en pp. 37-38.

⁷³ HART, H. L. A. y HONORÉ, Tony, *Causation in the Law*, op. cit., en p. 38.

⁷⁴ ROSENKRANTZ, Carlos F., *La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual: donde la Filosofía del Derecho y la Economía se encuentran*, en ROSENKRANTZ, Carlos F. (compilador), *La responsabilidad extracontractual*, Gedisa, Barcelona, 2005, en p. 22.

estaba ubicado en el mismo sitio en el que minutos antes había dejado el propio. Cuando Mateo salió del baño se retiró pensando que le habían hurtado el paraguas. Álvaro, tampoco dijo nada en esta oportunidad. ¿Significa esto que Álvaro, por ser el evitador más económico, fue el causante de la confusión y, en última instancia, del daño? Evidentemente no. El uso común de nuestros conceptos causales no nos permite describir la pérdida del paraguas de Mateo como algo hecho por Álvaro.

Lo que quiero discutir aquí es la noción de causalidad basada en la idea de poder evitar el daño de modo más económico, una idea que no resulta convincente en absoluto. Ello sin perjuicio de seguir reconociendo que seguramente el causante coincidirá en muchos casos con el evitador más económico, pero no es causante por esa razón.

En conclusión, si el AED pretende prescindir de la idea de causalidad no podrá dar cuenta de que en el derecho de daños existe una víctima y un agente dañador especialmente vinculados por el hecho de que el segundo causó un daño al primero. Ahora, si pretendiese eludir esta crítica apelando a la causación por omisión de quien era el evitador más económico del daño, el argumento no se sostiene por las razones recién explicadas.

3.2-La causalidad al servicio de los objetivos del derecho de daños

Consciente de que el problema de la causalidad no podía ser ignorado eternamente por los estudios de análisis económico, en 1975 CALABRESI escribió un trabajo,⁷⁵ que se convertiría en clásico, en el que intenta encontrar una justificación económica a la exigencia de causalidad. Se pregunta qué papel juega el lenguaje causal para alcanzar los objetivos del derecho de daños. Su intención es pensar la causalidad a la luz de los objetivos del derecho de daños. En última instancia, cree CALABRESI, el requisito de causalidad debe ser justificado en términos funcionales, esto es, por el “servicio” que presta a las necesidades humanas. Desde esta perspectiva, afirma que muchas discusiones filosóficas aparentemente significativas acerca de la causa son irrelevantes para el uso jurídico del término. Por ejemplo, en el ámbito del derecho, la causa de una enfermedad depende de cómo, en un determinado momento, puede ser controlada más fácilmente.⁷⁶

Las nociones causales que CALABRESI analiza son tres: la vinculación causal, la *conditio sine qua non* y la causa próxima. El primer concepto es totalmente empírico. Hay vinculación causal entre un acto o actividad y un daño cuando puede concluirse sobre la base de la evidencia disponible que la ocurrencia del acto o actividad incrementa las probabilidades de que ocurra el accidente. La *conditio sine qua non* identifica la causa como aquella condición sin la cual el daño sería imposible que se concrete. Por último, la proximidad causal se relaciona con la previsibilidad del resultado. Hay proximidad causal entre un acto X y un resultado Z cuando era previsible que la realización de X traería como consecuencia un estado de cosas Z. Veamos cómo sirven estos conceptos causales a cada uno de los objetivos del sistema.

Una de las principales metas es la reducción de los costos primarios. Estos están dados por la cantidad y la gravedad de los accidentes y pueden reducirse por

⁷⁵ CALABRESI, Guido, *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr*, University of Chicago Law Review, Vol. 43, Nº 1, en pp. 69-108.

⁷⁶ CALABRESI, Guido, *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr*, op. cit., en p. 105.

medio de la disuasión general o de la disuasión específica. De acuerdo con el objetivo *disuasión general* o *método de mercado* –que consiste en hacer responsable a aquel que está en mejor posición para decidir si el costo de evitación es menor que el costo del daño– la vinculación causal debería ser exigida ya que parece difícil que alguien pueda ser el evitador más económico de un daño si sus acciones no incrementan las probabilidades de que ocurra el accidente. Sin embargo, el mismo CALABRESI reconoce que alguien puede estar mejor posicionado para realizar el análisis costo-beneficio de la actividad y para influir en la conducta de los individuos sin estar involucrado directamente en el accidente, es decir, sin estar causalmente vinculado.⁷⁷ Éste es el caso de la confusión de paraguas que relaté en el apartado V.3.1. En principio, entonces, no sería necesario a los fines de la responsabilidad extracontractual, tal como la concibe el AED, que las conductas de los individuos incrementen el riesgo de que se produzca el daño, aunque CALABRESI no lo admita claramente.

La exigencia de que la acción del individuo sea *conditio sine qua non* del daño se justifica porque carecería de sentido intentar incentivar a quien no impacta de ningún modo en la producción del resultado ni puede hacer nada para modificar las conductas de los involucrados. No obstante, tanto la *conditio sine qua non* y la vinculación causal dependen de la proximidad causal para que el método de mercado sea efectivo. Nótese que sin previsibilidad el individuo no podrá comparar los costos de los daños con los de las medidas precautorias necesarias para evitarlos. En este sentido, la proximidad causal es funcional a la consecución de este objetivo.

Siguiendo con los métodos, al considerar la *disuasión especial* o *método colectivo* debe advertirse que la vinculación causal tiene perfecto sentido exigirla, pero no así la *conditio sine qua non*. La disuasión especial consiste en prohibir (penalizar) una determinada actividad. Por ello, sólo parece razonable prohibir actividades que incrementen el riesgo de daño y no otras. Sin embargo, como son muchas las actividades que incrementan el riesgo de daño, el criterio *sine qua non* no es convincente para imponer una prohibición. Seguramente habría un exceso de actividades prohibidas. Esta noción causal no ofrece guía para seleccionar, del universo de acciones causalmente vinculadas con el accidente, cuál debe ser colectivamente disuadida. La proximidad causal, en cambio, sí es necesaria porque es importante penalizar sólo aquellas acciones cuya propensión a generar daños puede ser conocida por los destinatarios de la norma antes del accidente. De otro modo, la penalización no podría alterar los incentivos de los individuos.

