
GIORGIO REBUFFA
(Universidad de Génova)

El análisis económico del derecho (*)

1. Ciencia económica y ciencia jurídica.

La ciencia económica moderna se forma sobre la base de una peculiar especialización, consistente en separar el estudio de las «leyes» de la producción y la circulación de bienes, del estudio de las dinámicas de las instancias distributivas; para la tradición de la ciencia económica, todo modelo distributivo es considerado un «dato», de la misma forma que aparecen como datos constantes las decisiones normativas que permiten implantar un determinado esquema distributivo. Parecido carácter marca los avatares de la ciencia jurídica moderna, tanto la europea continental como la angloamericana: los confines de las disciplinas jurídicas permanecen fijados en el interior de las reglas positivas (legislativas o jurisprudenciales) y niegan cualquier posible relevancia a la indagación sobre los efectos distributivos de las decisiones normativas. Tras estas dos actitudes hay un postulado común: la afirmación de que los equilibrios distributivos no están influidos por las prescripciones jurídicas, sino autónomamente determinados por la miríada de decisiones microeconómicas que, en su conjunto, se llaman «mercado». La idea, pues, de la autonomía de las decisiones de mercado y de su indiferencia respecto a las variables normativas e institucionales, ha constituido por mucho tiempo el presupuesto común de las ciencias jurídicas y las ciencias económicas.

Esta idea ofrece una doble connotación: de un lado, se afirma en ella que de hecho, por vía descriptiva, las decisiones de los titulares de los pode-

(*) Versión castellana de Mariano Maresca.
Anales de la Cátedra F. Suárez, n.º 25, 1985

res normativos no influyen en las relaciones y los equilibrios del mercado; de otro, prescriptivamente, que no deben influenciarlos o determinarlos, sino limitarse a registrarlos, es decir, que la intervención de los poderes normativos debe limitarse a garantizar el «normal» funcionamiento del mercado. Ciencia económica y ciencia jurídica se han desarrollado por caminos diferentes con la idea común de que lo que es relevante para los economistas (el estudio de las estructuras de la distribución) no lo es para los juristas. Y al contrario. Una deseable reconstrucción de la historia de las ciencias sociales modernas podría darnos indicaciones útiles acerca de las razones y de las etapas de esta separación. Podemos limitarnos aquí a recordar que, por lo que se refiere a los economistas, sólo con la decadencia del enfoque neoclásico, con la reacción antimarginalista, se atenúa la indiferencia respecto del estudio de las variables institucionales y jurídicas. Y que, por lo que se refiere a los juristas, sólo con la reacción antiformalista (la revuelta contra el *case-law* en el derecho angloamericano y contra la tradición dogmática y exegética en el derecho continental) empieza a prestarse atención al estudio de las consecuencias distributivas de las decisiones normativas.

Dicho sea de paso, este cambio de actitud (sobre todo por lo que hace a los juristas) sirve para redescubrir el significado institucional de aquellas técnicas normativas que implicaban la no intervención en los equilibrios del mercado, o lo que es lo mismo, el significado constitucional de los códigos de derecho privado (1).

Para ambos sectores disciplinares, sin embargo, la genealogía de este nuevo acercamiento es larga y tortuosa. En el caso de las ciencias económicas, podríamos referirnos a la escuela histórica alemana, el institucionalismo americano y la llamada *welfare-economics*; en el de las ciencias jurídicas, una vez más al institucionalismo y al realismo jurídico, sobre todo americano (2). En todas estas corrientes podemos encontrar gran parte

(1) Sobre el tema, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, págs. 22-27.

(2) Para las doctrinas que hemos señalado como premisas del análisis económico del derecho, nos limitamos a las indicaciones bibliográficas esenciales. Para la escuela histórica, G. EISERMANN, *Die Grundlagen des Historismus in der deutschen Nationalökonomie*, Stuttgart, 1956; para el institucionalismo, D. SECKLER, *Thorstein Veblen and the Institutionalists*, London, 1975, G. REBUFFA, «Análisi giuridica ed analisi economica. Per una rilettura di John Commons», en «Materiali per una storia della cultura giuridica», XI, 1981, n.º 2, págs. 459-480. Para la *welfare economics*, Ch. K. ROWLEY-A.T., PEACOCK, *Welfare Economics: A Liberal Restatement*, London, 1975. Para el realismo jurídico, G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, S. CASTIGNONE, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, Bologna, 1981, R.S. SUMMERS, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca and London, 1982.

del instrumental y las premisas a que, de distintas formas, recurre el actual análisis económico del derecho. El principal carácter, en efecto, del conjunto de doctrinas reunidas bajo esa denominación, es el intento de estudiar los efectos económicos de las decisiones jurídicas.

La tradición económica neoclásica concebía la ciencia económica (entre otras cosas) como el estudio de las técnicas más adecuadas a la maximización de las utilidades individuales. En algún sentido, puede afirmarse que toda la tradición del utilitarismo clásico, de Bentham en adelante, está inspirada en los presupuestos de la teoría económica (3). Sin embargo, y para despejar el problema de las relaciones entre utilitarismo y análisis económico del derecho, vale la pena observar de pasada que una cosa es aplicar criterios económicos al análisis de las instituciones jurídicas, y otra considerar como único criterio correcto de las prescripciones jurídicas la contribución al incremento de la felicidad del mayor número de personas (que es el punto de vista de Bentham) (4). En el primer caso, se trata de la aplicación de valoraciones en términos de costes y beneficios a las normas jurídicas, y en el segundo de valoraciones éticas. Considerar distintos esos dos tipos de valoración no significa, por lo demás, que a veces no se entremezclen.