Finalmente, la otra gran meta que postula Calabresi es la reducción de los costos secundarios.⁷⁸ Estos se relacionan con la concentración del daño en pocas personas o con el hecho de que el sufre el daño no esté en las mejores condiciones para absorberlo, por contar con un bajo ingreso o un escaso nivel de riqueza. Los métodos para reducir estos costos son la *dispersión* y la *distribución* del daño, y en estos casos los conceptos causales son mucho más difíciles de justificar económicamente. Ya sea para que el daño sea asumido por la mayor cantidad de gente posible (dispersión) como también para que sea soportado por el que se encuentra en mejores condiciones económicas de hacerlo (distribución) –o sea el que más ingreso y riqueza posee– la vinculación causal y la *conditio sine qua non*

⁷⁷ CALABRESI, Guido, *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr*, op. cit., en p. 85, nota 21.

⁷⁸ En realidad, Calabresi describe un objetivo general que es la minimización de la suma de costos primarios, secundarios y terciarios. Los dos primeros ya fueron explicados, mientras que el último carece de sentido analizarlo a los efectos de este trabajo. Diré solamente que los costos terciarios son los costos de administrar el sistema de responsabilidad civil.

son conceptos totalmente inútiles. Ninguna de estas nociones causales nos ayuda a lograr estos objetivos.⁷⁹ La proximidad causal, en cambio, puede ser importante exigirla a los fines de identificar a aquel que puede dispersar de modo más económico. Es decir, haciendo responsable a quien puede prever el daño y su magnitud se maximizan las posibilidades de que este individuo pueda contratar un seguro. Contrariamente, quien no puede prever difícilmente pueda tomar un seguro a costo razonable. No puede decirse lo mismo, por supuesto, respecto del objetivo distribución. Aquí ninguno de los conceptos causales es relevante. Ninguno de ellos garantiza que se syndique como causante a quien está en mejor condiciones económicas de asumir el daño. Como siempre, CALABRESI apela a la idea de que se debe lograr la mejor combinación de objetivos a fin de minimizar del costo total de los accidentes.

¿Es satisfactoria esta reconstrucción económica de los conceptos causales? La sensación que produce el trabajo de CALABRESI es que el AED, enfrentado a la tarea de explicar el rol de la causalidad, ha deformado los conceptos tradicionales para poder hacerlos entrar a la fuerza en el contexto de los objetivos de la responsabilidad extracontractual enunciados en *The Costs of Accidents*. En realidad, si se sigue estrictamente el análisis económico, la proximidad causal no funciona como expone CALABRESI. Por ejemplo, respecto de la dispersión del daño, señala WRIGHT, no existe una conexión necesaria entre la parte que causa el daño y quien puede dispersarlo o absorberlo una vez que ha ocurrido.⁸⁰ La proximidad causal es un límite a la responsabilidad de quien actúa: sólo se responderá por los daños que fuesen previsibles de acuerdo con la acción realizada. Pero a los fines de la dispersión no es necesario que se responsabilice al actor, sino simplemente a quien pudo prever el daño y tomar un seguro. Entonces, o bien el rol de la proximidad causal no está correctamente descrito por CALABRESI desde el punto de vista económico, porque debería incluir a cualquiera en condiciones de asegurarse, o bien tal como es aplicado este concepto por el sistema jurídico no sirve a la satisfacción de objetivos económicos.

Lo mismo puede decirse de la causa próxima en relación con el método de mercado. El que puede tomar las medidas a menor costo necesariamente debe poder prever el daño, pero no necesariamente debe ser el causante en el sentido jurídico del término, como demuestra el ejemplo de la confusión de paraguas. Corresponde aclarar de todos modos que aunque estuviese bien descrita en términos económicos, la proximidad dejaría de ser la misma idea empleada por los tribunales, porque para satisfacer los criterios de eficiencia debería desvincular a quien realiza la acción de aquel que puede tomar medidas o asegurarse de modo más económico. Esto no sería relevante si CALABRESI no pretendiese explicar la noción *tradicional* en función de los objetivos de la responsabilidad extracontractual... empresa en la que fracasa rotundamente.

Siguiendo la misma idea, creo que el problema que subyace a su explicación es que no toma en cuenta las categorías tal como son empleadas por los juristas. De haberlo hecho, advertiría que una interpretación de la causalidad en términos de costos y beneficios es inviable. Una visión semejante olvida que en materia de causación las cosas no son tan sencillas. CALABRESI piensa que puede analizar la causalidad en el derecho de daños partiendo de conceptos causales muy

⁷⁹ En rigor, aunque CALABRESI no lo considera, podría sostenerse que la *conditio sine qua non* sirve a la dispersión del daño porque usualmente con este criterio podrá conectarse con el daño a una multiplicidad de personas. De todos modos, es esperable que los costos administrativos de hacerlo sean prohibitivos.

⁸⁰ WRIGHT, Richard W., *Actual Causation vs. Probabilistic Linkage: The Bane of Economic Analysis*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 14, N°2, 1985, pp. 435-456, en p. 440.

simplificados. Así, al reducir la idea de proximidad causal a la previsibilidad del resultado se disocia al actor de quien puede prever. Además, se ignora que la causalidad en el sentido habitual incluye mucho más que la previsibilidad. Usualmente también se exige la posibilidad de controlar el curso de los acontecimientos, aunque esto sea todavía insuficiente. El relato de la confusión de paraguas nuevamente demuestra que poder prever y controlar un resultado no convierte la acción de quien se encuentra en esa posición en *causa*. ¿Qué más se requiere? Esta no es una pregunta que pretenda responder aquí. Sólo diré que algunos han intentado analizar la cuestión a partir de casos paradigmáticos. Para ROSENKRANTZ, por ejemplo, la combinación de previsibilidad, control y expectativas sociales de un determinado comportamiento individual hace que alguien pueda ser considerado causante en los supuestos causales paradigmáticos. En los casos no paradigmáticos no se requiere necesariamente ninguno de estos elementos, sino que el caso cuadre dentro de algún otro paradigma de causación.⁸¹ Pese a lo complejo de estas teorías y las dificultades teóricas a las que nos enfrentan, lo que es indudable es que capturan en gran medida nuestras intuiciones al momento de realizar juicios causales. Todo el mundo aceptaría que Álvaro no es el causante de la confusión y la pérdida del paraguas de Mateo, pese a haber tenido previsibilidad y control sobre la situación. El caso no es una instancia paradigmática de causación justamente porque no había ninguna expectativa social de que Álvaro interviniese en los acontecimientos.

En conclusión, el AED debe reconocer que no puede dar cuenta de la exigencia de causalidad, porque muchas veces requerirla conduce a resultados ineficientes. CALABRESI indirectamente reconoce que ello es así cuando afirma que ningún concepto causal por sí mismo puede satisfacer todas las metas del sistema de responsabilidad extracontractual. No obstante, intenta interpretar los conceptos causales a la luz de la eficiencia y para poder hacerlo abandona las caracterizaciones usuales de los juristas, de modo que incumple su objetivo inicial: dar cuenta del requisito de causalidad.

3.3-Un último intento de explicación económica

A partir del trabajo de CALABRESI, Steven SHAVELL desarrolló un interesante modelo económico para explicar por qué el derecho de daños limita el ámbito de la responsabilidad a las acciones causadas por el agente dañador. En otras palabras, su modelo intenta explicar por qué es eficiente que los individuos sean responsables sólo por los daños que causan.⁸²

Veamos uno de los varios ejemplos que SHAVELL analiza en su trabajo:⁸³ si un ciclista entra al parque puede verse involucrado en un accidente con un corredor, que a su vez podría sufrir un daño en toda circunstancia (supongamos que si no es atropellado por el ciclista tropezará con una rama que le ocasionará exactamente la misma lesión).⁸⁴ La situación está ilustrada en la tabla que sigue:

⁸¹ ROSENKRANTZ, Carlos F., *La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual: donde la Filosofía del Derecho y la Economía se encuentran*, op. cit., en pp. 22-23.

⁸² SHAVELL, Steven, *An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts*, Journal of Legal Studies, Vol. 9, Nº 3, 1980, en pp. 463-516.

⁸³ SHAVELL, Steven, *An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts*, en p. 472-473.

⁸⁴ Los supuestos poco realistas empleados por SHAVELL son duramente criticados en WRIGHT, Richard W., *Actual Causation vs. Probabilistic Linkage: The Bane of Economic Analysis*, op. cit., en pp. 444-445.

Acciones	Estados		
	Poca visibilidad	Visibilidad moderada	Buena visibilidad
Probabilidad	0,01	0,02	0,097
El ciclista entra al parque pero no es diligente	Pérdida de 200	Pérdida de 100	No hay pérdida
El ciclista entra al parque y es diligente	Pérdida de 200	No hay pérdida	No hay pérdida
El ciclista no entra al parque	Pérdida de 200	No hay pérdida	No hay pérdida
Nota: el costo de la precaución es de 1 y el beneficio que obtiene el ciclista al entrar al parque es de 2,5			

El valor esperado de cada una de las acciones es el siguiente:

- a) El ciclista entra al parque y no es diligente: $2,5 - (0,01).(200) - (0,02).(100) = -1,5$
- b) El ciclista entra al parque y es diligente: $2,5 - 1 - (0,01).(200) = -0,5$
- c) El ciclista no entra al parque: $-(0,01).(200) = -2$

El resultado eficiente es que el ciclista entre al parque y sea diligente. Sin embargo, si es responsabilizado objetivamente por el accidente en los tres estados del mundo posibles el ciclista se abstendrá de entrar al parque. Por esta razón, el requisito de la relación causal tiene por función excluir del ámbito de responsabilidad el estado donde hay poca visibilidad. Dado que la diligencia del ciclista es indiferente para la producción del daño, no tiene sentido responsabilizarlo. La responsabilidad haría que el nivel de actividad del ciclista se reduzca ineficientemente. Si la regla es de negligencia, en cambio, la reducción del ámbito de responsabilidad no surte ningún efecto sobre sus incentivos. Como siempre, con esta regla tendrá incentivos para tomar las medidas óptimas, de modo que la concreción de otros estados del mundo será indiferente para el ciclista.

Este es a grandes rasgos el argumento de SHAVELL. Sin duda presenta un avance respecto del estado anterior de la cuestión. Es un intento interesante por explicar por qué la ausencia de relación causal es eximente de responsabilidad. Pese a ello, creo que el modelo sigue siendo deficiente porque confunde la causalidad con la negligencia. Obsérvese que económicamente lo que él denomina ausencia de causalidad no es más que otro caso en el que las medidas precautorias óptimas por parte del agente dañador son 0. En este esquema no es posible identificar una conducta como la *causa* de un resultado dañoso, sin calificarla como negligente a la vez. Para ser causante el agente debió poder alterar el resultado dañoso de alguna manera. Los modos de alterarlo son dos: tomando medidas precautorias o reduciendo el nivel de actividad. En el cuadro ninguna de estas dos alternativas disminuye el daño de 200 cuando hay poca visibilidad. Ello indicaría, según SHAVELL, que hay ausencia de causalidad, por lo que ese estado debe ser excluido del ámbito de la responsabilidad.