Volviendo a nuestro discurso, hemos aludido a que, en la tradición neoclásica, la maximización es considerada sólo en relación con las situaciones individuales. Esta perspectiva se amplía (y en algún sentido se distorsiona) en el momento en que se aborda (principalmente, como es sabido, por obra de Pareto) el estudio de los llamados «óptimos sociales». Las dificultades teóricas con que chocaba la demostración de la posibilidad de la compatibilidad de las opciones individuales entre sí, es decir, del equilibrio macroeconómico, llevan a la ciencia económica a profundizar en dos problemas. En primer lugar, el estudio del modelo de distribución inicial de los recursos entre los sujetos económicos y de sus posibles modificaciones. Este es el análisis que lleva a la formulación del llamado «óptimo paretiano», es decir, a la identificación de un criterio para una transformación óptima de los equilibrios distributivos, criterio según el cual una situación distributiva S' es mejor que una situación distributiva S si en S' la situación de cualquier sujeto mejora sin empeorar la de nin-

(3) Como pone de relieve C.E. BAKER, «The ideology of the Economic Analysis of Law», en «Philosophy and Public Affairs», 1975, págs. 1-48.

(4) Así, C.S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, 1983.

gún otro (5). El segundo problema es, por el contrario, el análisis de los llamados «efectos externos» (*externalities*), noción esta que constituye la base teórica sobre la que se desarrolla el moderno análisis económico del derecho y en la que, por consiguiente, conviene detenerse.

Como es sabido, la expresión «efectos externos» fue creada por el economista británico Pigou y constituye, en su obra, el concepto cardinal sobre el que se construye el edificio teórico de la llamada «economía del bienestar». Planteada la posibilidad de una estimación (en términos monetarios) del llamado «bienestar añadido», Pigou investiga los obstáculos que se oponen a su realización. Entre los más relevantes, anota la existencia de «divergencias» entre producto neto social y privado, es decir, el hecho de que existan actividades económicas cuyas ventajas sean apropiadas por sujetos privados, mientras que las desventajas que pueden derivarse de ellas recaen sobre toda la colectividad, disminuyendo así el «bienestar añadido». Según Pigou, además, tales «divergencias» no pueden (o por lo menos no siempre pueden) ser eliminadas con los habituales instrumentos contractuales y mediante las relaciones de mercado entre unos sujetos en posición desventajosa y otros en posición ventajosa. Estos fenómenos constituyen los llamados «efectos externos», definibles, en general, como aquellos efectos (sean positivos o negativos) de decisiones económicas que recaen sobre sujetos distintos (externos) de los que han participado en la decisión misma. Con una serie de ejemplos —que se convirtieron luego en canónicos, como los humos y la contaminación producidos por instalaciones industriales—, Pigou se refiere a todas aquellas actividades en las que «a causa de la existencia de dificultades técnicas para obtener una compensación por las disfunciones, el producto neto marginal privado es mayor que el social» y en la que «se producen a terceras personas molestias ocasionales no reembolsables» (6). Puesta así de relieve la existencia de «efectos externos» negativos en todo sistema de relaciones de mercado, Pigou piensa que, puesto que el mercado mismo no puede autoregular y disminuir estos fenómenos («no podemos confiar en ninguna mano invisible»), se hace «necesaria la in-

(5) La primera exposición de la noción está en V. PARETO, *Manuale de economia politica con una introduzione alla scienza sociale*, Milano, 1907 (sobre todo, el capítulo VI). Para un análisis crítico de la literatura reciente, véase Ch. K. ROWLEY, A. T. PEACOCK, *Welfare economics*, cit., págs. 72-24. Para una discusión sobre el utilitarismo y sobre los «óptimos sociales» en la filosofía política y en la filosofía del derecho contemporánea, véase A. SEN, B. WILLIAMS, *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, 1982, P. COMANDUCCI, *Contrattualismo, Utilitarismo, garanzie*, Torino, 1984. Finalmente, por lo que se refiere al análisis económico del derecho, E. J. MISHAN, «Pareto Optimality and the Law», en «Oxford Economics Papers», XIX, 1967, págs. 255-287.

(6) A. C. PIGOU, *Welfare Economics*, London, 1921³, págs. 185-186.

tervención de una autoridad superior para resolver los problemas colectivos de belleza, aire, luz» (7).

Del posicionamiento de Pigou, que prepara el tipo de investigaciones de la llamada «economía del bienestar», interesa subrayar aquí cómo abre al estudio de la influencia de los factores jurídicos en el sistema de las relaciones económicas dos puntos de vista. En primer lugar, porque se sostiene la eficacia determinante (y por tanto la oportunidad) de las prescripciones jurídicas a efectos de hacer «eficientes» (reduciendo los «efectos externos») las relaciones económicas de mercado. En segundo lugar, porque la transformación de tal esquema analítico en criterios de política económica acaba confiando a los titulares de los poderes normativos la tarea de clasificar las actividades económicas según una cierta escala establecida según su capacidad de suscitar efectos externos.

Resulta casi supérfluo añadir que argumentaciones como la de Pigou han constituido (y aún constituyen) el soporte teórico de muchas políticas jurídicas con tendencia a introducir correctivos en el funcionamiento de las relaciones económicas privadas y a disciplinar autoritariamente la actividad de empresa y las relaciones de mercado.

El análisis económico del derecho en su primera fase, es decir, a partir de los años sesenta, es precisamente una reacción crítica a los planteamientos de la *welfare-economics* y se caracteriza, al menos en los inicios, por un planteamiento acentuadamente librecambista. Este posicionamiento crítico se revela enormemente atento a la influencia de los fenómenos jurídicos e institucionales en la organización de las relaciones económicas y, sobre todo, a la valoración de las funciones de asignación y distributivas de las decisiones jurídicas.

2. La crítica de Coase y sus consecuencias.

El texto principal de la crítica a los postulados de la *welfare-economics* es el célebre artículo de Ronald Coase *The problem of Social Cost*, aparecido en 1960 (8). Con él empieza el análisis económico del derecho propiamente dicho (9).

(7) A.C. PIGOU, *Op. cit.*, pág. 197.

(8) R.H. COASE, «The Problem of Social Cost» en «The Journal of Law and Economics», III, 1960, págs. 1-44.