Sin embargo, si fuese posible reducir el daño tomando medidas eficientes el agente no sólo sería considerado *causante* sino además *negligente*.⁸⁵ Asimismo, en todos los casos en que el agente se comporta diligentemente, es decir, cuando ya agotó las medidas óptimas que podía tomar, como marginalmente la diligencia

⁸⁵ Queda descartado como criterio para distinguir la culpa de la causalidad la posibilidad de adoptar medidas que, aunque sean ineficientes, reduzcan el daño esperado. Así, la causalidad sería la posibilidad de reducir el daño con cualquier tipo de medidas, ya sean eficientes o ineficientes, y la culpa la posibilidad de reducir el daño sólo con medidas eficientes. Este argumento no funciona porque quien adopta medidas ineficientes para reducir el daño en realidad empeora la situación dado que incrementa el costo total del accidente. Debe recordarse que el costo del accidente incluye, entre otras cosas, el valor del daño y de las medidas precautorias. Una noción de causalidad como la aquí intentada carecería de sentido económico. ¿Cuál es la ventaja de identificar como causa a quien de ningún modo puede reducir el costo del accidente?

debida es 0, habrá que afirmar que a partir de ese punto no sólo deja de ser *negligente* sino también que deja de ser *causante* si el daño se produce. Ello es así porque la causalidad se define a partir de la posibilidad de reducir el daño tomando medidas óptimas (lo que en términos económicos debería incluir el nivel de actividad, como se vio en la Sección IV).

En la misma línea, es posible que una reducción en el nivel de actividad sea ineficiente y que además no haya medidas precautorias óptimas que el agente pueda tomar. En este caso, aun cuando nuestro lenguaje ordinario identificase al agente como causante, el análisis de SHAVELL debería afirmar lo contrario. Con la explicación que ofrece en su trabajo resulta imposible distinguir la *causa* de la *negligencia*; y entonces, mal puede dar cuenta del requisito de causalidad en el derecho de daños.

De la misma opinión son LANDES y POSNER. Ellos sostienen que acudir a conceptos causales es innecesario para analizar los casos de responsabilidad extracontractual. Explícitamente reconocen que “la violación de un estándar no es *negligencia* o, si uno desea usar la palabra, no es la *causa* de un accidente” cuando los costos esperados no disminuyen con un nivel mayor de medidas precautorias (la cursiva me pertenece).⁸⁶

En conclusión, ninguna de las explicaciones económicas de la causa resulta convincente como descripción del modo en que este requisito opera en el derecho de daños. Algunos modelos como el de SHAVELL se acercan más que otros que, como el de LANDES y POSNER, directamente niegan la relevancia de la causalidad en el derecho, pero siguen siendo por razones conceptuales insuficientes para dar cuenta del uso de estos conceptos por parte de los juristas.

4-La obligación de reparar y el derecho a ser compensado

En el punto III expliqué que para el AED la obligación de pagar por los daños que causamos encuentra su justificación en los incentivos que el agente dañador tiene para tomar medidas precautorias. Siempre que deba reparar los daños que son consecuencia de sus acciones obrará con la diligencia debida, lo que minimizará el costo de los accidentes.

Desde el punto de vista de la víctima, son dos las razones por las que debe recibir compensación. Por una parte, el hecho de que pueda reclamar al agente dañador una reparación hace que los incentivos de este último sean operativos. La obligación de compensar por sí misma es insuficiente para motivar adecuadamente al victimario. Entonces, el derecho a ser reparado es un incentivo para que la víctima reclame al agente, lo que a su vez funciona como incentivo para que éste adopte medidas precautorias. Paralelamente, el derecho de la víctima a recibir una compensación se justifica económicamente porque es una forma de impedir que ella invierta excesivamente en medidas de autoprotección. Si no hubiese un derecho a ser reparado la autoprotección superaría los niveles eficientes, aunque nunca el valor del daño.

La obligación de compensar y el derecho a ser reparado, de este modo, pueden ser justificados a partir del principio de eficiencia. Sin embargo, explica WEINRIB, el AED no brinda ninguna razón para tomar del agente dañador *la misma*

⁸⁶ LANDES, William y POSNER, Richard A., *Causation in Tort Law: An Economic Approach*, Journal of Legal Studies, Vol. 12, N° 1, 1983, pp. 109-134, en p. 113.

suma que se le otorga a la víctima, ni para fijar el monto indemnizatorio en el valor del daño. Por lo tanto, no puede dar cuenta de la característica más sobresaliente de la responsabilidad extracontractual.⁸⁷ En otras palabras, lo que el AED no puede explicar es por qué el valor del daño es la referencia para establecer el monto que debe pagar el agente dañador y que debe recibir la víctima.

La primera parte del argumento de WEINRIB consiste en pensar qué suma de dinero es suficiente para incentivar correctamente al agente dañador. Supongamos que un daño de 1.000, que tiene una probabilidad de ocurrencia del 25%, puede ser evitado a un costo de 100 en medidas precautorias. Una indemnización que, valorada *ex ante*, sea superior a 100 brindará los incentivos adecuados al agente para que adopte las medidas. ¿Qué suma es *ex ante* superior a 100 cuando la probabilidad de ser responsabilizado es del 25%? La respuesta es cualquier suma superior a 400. Piénsese que, si hay un 25% de probabilidades de ser encontrado responsable y el valor de la indemnización en ese caso es mayor que 400, esto brindará incentivos suficientes para invertir 100 en medidas precautorias. Claro que obligar a compensar por 1.000 también provee los incentivos correctos, porque 1.000 es superior a 400, pero no hay ninguna ventaja comparativa, en cuanto a los incentivos del agente dañador para tomar medidas precautorias, en obligarle a pagar 1.000 antes que cualquier suma inferior a ésta pero mayor que 400. En definitiva, el AED no puede explicar por qué el agente dañador debe ser obligado a pagar el valor del daño y no una suma que sea simplemente suficiente para brindarle los incentivos correctos en cuanto a la adopción de las medidas precautorias.⁸⁸

La segunda parte del argumento tiene que ver con los incentivos que afectan a la víctima. WEINRIB sostiene que la suma de dinero necesaria para motivarla a que demande al agente dañador no se corresponde indefectiblemente con el valor de daño sufrido. La comparación entre la situación de la víctima luego del daño y la situación en la que se encontraría de no haber tenido lugar el accidente es irrelevante para determinar el monto indemnizatorio. Una vez acaecido el daño, la comparación relevante es la que se realiza entre la situación de la víctima si demanda y su situación si no demanda. Cualquier suma de dinero que mejore la situación de la víctima una vez ocurrido el accidente será suficiente para incentivarla a demandar. Incluso, descontados los costos de reclamar judicialmente, una suma fija que sea independiente del valor del daño será suficiente para brindar este tipo de incentivos.

Si se reconoce esto, entonces, el escenario es aún peor para el AED, ya que no puede justificar por qué sólo la víctima puede reclamar al agente dañador y no cualquier otra persona.⁸⁹ Dado que la indemnización mejora la situación de cualquiera que la reclame, para hacer operativos los incentivos del agente dañador no es necesario limitar el número de posibles reclamantes. Obviamente, como nos interesa también lograr el objetivo *compensación*, debería asignarse una prioridad a la víctima para evitar superposiciones, lo que haría que el monto demandado sea superior al monto necesario para incentivar al agente dañador a adoptar medidas precautorias óptimas.

En relación con esto, la segunda razón que esgrime el AED para conceder una indemnización a la víctima, y no a cualquier otra persona, es evitar un exceso de autoprotección. Si no hubiese compensación, las potenciales víctimas adoptarían

⁸⁷ WEINRIB, Ernest, *Understanding Tort Law*, Valparaiso University Law Review, Vol. 23, N° 3, 1989, pp. 485-526, en p. 506.

⁸⁸ WEINRIB, Ernest, *Understanding Tort Law*, op. cit., en p. 507.

⁸⁹ WEINRIB, Ernest, *Understanding Tort Law*, op. cit., en p. 508.

medidas precautorias aun cuando ello fuese ineficiente (supongamos, porque el agente dañador, o un tercero, pueden evitar el daño de modo más económico). Sin embargo, este argumento funciona siempre que el costo de las medidas de evitación que la víctima tenga a su disposición sean menores que el costo esperado del daño. Cuando el costo de las medidas sea superior, la víctima no tendrá incentivos a adoptarlas –ya que preferirá soportar el daño– por lo que no hay peligro de que se exceda en la autoprotección. Así, pese a que no es necesario evitar una inversión excesiva en medidas precautorias por parte de la víctima, el derecho de daños establece una indemnización de todos modos.

En realidad, la situación es incluso más grave, porque la crítica puede extenderse a los casos en los que el costo de las medidas precautorias son inferiores al valor del daño. Supongamos que la víctima puede evitar un daño de 1.000 a un costo de 200 y el agente dañador puede hacerlo a un costo de 100. Otorgar indemnización a la víctima es una forma de evitar que invierta 200 en precaución, ya que lo eficiente es que el agente dañador invierta 100; justamente, para lograr esto último se lo responsabiliza por daños. No obstante, a fin de evitar que la víctima tome medidas en este caso, no es necesario que se le conceda una indemnización igual al valor del daño. En nuestro ejemplo, como la probabilidad de ocurrencia del accidente es del 25%, otorgar una indemnización inferior a 800 será incentivo suficiente para que no invierta los 200 en medidas. Esto es así porque el valor actual de la indemnización que recibirá será menor que esta suma.⁹⁰

Los argumentos de WEINRIB demuestran que la justificación que ofrece el AED es inconsistente y no se corresponde con la realidad de la responsabilidad extracontractual. Todos los argumentos esgrimidos por los partidarios de esta corriente –el de la generación de incentivos para que el agente se comporte diligentemente, el de la motivación de la víctima para que reclame, lo que en última instancia hace operativos los incentivos del victimario, y el argumento de la autoprotección– son falaces. El mayor problema, se verá en la Sección VI, es prescindir de una visión relacional que vincula muy especialmente al agente dañador con la víctima. Esta estructura bipolar es lo que da unidad al derecho de daños y permite entenderlo coherentemente.

5-El problema subyacente del AED

Los problemas descriptivos y conceptuales que he imputado a la teoría del AED tienen una causa común: el uso exclusivo del análisis costo-beneficio. Todos los conceptos y las categorías propias del derecho de daños son reinterpretados a la luz de esta *única* herramienta *funcional*. Resalto las palabras “única” y “funcional” porque en estas dos características se encuentra el problema.

Si los conceptos de culpa, riesgo, castigo y causalidad son distinguibles teóricamente y son empleados en la práctica para comprender fenómenos distintos, interpretarlos a partir de una única idea basada en el análisis costo-beneficio es diluir las notas que caracterizan a cada uno de ellos. Entendemos que causar un daño es algo distinto de actuar negligentemente; que podemos causar sin ser negligentes y viceversa. Entendemos también que castigar a alguien se justifica por la reprochabilidad de la conducta; que el riesgo al que exponemos a otros en ocasiones nos hace negligentes y otras veces no. Asimismo, la distinción entre la incorrección de la acción y la acción riesgosa permitida estructura en gran medida el modo en que comprendemos nuestras relaciones sociales. Por estas razones,

⁹⁰ WEINRIB, Ernest, *Understanding Tort Law*, op. cit., en p. 509.

distinguimos la causalidad –como presupuesto de la responsabilidad extracontractual– de los factores de atribución de responsabilidad –ya sea la culpa o la responsabilidad objetiva basada en el riesgo. Siendo esto así, cuando el AED explica cada una de estas nociones sobre la base del análisis costo-beneficio deja de capturar lo esencial de todo nuestro instrumental analítico. Nos priva de las herramientas con las que entendemos el mundo y consideramos valioso entenderlo.