(9) Sobre el análisis económico del derecho existe una vastísima bibliografía. Nos limitamos a recordar algunos textos de carácter introductorio: G. BECKER, W. LANDES (eds.),

Su punto de partida es la reformulación de la noción de «coste social». Para Pigou, éste se agotaba en el hecho de que actividades económicas privadas que consumen o alteran bienes destinados a la utilización colectiva provocan «efectos externos» cuyo coste recae sobre toda la colectividad. Desde esta perspectiva, la solución a los efectos externos puede consistir en retenciones fiscales a cargo de las actividades que generen costes sociales y en la atribución a los sujetos o a la actividad damnificados de aquella retención fiscal. La alternativa al método fiscal (que era el auspiciado por Pigou) consiste en la extensión de las hipótesis de responsabilidad objetiva extracontractual a las actividades consideradas (según una clasificación confiada a los poderes normativos) «arriesgadas», es decir, capaces de generar costes para la colectividad.

Destaquemos en seguida que esta segunda perspectiva está en el origen del interés suscitado, entre los estudiosos del derecho privado, por el análisis económico de los costes sociales, puesto que se han basado en él para superar el principio tradicional de que no hay responsabilidad sin culpa y en favor de una más estrecha conexión entre actividades con riesgo e hipótesis de responsabilidad.

Pero antes de profundizar en este punto —que, como veremos más adelante, constituye uno de los aspectos más relevantes de los resultados del análisis económico del derecho—, hay que hacer algunas precisiones más sobre la noción del «coste social». En efecto, hay que distinguir —siguiendo el esquema de la *welfare-economics*— entre «coste privado» (que es el que recae sobre sujetos individuales y privados) y «coste social» propiamente dicho (que es el coste total soportado por la colectividad por actividades que inciden sobre la utilización de los bienes «comunes», es decir, no «pertenecientes» a alguien, sustraídos al régimen privado de la propiedad). Así es como, en otros términos, un «coste social» consiste en la disminución, en cualquier sentido, del bienestar colectivo «añadido». Es posible, en este punto, enunciar un catálogo de los «costes sociales», definiéndolos en general como todas aquellas situaciones (o actividades o comportamientos) que determinan una disminución del bienestar

Essays in the Economics of Crime and Punishment, Columbia University Press; New York and London, 1974; B. ACKERMANN (eds.), *Economic Foundations of Property Law*, Little Brown and Company, Boston and Toronto, 1975; P. BURROWS, C.G. VELJANOVSKI (eds.), *The Economic Approach to Law*, Butterworths, London, 1981; G. ALPA, F. PULITINI, S. RODO-TA, F. ROMANI (eds.), *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Giuffrè, Milano, 1982. De este último *reading*, señalaremos sobre todo las introducciones de G. ALPA, *L'analisi economica del diritto nella prospettiva del giurista* (pp. 1-6) e di F. ROMANI, *L'analisi economica del diritto nella prospettiva dell'economista* (pp. 16-20).

colectivo sin que a ello corresponda ventaja colectiva alguna. Cabe intentar, algo rudimentariamente, descomponer la noción señalando la existencia de estas categorías de costes: costes de oportunidad, que son los que destinan de manera obligatoria la utilización de los recursos (por ejemplo: la utilización de los recursos financieros para programas asistenciales como alternativas a los gastos militares o a su destino a fines de empresa); costes de comportamiento (por ejemplo, los costes provocados en la actividad económica por un aumento de las actividades criminales); costes de desperdicio (por ejemplo, los costes determinados por contaminación y vertidos industriales). Estas (y otras) definiciones de los costes sociales llevan a la *welfare-economics* a plantear la indicación de correctivos que reduzcan o eliminen dichos costes. Tales correctivos presuponen la intervención de sujetos públicos a los que se asignan dos objetivos (por lo demás, a veces, difíciles de armonizar): el respeto del criterio paretiano en la redistribución de los recursos y el logro de un orden distributivo y una combinación de factores productivos «eficiente»; es decir, un orden en el que el valor del producto cuya consecución provoca «efectos externos» sea superior a los costes sociales, que de esa manera sí pueden ser compensados. La adopción de este segundo criterio en la política económica de los sujetos públicos implica la adopción de peculiares técnicas jurídicas capaces de garantizar este tipo de eficiencia.

Las soluciones jurídicas al problema de la eficiencia pueden distinguirse en soluciones fiscales (que imponen una tasación igual al coste social provocado) y soluciones «de mercado» (que confían a los sujetos favorecidos o damnificados por los efectos externos la negociación sobre el resarcimiento y la restauración del equilibrio distributivo). El análisis de las ventajas y de las condiciones necesarias para adoptar soluciones «de mercado» constituye al transfondo del análisis económico del derecho.

La tesis central del ensayo de Coase *The problem of Social Cost*, es conocida: en ausencia de costes de negociación y en situación de competencia perfecta, costes privados y costes sociales coinciden y no hay «efectos externos». De ahí deriva, según Coase, que el fin que debe asignarse a las prescripciones jurídicas no es el de eliminar los «efectos externos» una vez que se ha comprobado su existencia, sino el de prevenirlos, es decir, eliminar los «costes de transacción», que son la causa de los efectos externos de los costes sociales.

Con la expresión «costes de transacción» nos referimos aquí a todos aquellos costes necesarios a las partes para llegar a una reglamentación de sus relaciones contractuales y a un equilibrio de sus beneficios y perjuicios; tales son, por ejemplo, los costes de conocimiento de las condi-

ciones del mercado, los costes conectados a la existencia de procedimientos particulares obligatorios para sancionar el acuerdo, los costes de tutela en caso de incumplimiento. En el ensayo citado, Coase examina algunos (también no recientes) *cases* de la jurisprudencia inglesa y americana en el centro de los cuales está siempre el problema de la comparación de los costes, de los beneficios y las pérdidas, entre sujetos que, en el ejercicio de sus derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico (es decir, de *legal rights*), provocan pérdidas o beneficios recíprocos determinando situaciones de derechos subjetivos en conflicto (10).