Una única idea no puede condensar la riqueza o los matices presentes en estas nociones básicas. Siguiendo los criterios del AED la culpa no se diferencia de la responsabilidad objetiva más que formalmente, porque lo único que hay detrás de estas categorías es la fórmula de Hand. Por la misma razón, tampoco es posible distinguir la culpa de la causalidad. Lo más contraintuitivo es que aún la idea de castigo, ínsita en los daños punitivos, sea ignorada al reinterpretarlos como un modo de incentivar correctamente al agente dañador para que tome medidas precautorias óptimas. Para el análisis económico todo lo que no sea reducible al balance entre costos y beneficios carece de sentido. Pero la visión que tenemos de nosotros mismos como agentes morales y de la forma en que nos relacionamos no puede ser expresada en una única idea. La realidad social es mucho más compleja.

Por otra parte, la funcionalidad de la única herramienta que emplea el AED para comprender el mundo priva a esta teoría de su capacidad de descripción. El derecho de daños es una práctica que debe ser comprendida previamente a ser descrita. Al aproximarse al derecho de daños directamente desde una perspectiva funcionalista, los partidarios del AED confunden el *estudio de ciertas metas* con el *estudio del derecho de daños*. El teórico debe optar entre estudiar las metas, y ver de qué modo pueden alcanzarse, o estudiar la práctica del derecho de daños y evaluar en qué medida esta práctica es compatible con el logro de ciertos objetivos. El AED se queda a mitad de camino entre ambas posibilidades: pretende estudiar la práctica a la luz de las metas; por ello, termina viendo en el derecho de daños lo que quiere ver, y no *lo que es*. El derecho de daños tiene un propósito, pero ello sólo significa que es una práctica con sentido. De ningún modo significa que para comprenderla es necesario acudir a objetivos externos a la práctica. Todo lo necesario para comprender el derecho de daños está en la forma del derecho de daños. Una muestra de que el acercamiento a la comprensión de la práctica a partir de ciertos objetivos es una empresa destinada al fracaso es el trabajo de CALABRESI sobre la relación de causalidad. La necesidad de que el derecho de daños se ajuste a los objetivos previamente planteados desde la economía distorsiona completamente los elementos del objeto que se pretende estudiar.

Al adoptar una postura funcionalista, el AED no puede explicar coherentemente la estructura conceptual del derecho de daños. Ello implicaría entender cada uno de los conceptos teóricos empleados en la práctica y la relación que existe entre estos elementos. Cuando esto se logra, el derecho de daños pasa a ser un todo coherente que puede ser justificado públicamente, esto significa, a partir de argumentos que todos los participantes pueden comprender. Las consideraciones de eficiencia tienen un lugar en esta práctica, pero sólo es posible identificarlo una vez que las piezas están bien ordenadas. En definitiva, una teoría descriptiva debe poder dar cuenta de que en el derecho de daños hay una víctima y un agente dañador vinculados por una relación de causalidad; de que la víctima sólo puede reclamar al agente dañador y éste sólo debe indemnización a ella; debe poder distinguir la culpa de la responsabilidad objetiva; dar cuenta de por qué el valor de la indemnización se corresponde con el valor del daño... en definitiva, debe poder dar cuenta de todo aquello que el AED deja sin explicación.

VI-EL FORMALISMO: UN PARADIGMA ALTERNATIVO

La mayoría de las críticas que he dirigido contra el AED se relacionan con el modo en que esta disciplina se acerca al derecho de daños. Su aproximación es desde una perspectiva externa. Considera que la práctica debe ser modelada para satisfacer ciertos objetivos independientes de la práctica misma. Posturas como estas se denominan instrumentalistas. El instrumentalismo, observa COLEMAN, puede ser económico o moral. El primero, aun con las diferencias respecto de los más ortodoxos como POSNER, está bien representado por CALABRESI. El moral, por su parte, concibe al derecho de daños como la plasmación de estándares públicos de conducta.⁹¹ Toda la institución estaría diseñada para cumplir con ciertos principios de justicia derivados de una teoría más general. COLEMAN considera que una vez que se acepta alguna forma de instrumentalismo –o consecuencialismo institucional– es imposible decidir en abstracto cuáles deben ser los objetivos del sistema de reparación. Propone, en cambio, analizar la estructura del derecho de daños y preguntarse cuál es la mejor interpretación normativa de la práctica.⁹²

En igual sentido, WEINRIB afirma que para entender el derecho de daños es necesario partir de la experiencia, de la práctica misma, de lo que nos es familiar.⁹³ En las páginas anteriores intenté mostrar que al concentrarse en las metas, el AED brinda una explicación incompleta e incoherente del derecho de daños. Todos los conceptos pretenden ser justificados asiladamente en virtud de distintos objetivos. Así, el deber de reparar responde a un objetivo, mientras que el derecho a ser reparado a otro objetivo distinto. Obviamente esta explicación es insatisfactoria porque priva de unidad al derecho, de su coherencia interna. El formalismo, en contraste, concibe al derecho privado como un todo coherente de principios, reglas y estándares que se armonizan mutuamente, y no como un agregado de decisiones judiciales no relacionadas entre sí.⁹⁴

El formalismo privilegia la *forma* del derecho antes que su *sustancia*. Entender la práctica por su forma es reconocer que tiene su propio carácter, lo que nos permite definirla como *el tipo de práctica que es*. La inteligibilidad del derecho viene dada por los tres aspectos de la forma: el carácter, la clase y la unidad. El carácter, dice WEINRIB, se refiere a las características del derecho privado observables en la experiencia. La clase sugiere que el derecho privado es un fenómeno categorialmente distinto de otros modos de ordenación jurídica; y la unidad tiene que ver con la coherencia de ese orden.⁹⁵

Sostener que una práctica es derecho de daños porque en su forma se evidencia una relación bipolar entre dos individuos, mediada por juicios de causalidad, no supone de ningún modo un compromiso con el esencialismo. El formalismo no exhibe una lista de caracteres como criterio último para la inteligibilidad jurídica. Las características de la práctica son relevantes para la inteligibilidad sólo bajo el presupuesto de que los sistemas jurídicos sofisticados valoran su propia coherencia. Para un formalista el verdadero criterio operativo no es la presencia de ciertas características sino su coherencia mutua,⁹⁶ y la coherencia importa porque la justificación importa.⁹⁷ Si no valorásemos la justificación el AED

⁹¹ COLEMAN, Jules, *Risks and Wrongs*, op. cit., en p. 203.

⁹² COLEMAN, Jules, *Risks and Wrongs*, op. cit., en p. 211.

⁹³ WEINRIB, Ernest, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1995, en p. 9.

⁹⁴ WEINRIB, Ernest, *The Idea of Private Law*, op. cit., en p. 12.

⁹⁵ WEINRIB, Ernest, *The Idea of Private Law*, op. cit., en p. 22.

⁹⁶ WEINRIB, Ernest, *The Idea of Private Law*, op. cit., en p. 31.

⁹⁷ WEINRIB, Ernest, *The Idea of Private Law*, op. cit., en p. 39.

podría ser una alternativa viable de explicación. La inconsistencia en los fundamentos que brindan para justificar por qué el derecho es como es, no sería problemática. Sin embargo, la práctica jurídica es argumentativa, y los participantes comparten una justificación de sus elementos centrales. No es necesario que concuerden en todos los detalles, sino en los que constituyen su núcleo básico, de modo que el intérprete se vea a sí mismo interpretando una práctica ya existente antes que creando una nueva.⁹⁸

Por ello el formalismo es un enfoque atractivo. Porque es concebido como una empresa justificatoria. Esta empresa no implica mera consistencia. La coherencia presupone para los formalistas una unidad estructural. No es suficiente que el AED logre fundamentar el deber de reparar o el derecho a ser compensado. Para que haya una *justificación*, en el sentido aquí empleado del término, todos los elementos –tanto la obligación del agente dañador como el derecho de la víctima– deben estar relacionados entre sí de un modo unitario. Lo contrario supondría admitir una visión del derecho en la que los conceptos, las reglas, las doctrinas, los estándares y las decisiones judiciales carecen de toda sistematicidad. La coherencia está dada por una unidad intrínseca, no accidental, de la responsabilidad extracontractual. Los elementos pueden estar relacionados simplemente porque el derecho positivo los relaciona. El AED deberá reconocer que es contingente que el agente dañador y la víctima estén vinculados por una relación de causalidad, y que el primero deba al segundo el monto del daño en concepto de indemnización. Un formalista, en cambio, intentará encontrar en la forma del derecho de daños una justificación intrínseca de la práctica, y conectar todos estos conceptos de modo natural. En ello consiste la empresa justificatoria. Esta unidad justificatoria no puede lograrse con el análisis costo-beneficio porque esta herramienta ni siquiera logra dar cuenta de cada uno de los elementos de la práctica individualmente considerados.

Ahora bien, ¿cuál es la forma del derecho de daños? WEINRIB entiende que las características salientes del derecho privado incluyen una vinculación directa entre el actor y el demandado en dos planos distintos. A nivel institucional están vinculados por el litigio y la adjudicación, mientras que a nivel doctrinal por la causación y los demás conceptos relacionados con la correlatividad entre el derecho de la víctima y la obligación del agente dañador. Si estos vínculos entre el actor y el demandado estuviesen sistemáticamente ausentes, el derecho privado dejaría de existir.⁹⁹

¿Qué justifica esta forma en el derecho de daños? La respuesta de WEINRIB, y de muchos otros como Jules COLEMAN, Stephen PERRY o James GORDLEY, con las importantes diferencias que presentan sus teorías, es la *justicia correctiva* aristotélica, consistente en rectificar las pérdidas sufridas injustamente. En este punto termina mi coincidencia con WEINRIB. No me extenderé sobre la justicia correctiva, pero señalaré simplemente que la bipolaridad que la caracteriza sirve a estos autores para justificar la forma del derecho de daños. Esta bipolaridad permite concebir el dañar y el sufrir un daño como dos aspectos de un mismo evento. De este modo, la víctima y el agente dañador están vinculados por la relación causal y el daño. Ello impide, por ejemplo, que el monto de la indemnización debida sea distinto del valor del daño sufrido.¹⁰⁰ Todas las piezas que el AED reúne

⁹⁸ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986, en p. 66.

⁹⁹ WEINRIB, Ernest, *The Idea of Private Law*, op. cit., en p. 28.

¹⁰⁰ WEINRIB, Ernest, *The Idea of Private Law*, op. cit., en p. 73-76.

contingentemente en el derecho de daños, encajan perfectamente en el esquema formalista, justificado en este caso por la justicia correctiva.

La justicia correctiva puede ser la mejor justificación del derecho de daños, o puede que no lo sea. No es objeto de mi trabajo determinar esto. En este apartado lo único que pretendí es demostrar que el formalismo ofrece un enfoque superior al instrumentalismo para estudiar conceptualmente el derecho de daños. Si los argumentos que esgrimí en toda la Sección son convincentes, no deberíamos dudar de que el AED como teoría comprensiva de la responsabilidad extracontractual es implausible. El rol que el AED debe ocupar en la dogmática y en la práctica es meramente auxiliar. Las herramientas que puede aportar son técnicas, por ejemplo, de evaluación sobre las posibilidades de implementación de ciertos sistemas de compensación que consideremos justos, según una teoría de la justicia. Ello no elimina el valor del análisis económico, pero sí de valor que sus partidarios más acérrimos creen que tiene.