La elección de los *cases* y su comentario sirve a Coase para demostrar que, en presencia de transacciones de mercado con coste cero, cualquier decisión relativa al resarcimiento, aunque modifique la asignación inicial de derechos, no provocaría una redistribución de los recursos. En otros términos, la nueva situación de reasignación de los derechos subjetivos respetaría el criterio paretiano (porque ninguno de los contendientes empeoraría) y el criterio de la eficiencia (porque el coste social sería inferior a los costes privados). Podemos formular en otros términos el problema planteado por Coase: ¿cuáles son las condiciones en que, mediante transacciones de mercado, se pueden reasignar derechos que entren en conflicto? Esta reasignación parece posible siempre que permita un aumento del valor de la producción, porque quien pierde es resarcido por el que gana, el cual a su vez está dispuesto a pagar porque está en condiciones de reabsorber el coste del resarcimiento y de la reasignación de los derechos. Pero las negociaciones entre las partes tienen unos costes. Razón por la cual, teniendo en cuenta los costes negociales (o de transacción), en una reasignación coherente con el criterio de eficiencia o con el paretiano, siempre habrá el aumento del valor de la producción consiguiente a la reasignación de los derechos, y éste será menor que los costes necesarios para la transacción. Puede, pues, afirmarse en líneas generales que las políticas jurídicas encaminadas a la disminución de los efectos externos de las decisiones económicas deben buscar la disminución de los costes de transacción.

¿Cuáles son las implicaciones de esta afirmación? Ante todo, que por una parte la tarea de las políticas jurídicas es la garantizar la certeza de los resultados de las transacciones y el carácter completo de las informaciones

(10) Entre los varios ejemplos propuestos por Coase, baste como ilustración de su problemática el *case* STURGES v. BRIDGMAN, en el cual un pastelero, usando instrumentos de trabajo especialmente ruidosos, impedía el normal desenvolvimiento de la consulta de un médico que trabajaba en un edificio contiguo. (Cfr. COASE, *op. cit.*, pp. 8-10).

necesarias para negociar, así como favorecer un esquema distributivo en el que *todos los bienes y todos los recursos sean potencialmente objetos de transacciones* (de mercado), que existan y sean identificables sujetos a los que atribuir ventajas y pérdidas y capaces por tanto de negociarlas eficientemente. Queda claro que, desde esta perspectiva, la eficiencia queda garantizada por un sistema jurídico en el que los derechos sobre los bienes son *exclusivamente* derechos subjetivos «privados».

¿Qué sucede, por el contrario, cuando un sujeto público, un órgano administrativo dotado de discrecionalidad, por medio de un reglamentación administrativa minuciosa influye en el uso de los derechos sobre los bienes? La cuestión se plantea especialmente en relación con la capacidad de las decisiones administrativas y/o legislativas de conseguir eficientemente los objetivos de disminución de los «costes sociales». En este campo, Coase tiene razón al criticar la posición tradicional de la *welfare economics*. Ésta se basa, en efecto, en un «optimismo institucional» de carácter netamente ideológico que excluye la posibilidad de que las intervenciones administrativas puedan por sí mismas determinar costes adicionales a los procesos económicos (11). Según Coase, por el contrario, la intervención de los sujetos públicos, sobre todo cuando impone una redistribución de derechos sobre la base de paradigmas equitativos, no necesariamente es capaz de reducir los costes ni de conseguir un esquema distributivo más eficiente. Al contrario, a veces puede determinar un aumento de los costes. Y ello por las siguientes razones: toda acción pública comporta un aumento de los aparatos administrativos y de sus costes (costes que, a lo sumo, son transferidos u «ocultados»); además el aparato administrativo público, en cuanto «reductor de costes», opera en condiciones de monopolio y, por tanto, sin incentivos para la reducción de los propios costes operativos; más aún, las prescripciones públicas (al contrario de las reglas contractuales entre particulares) tienen necesariamente una aplicación universal y podrían recaer también sobre situaciones que no necesitaran reglamentación, resultando así a la postre fuente de ineficiencia; en fin, las decisiones administrativas están siempre expuestas al riesgo de presiones desviadoras puestas en marcha por grupos o individuos indiferentes a la finalidad de la eficiencia.

(11) Por ejemplo en este pasaje, en el que Pigou cita a Marshall, está sintéticamente expuesta tal actitud: «Hubo en Inglaterra una enorme mejora en la honestidad, la fuerza, el altruismo, el sentido de iniciativa del gobierno... El pueblo puede gobernar a sus gobernantes, frenar los abusos del poder y el privilegio, en un modo impensable antes de la introducción de la instrucción obligatoria». (A.C. PIGOU, *op. cit.*, pág. 333).

Una vez aclarado esto sobre la naturaleza y los orígenes de los efectos externos, reconducidos a la existencia de costes de transacción tan altos como para impedir y desaconsejar una eficiente negociación, podemos pasar a la identificación de las técnicas que mejor pueden prevenir y reducir los costes sociales. En el ensayo *The problem of Social Coast*, Coase se limita a subrayar la insuficiencia del enfoque tradicional y en particular el postulado que afirma que toda reglamentación pública que intente eliminar los «defectos» del mercado que dan lugar a las divergencias entre producto privado y producto social, son deseables en cuanto «eficientes» y carentes de costes: los costes de las medidas administrativas o legislativas pueden, por el contrario, ser también muy elevados (y no sólo en términos monetarios, como es el caso del incremento de la discrecionalidad de los sujetos públicos) (12). A esta valoración añade él que otra «razón del incompleto desarrollo de una teoría adecuada para resolver el problema de los efectos perjudiciales deriva de un concepto equivocado de los factores productivos» (13). Los «factores productivos», en efecto, no deben ser considerados como entidades físicas, sino como facultades y derechos subjetivos, verdaderos y auténticos *rights* (14). En este marco, la naturaleza de los costes sociales y el problema de la reducción cambian de aspecto: ante todo, hay que valorar los costes del ejercicio de un derecho (el derecho, por ejemplo, a provocar efectos contaminantes) y compararlos con los costes del no ejercicio (por ejemplo, el coste de la interrupción de una actividad productiva). Y comparar, sobre todo, todavía, el resultado así obtenido con las alternativas conectadas a la aplicación de las varias reglas posibles para limitar el ejercicio de los derechos en conflicto.