VII-CONCLUSIONES: EL LUGAR DEL AED EN EL DERECHO DE DAÑOS

En las páginas anteriores he defendido dos ideas generales. La primera es que la eficiencia no es un criterio de justicia que desde la filosofía política pueda ser admisible. La propuesta normativa de los partidarios del AED queda truncada tanto por problemas técnicos como por problemas de fundamentación. Sostuve que si bien es plausible reconocer que la riqueza tiene valor, de allí no puede concluirse que deba ser maximizada. El valor de la eficiencia podrá ser concretado de un modo distinto en cada sociedad, dependiendo de las decisiones que tomen sus miembros al respecto, siempre en el marco de una teoría de la justicia. En particular, la teoría de RAWLS intenta compatibilizar los reclamos de eficiencia con las exigencias de la justicia. Algunos podrán considerar que su éxito es limitado, porque la razonabilidad del esquema que presenta otorga a la eficiencia un lugar naturalmente subordinado a los dos principios de justicia y esto no es discutible.

Este punto de partida parece descalificar toda pretensión normativa del análisis económico del derecho de daños. Expliqué que el AED concibe la responsabilidad extracontractual como un instrumento para la maximización de la riqueza. En particular, me basé en la obra de CALABRESI por ser la que desarrolla de manera más completa los objetivos usualmente perseguidos por los analistas. CALABRESI mismo considera que la justicia es la primera virtud del sistema. No es un objetivo propiamente dicho, sino que funciona como un veto al tipo de políticas que pueden adoptarse para alcanzar las distintas metas que enuncian los economistas. En base a esto puede afirmarse que el estudio de la justicia resulta fundamental para determinar en qué medida pueden perseguirse los objetivos de la responsabilidad extracontractual.

En este sentido, en la Sección VI de este trabajo propuse adoptar un punto de vista formalista para estudiar el derecho de daños, y esto significa un rechazo del instrumentalismo. No obstante, creo que en este esquema hay un lugar para la versión normativa del AED, ya que una vez justificada la práctica del derecho de daños, las consideraciones de eficiencia son admisibles. Ello es así porque lo único que no puede alterarse según el formalismo es la estructura conceptual que consiste en vincular especialmente a un agente dañador con una víctima por medio de un juicio causal: el primero causó un daño al segundo y debe repararlo. A partir de allí nacen los reclamos de la víctima.

Estos reclamos podría estar sustentados en una regla de responsabilidad objetiva o en una regla de negligencia; el proceso podría asignar la carga de la prueba a una parte, a la otra o establecer en determinados supuestos una carga de la prueba dinámica; los costos del litigio podrían ser asignados a la parte vencida o según el orden causado, dependiendo del tipo de daño de que se trate; también dependiendo de esto mismo puede admitirse que intervenga un tercero, como una compañía de seguros, para satisfacer el crédito de la víctima. Todas estas cuestiones no alteran en lo más mínimo la forma del derecho de daños y la eficiencia parece ser un excelente criterio para decidir las. Por esta razón, es muy relevante estudiar los efectos económicos de las normas jurídicas. El tipo de análisis efectuado en la Sección IV tiene un gran valor, ya que nos provee de las herramientas para mejorar el sistema. Ello es compatible con una teoría de la justicia y también es compatible con el formalismo, aunque no hace obligatorio promover la eficiencia ni siquiera cuando se satisfacen los principios de justicia y se respeta la forma del derecho de daños. Esto significa que puede intentarse legítimamente que las instituciones, una vez que sean justas, maximicen la riqueza. La demanda de eficiencia por un individuo puede ser justificada públicamente cuando la sociedad es justa, no antes. Si estas demandas fuesen exitosas, la sociedad debe poder establecer qué reglas son eficientes en cada caso y para ello es indispensable el estudio positivo al que hice referencia en el párrafo anterior.

La tesis normativa del AED, entonces, es criticada como tesis normativa comprensiva, aunque en ciertos contextos es admisible que los individuos invoquen consideraciones de eficiencia para adoptar determinadas decisiones institucionales.

La cuestión es distinta respecto de la tesis positiva. En este caso las tesis descriptivas del AED, y esta es la segunda idea general defendida en el trabajo, debe ser rechazado íntegramente. Por las razones explicadas en la Sección V la teoría es absolutamente deficiente. No logra dar cuenta del derecho positivo tal como es. Tampoco logra explicar la estructura conceptual del derecho de daños. Las ideas de culpa, riesgo, acción correcta e incorrecta, relación de causalidad, etc., son distorsionadas por los analistas cuando intentan explicarlas a través del balance entre costos y beneficios. La única parte de la tesis positiva que es defendible es la referida a los efectos de la reglas de responsabilidad. En este caso, los teóricos emplean el método económico para predecir el impacto de estas normas sobre los incentivos de los individuos y la asignación final de recursos. Esta tarea tiene un gran valor, y debe reconocerse que la mayoría de los analistas actualmente realizan este tipo de trabajo.

Soy consciente de que para un partidario del AED el rol que asigno a la disciplina parece secundario, y en verdad lo es. Pero también es secundario el rol de la dogmática y de la filosofía. El derecho de daños no depende de ninguna disciplina para ser lo que es. Depende de la práctica que todas las sociedades, al menos todas las occidentales, llevan adelante. Algo es derecho de daños, y tiene un propósito, como implementar la justicia correctiva, diría WEINRIB, más allá de lo que digan los partidarios del AED, los dogmáticos o los filósofos. En este trabajo pretendí capturar este hecho, y para hacerlo empleé el mejor instrumental teórico disponible, que a mi juicio es el que ofrece el formalismo.