Con la defensa de un nuevo enfoque para la identificación de la técnica más eficiente para reducir los costes sociales (es decir, los costes de transacción), acaba el ensayo de Coase. Pero las implicaciones y las respuestas están claras: todos los recursos (o sea, los factores productivos) deben asumir la forma de derechos subjetivos negociables. Esta implicación viene desarrollada en los escritos de otro economista, Harold Demsetz (15). Este, llevando a sus últimas consecuencias el «teorema» de Coase, muestra que un sistema de relaciones económicas que esté organizado *exclusivamente* sobre la base de reglas jurídicas que consagren la apropiación

(12) R. COASE, *op. cit.*, pp. 42-42.

(13) R. COASE, *op. cit.*, p. 43.

(14) R. COASE, *op. cit.*, p. 44.

(15) Los más relevantes para el discurso a que aquí nos referimos son: H. DEMSETZ, *Some Aspects of Property Rights*, en «Journal of Law and Economics», 1966, pp. 61-70; H. DEMSETZ, *Toward a Theory of property Rights*, en «American Economic Review», 1967, pp. 347-359.

ción «privada» de todos los bienes económicos (o bien, de todos los factores productivos), constituye la condición óptima para garantizar la reducción de los efectos externos y la eficiencia distributiva. Y ello porque, en primer lugar, la regla del derecho de propiedad indica no sólo los sujetos perjudicados y beneficiados por la utilización de los bienes, sino también —y sobre todo— «quién debe pagar y a quién hay que pagar si se quieren modificar las acciones emprendidas» (16). En este sentido, el derecho de propiedad *universalizado* es la técnica más eficiente para la reducción de los costes de negociación: constituye un sistema óptimo de incentivos para reducir el mayor número de efectos externos. En efecto, los costes de negociación son el producto de dos factores: dificultades «naturales» y dificultades «legales». Las segundas aumentan en función de las restricciones de la libertad de contratación y disminuyen en la medida en que la libertad de contratación es mayor. La apropiación de todos los bienes por parte de sujetos privados (situación en la que todos los derechos de propiedad están asignados) según la regla del derecho absoluto y del «derecho de exclusión», constituye por tanto, a juicio de Demsetz, el sistema más eficiente de relaciones económicas porque permite: a) que los efectos (positivos o negativos) del uso de los bienes recaigan sobre sujetos en condiciones de contratar; b) que los titulares de derechos absolutos tiendan a maximizar su utilidad y por tanto a reducir los efectos externos. La idea de que el derecho «privado» de propiedad constituye, al menos tendencialmente, el único esquema capaz de garantizar una organización eficiente de las relaciones económicas, viene ilustrada con ejemplos tomados de los estudios antropológicos, que han registrado el tránsito del derecho de propiedad colectivo a los derechos individuales y «absolutos» precisamente por razones de mayor eficiencia y de reducción de los costes de transacción (17), y con ejemplos de carácter historiográfico en los que la atención se centra en los factores del desarrollo identificados en una organización económica eficiente, esto es, en una organización institucional fundada en la apropiación privada de los bienes económicos, capaz de orientar «el riesgo de los recursos privados en función de la utilidad social» (18).

Debemos dejar a un lado la exposición detallada de estas investigaciones para subrayar, en cambio, uno de los caracteres generales de esta prime-

(16) H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, cit., p. 348.

(17) DEMSETZ se refiere a los estudios antropológicos que han tomado en consideración las limitaciones al derecho de caza ilimitada de las tribus indias del Labrador, mostrando cómo el derecho «privado» de caza había construido, en aquella situación, la salvaguarda de los recursos colectivos (cfr. H. DEMSETZ *Toward a Theory of Property Rights*, cit., pp. 350 ss.).

(18) D.C. NORTH, R.P. THOMAS, *The Rise of the Western World*, Cambridge, 1973.

ra fase del análisis económico del derecho. Y es que éste constituye un giro metodológico tanto para la cultura económica como para la ciencia jurídica; de un lado, porque prepara las investigaciones sobre las variables institucionales y normativas para explicar la formación de las organizaciones distributivas y el valor de las políticas económicas, y de otro porque subraya la existencia de costes vinculados a las reglamentaciones jurídicas alternativas. Se abre así camino al estudio de los costes de las políticas criminales, los aparatos encargados de la aplicación de las decisiones legislativas, la política judicial, preparando con todo ello aquel útil filón de investigaciones que se ocupa del *optimal enforcement of laws* (19).

Inicialmente, la atención se vuelve hacia el estudio de las políticas criminales. Según la opinión expresada en el estudio pionero de Gary Becker *Crime and Punishment*, de 1968, entre los defectos más comunmente presentes en las políticas criminales ocupa el primer lugar la falta de una comparación entre las pérdidas sociales derivadas de la actividad criminal (y las ventajas para quien las practica) con los costes de la actividad sancionadora. En otros términos, según Becker la mejor y más eficiente política criminal será el resultado de un cálculo comparativo entre las pérdidas para las víctimas, los costes de la aplicación de las sanciones y el índice de probabilidad de su aplicación efectiva. Como resulta evidente, este tipo de enfoque contraponiendo las valoraciones de eficiencia a las valoraciones morales y a los objetivos meramente políticos, ofrece la posibilidad de extensión a todo tipo de prescripciones. Toda reglamentación requiere, en efecto, un sistema sancionador cuyos costes deben ser valorados distinguiendo entre los costes de los recursos destinados a los aparatos sancionadores (búsqueda de los transgresores, aplicación de las sanciones) y los costes de la no aplicación. Además, como todo aumento de los costes disminuye la eficacia de las sanciones, resulta que un aumento en las prescripciones sancionadas (como puede comprobarse cada vez que los titulares de los poderes normativos amplían el elenco de las actividades codificadas como «crímenes») disminuye la eficiencia y la función misma de las sanciones. Estos análisis sostienen, en síntesis, la necesidad de políticas legislativas o jurisprudenciales que respondan a dos requisitos: que las penas crezcan en proporción a las ventajas deriva-

(19) Entre los miles de escritos, nos limitamos a recordar, como altamente significativos: G.S. BECKER, *Crime and Punishment*, en «Journal of Political Economy», 1968, pp. 169-217; W. LANDES, *An Economic Analysis of the Courts*, en «Journal of Law and Economics», 1971, pp. 61-107; G. STIGLER, *The Optimum Enforcement of Laws*, en «Journal of Political Economy», 1970, pp. 526-536; G. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, en «Bell Journal of Economics and Management Science», 1971, pp. 3-21.

das (para sus autores) de la actividad sancionada, y que el incremento de los gastos de la sanción sea al menos igual a los beneficios sociales derivados de la disminución de los delitos.

Partiendo de este tipo de valoraciones, economistas y juristas de los Estados Unidos (20) se dedican al estudio de la influencia de las variables institucionales sobre la eficiencia económica. Dicho estudio es abordado desde dos puntos de vista. El primero es el de los costes estructurales de las variables institucionales, examinando preferentemente los costes de los aparatos necesarios para la realización de las políticas jurídicas. El segundo punto de vista es el del análisis de los comportamientos individuales y de sus consecuencias económicas, en relación con los cambios normativos. En este marco, todas las prescripciones jurídicas son consideradas como un sistema de incentivos, positivos o negativos. El problema que deben resolver los titulares de los poderes normativos se plantea como el de la evaluación de los costes inducidos por las prescripciones de conducta. Uno de los primeros campos de aplicación de estos esquemas es, como ya se ha dicho, el de la administración de la justicia criminal. Especial relieve tienen también aquellas aplicaciones que centran la atención en los costes de toda actividad de reglamentación de las relaciones económicas, reformulando el problema de las políticas jurídicas en estos términos: ¿qué es más costoso (y por tanto menos eficiente), la reglamentación autoritaria de las relaciones económicas o la descentralización normativa basada en la autonomía privada?

El término «reglamentación» puede designar una amplia gama de mecanismos jurídicos. Se ha introducido ahora la costumbre, sin embargo, de designar con ese nombre las prescripciones restrictivas con que, más o menos minuciosamente, se limitan las actividades y las relaciones económicas de los sujetos privados. Las distintas motivaciones de tales intervenciones restrictivas (dificultades en el funcionamiento «regular» del mercado, reducción de los costes sociales, tutela de las partes «débiles», tutela de intereses públicos o colectivos, etc.) tienen todas el objetivo de modificar la autonomía de los sujetos económicos, supeditando sus comportamientos a la coherencia con los fines señalados por el poder legislativo (o por otros titulares de poderes normativos, como la judicatura o los órganos administrativos) (21). Recordemos finalmente que las regla-

(20) Sobre todo en la Universidad de Chicago y el Virginia Polytechnic, se extiende la influencia de la escuela llamada de la «Public Choice Economy», cuyo mayor exponente es J.M. BUCHANAN. De este autor, véase sobre todo: *The Calculus of Consent* (escrito con G. TULLOCK), Ann Arbor, 1962 y *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, Chicago, 1975.

(21) Una excelente exposición de este aspecto es R. BOWLES, *Law and Economy*, Oxford, 1982, pp. 164-186.

mentaciones de las actividades económicas vienen diferenciadas de las que responden a objetivos definidos derivados de la aplicación de normas de rango constitucional (22) y de aquellas en las que los objetivos corresponden realmente a valoraciones de oportunidad definidas discrecionalmente por el legislador. De este segundo tipo de reglamentaciones se ocupa el hoy amplio sector de estudios denominados «economía de la elección pública» (23), que sin embargo debe ser distinguido del análisis económico del derecho en sentido estricto. En esta clase de estudios, en efecto, utilizando unos conceptos de tipo económico se estudian las lógicas económicas de los aparatos burocráticos y los aparatos políticos, intentando poner de relieve cómo los objetivos de «maximización política» (o sea, preferentemente de logro del consenso electoral) (24) o de maximización burocrática (es decir, de aumento de las cuotas del balance público asignadas a sectores administrativos particulares) (25), se interfieren con los objetivos de maximización económica (y son factores de incremento de costes) de las políticas jurídicas. El análisis económico del derecho se ocupa, por el contrario, de las funciones de asignación y de las funciones de eficiencia de las instituciones jurídicas, en especial las de derecho privado: la propiedad, la autonomía contractual, la responsabilidad civil.

El «teorema» de Coase indicaba, en efecto, precisamente esta línea de investigación, intentando identificar el modelo más eficiente (es decir, el menos productivo de costes y efectos externos) de asignación de derechos. El desarrollo de esta indicación constituye la sustancia del análisis económico del derecho en la actualidad.

3. Tendencias del análisis económico.

Las indicaciones de Coase fueron desarrolladas, a partir de la mitad de los años sesenta, por una vasta producción literaria que tuvo sus centros impulsores en las *law schools* de la Universidad de Chicago, cuyo representante más eminente es Richard Posner, y de la Universidad de Yale, con los trabajos de Guido Calabresi. Hay que añadir que los métodos y las in-

(22) Como es el caso, sobre todo, de las reglamentaciones económicas que ponen límites para impedir discriminaciones étnicas.

(23) Una bibliografía sobre la «Public choice economy» en: D. MULLER, *Public Choice*, Cambridge, 1980.

(24) Trabajo fundamental en este sentido sigue siendo el de J. BUCHANAN – G. TULLOCK, *The Calculus of Consent*, cit.

(25) En especial, sobre la lógica de los aparatos: W.A. NISKANEN, *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago and New York, 1971.

dicaciones de estos escritores han encontrado un amplio eco entre los juristas de la Europa continental, de los cuales, por la originalidad de sus construcciones, daremos noticia.

Antes de entrar en el valor de las tesis particulares —y contrapuestas—, es oportuno hacer algunas precisiones terminológicas más. La utilización de la noción de «eficiencia» tiene significados distintos para los estudiosos de Chicago y de Yale. Para Posner, por ejemplo, se identifica con el concepto de «autonomía del mercado», y ello porque se considera «eficiente» (y justa) una distribución que garantice la minimización de los costes, bien en el interior de una relación económico-jurídica concreta, bien considerando todas las transacciones de una organización. Se considera, por tanto, que la noción de «eficiencia»: a) en el plano prescriptivo, constituye el criterio más justo para hallar el «bien común»; b) en el plano descriptivo, constituye también el parámetro fundamental que preside todas las valoraciones judiciales. Para este segundo punto de vista, a su vez, el conjunto de los principios jurídicos del *Common Law*, formados en un lento proceso de selección entre *bad practices* y *good practices*, se considera inspirado por un cálculo económico tendente a realizar una «eficiente» distribución de costes y beneficios, proponiéndose por tanto una visión providencialista y racional de la evolución del sistema jurídico anglosajón (26).

Esta noción de «eficiencia» (y su identificación con el criterio de justicia) es reconducida al «óptimo paretiano». Es decir, el criterio de «eficiencia» es identificado con la «norma económica» de la *wealth maximation*. En la especificación de este principio queda claro que Posner se diferencia claramente del utilitarismo clásico, puesto que no considera la maximización como la suma del placer individual abstracto (cálculo de felicidad imposible y producto exclusivo de la omnisciencia), sino que considera *wealth* únicamente la suma de aquellas satisfacciones individuales que es posible «registrar», y que son realmente registradas, por medio del mercado: «the aggregate satisfaction of those preferences... that are backed up by money, that is, that are registered in a market» (27). El mercado se convierte así en el medio «más eficiente y más justo» para la distribución de los recursos.

Podemos ahora sintetizar el esquema de Posner en estos puntos.

(26) Lo que POSNER llama «A theory of what the Common Law is» (R. POSNER, *The Economics of Justice*, Cambridge and London, 1981, p. 48).

(27) R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., p. 61.

Sentado un paradigma de justicia (la eficiencia como la minimización de los costes) y asumidos los individuos como maximizadores racionales, de ello se deduce: a) que el criterio preferible, y coherente con los presupuestos, para la distribución de los bienes es el registro de las preferencias racionales formuladas en el mercado; b) que los derechos individuales son derechos no sólo *against the state*, sino también *against private coercion* (28) (considerando en ambos casos que son derechos a que no sea perturbada la orientación racional del mercado); c) que, por último, la organización jurídica aparece, en sede prescriptiva, como un sistema con *predominio del derecho privado*. Entendemos por este último una organización de las relaciones jurídicas en la que: 1) las normas reguladoras de las relaciones privadas están «constitucionalizadas» (es decir, se convierten en las normas básicas del sistema) y definen, de manera tendencialmente exhaustiva, los principios del derecho público; 2) los criterios para la transferencia de los bienes son exclusivamente la voluntad de las partes (en forma contractual o de otro tipo de negocio) y la responsabilidad civil, derivada de las agresiones al derecho de un sujeto sobre un bien «suyo» o a una situación tutelada.

Este esquema describe los principios de una filosofía económica liberal, de una filosofía política utilitarista, de una *jurisprudence* (prescriptiva) «dirigida por el derecho privado». Tras lo dicho podemos ya precisar la diferencia entre la dirección de Chicago y la de Yale: para la primera, el centro de los objetivos de las políticas jurídicas debe ser la maximización de la «riqueza general», garantizada por la autonomía de las relaciones de mercado; para la segunda —como se verá mejor más adelante— el objetivo debe ser una redistribución «justa» (según paradigmas confiados a la discrecionalidad de las asambleas legislativas y a la interpretación judicial de los mandatos constitucionales) (29); en el primer caso se favorecen los automatismos distributivos y en el segundo el intento de moderar la eficiencia económica con algún criterio de justicia.

Para explicar con más precisión cómo describe Posner las funciones económicas y de asignación de las instituciones de derecho privado, debemos referirnos a su manual de *Economic Analysis of Law* (30) y a una larga

(28) R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., p. 18.

(29) La dialéctica entre los órganos legislativos y los órganos judiciales ha sido recientemente examinada (pero con una óptica más constitucionalista), por CALABRESI en *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge Mass. and London, 1982.

(30) Boston, 1977².

serie de artículos, algunos de los cuales han sido reunidos en el volumen *Economics of Justice* (31).

El punto de partida adoptado por Posner es la descripción del funcionamiento real de los sistemas del *Common Law*, reformulando la tradicional pregunta de «¿qué hacen los jueces?» Según el jurista de Chicago, las decisiones de los tribunales están (y han estado) inspiradas en principios de racionalidad económica: éstos no tienen nada que ver con problemas de «justa» distribución, sino únicamente con problemas de atribución «eficiente». Con esta premisa (vagamente providencialista) Posner intenta demostrar que las decisiones judiciales eficientes coinciden con la interpretación y la aplicación *tradicional* de las instituciones de derecho privado: carácter absoluto del derecho de propiedad, máxima libertad contractual, limitación de la responsabilidad civil a la responsabilidad por culpa. Posner excluye, por tanto, que las reglas jurídicas tengan o puedan tener cualquier función de mediación entre intereses colectivos (aparte de la maximización de la riqueza añadida) e intereses privados; y afirma que sólo tutelando el «carácter absoluto» de los intereses privados las decisiones judiciales responderán a criterios de eficiencia: el sistema de las decisiones jurídicas deberá ser el registro de los equilibrios distributivos propio de las relaciones de mercado (32).

Ya se ha advertido que el esquema de Posner está anclado en la tradicional visión del «modelo de mercado», para el cual las reglas de derecho, de cualquier modo que se configuren, no tienen ninguna influencia sobre la distribución. Se trata de un modelo (tanto descriptivo como prescriptivo) para el cual el mercado es el instrumento tendencialmente único para la asignación de bienes económicos. Más adelante se verá que esto constituye precisamente el objeto de las críticas de los juristas de Yale.

La óptica de Posner se sitúa, por tanto, dentro de los postulados del marginalismo neoclásico, es decir, en la óptica de la definición de los instrumentos y las técnicas con las que los sujetos económicos individuales res-

(31) Entre los demás escritos de POSNER, recordamos: *A Theory of Negligence*, en «Journal of Legal Studies», 1972, pp. 29-96; *Strict Liability*, in «Journal of Legal Studies», 1973, pp. 205-221; *Theories of Economic Regulation*, en «Bell Journal of Economics and Management Science», 1974, pp. 335-358; *Salvors, Finders, Good Samaritans and other Rescuers*, in «Journal of Legal Studies», 1978, pp. 83-128 (en colaboración con W. LANDES); *Some Uses and Abuses of Economics in Law*, en «The University of Chicago Law Review», 1979, pp. 281-315; *The concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law*, en «Journal of Legal Studies», 1981, pp. 187-206.

(32) G. ALPA habla de función mimética del derecho respecto del mercado en G. ALPA, *L'analisi economica di diritto nella prospettiva del giurista*, cit. p. 11.

ponden mejor a los incentivos: y las reglas jurídicas óptimas son las que mejor pueden incentivar la maximización individual. Retomando, por ejemplo, los argumentos de Demsetz (según el cual la inexistencia o labilidad de derechos privados de propiedad determina el despilfarro y la destrucción de recursos), Posner considera que una tutela eficaz de los derechos privados sobre los bienes tendría la función de crear «incentivos» a la maximización de la riqueza (33). Para realizar estos incentivos es preciso, sin embargo, que el derecho de propiedad sea un derecho *exclusivo* y plenamente *transferible*. Pero para que estos mecanismos jurídicos puedan cumplir su función de eficiencia, se necesita otra condición muy importante: es necesario que todos los recursos escasos (o sea, todos los recursos cuyas existencias disminuyen por el consumo) sean «propiedad» de alguien («should be owned to someone») (34). Cumplidos estos postulados, es necesario, por último, que para el mantenimiento de las condiciones de eficiencia la apropiación privada de los recursos esté lo más sustraída posible al cambio de normas. Es necesario, en otras palabras, que las reglas sobre la apropiación privada tengan un rango constitucional. Por otra parte, añade Posner, el sistema de la propiedad privada «universalizado» (es decir, como único y exclusivo título sobre los bienes) es reductor de los costes no sólo porque disminuye radicalmente el coste de transacción cuando se comprueba la existencia de efectos externos, sino porque reduce los costes en relación con otros sistemas de atribución (por ejemplo, la asignación de derechos y de recursos sobre la base de criterios considerados socialmente útiles por razones de equidad). En efecto, un esquema de reglamentación de las atribuciones distinto del mercado y administrado por sujetos públicos implicará costes de transacción (en forma, por ejemplo, de costes legales) entre los aspirantes a un bien y los sujetos encargados de la distribución, y costes sociales determinados por la revocabilidad y transitoriedad de un derecho cuando éste asume la forma de una «autorización» (35).

Idénticas funciones de eficacia atribuye Posner a los derechos contractuales, o mejor a la libertad contractual. También esta posición viene apoyada en un presupuesto tradicional de la literatura económica de orientación liberal: la presunción del «aumento de valor» determinado

(33) «The legal protection of property rights has the important economic function of creating incentives to use resources efficiently» (R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 28).

(34) R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 29.

(35) El ejemplo analizado por POSNER contempla la reglamentación pública de los espacios de los emisores televisivos y radiofónicos (Cfr. R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 31-33).

por el intercambio, las transacciones en el mercado. Desde el punto de vista del análisis económico y de la descripción de las funciones de eficiencia de las instituciones jurídicas, las expectativas de cumplimiento de los compromisos contractuales se sitúan en el mismo plano que los derechos de propiedad y realizan los mismos objetivos económicos: incentivar, reducción de los costes de negociación, descentralización de las decisiones económicas. En sustancia, según Posner, tanto los derechos de propiedad como los derechos contractuales diseñan una organización de las relaciones económicas que, al reducir estructuras, negociaciones y factores antieconómicos externos, es perfectamente coherente con las «condiciones de eficiencia».

El mismo esquema aplica Posner a la identificación de los principios más eficientes para determinar las reglas de responsabilidad (36). Hay que señalar en este punto que la crítica a la perspectiva señalada por Posner (en muchos aspectos anclado en el principio tradicional «ninguna responsabilidad sin culpa»), además de constituir el mayor punto de divergencia respecto del análisis de Guido Calabresi, ha sido el acicate de una atención cada vez más decidida —y no sólo entre los estudiosos partidarios del análisis económico del derecho— a las funciones distributivas de los sistemas jurídicos modernos.

Richard Posner dedica al tema un nutrido grupo de escritos (37) inspirados en un sólido edificio conceptual: análisis histórico de las funciones económicas de las reglas jurídicas, e indicaciones prescriptivas sobre las reglas más eficientes. Observa, sin embargo, que en relación con la noción de responsabilidad «no se ha elaborado aún una teoría dirigida a ilustrar la función social del concepto de culpa y del sistema de responsabilidad por accidentes que se ha construido sobre éste» (38). Esta observación es de 1972, un momento en el que el principio tradicional de la responsabilidad por culpa estaba ya sometido a fuertes consideraciones críticas manifestadas en el ámbito estadounidense, sobre todo, por Guido Calabresi (39). En realidad, bajo la prudente observación de Posner se manifiesta la intención de demostrar la validez, desde el punto de vista de la eficiencia económica, de la posición tradicional. A este respecto, argumenta de la siguiente forma.

(36) Una aguda reseña del debate en materia es la de G. ALPA, *Colpa e responsabilità nell'analisi economica del diritto*, en «Politica del diritto», 1976, pp. 431-448.

(37) Véase, sobre todo R. POSNER, *A Theory of Negligence*, cit.; *Strict Liability*, cit.

(38) R. POSNER, *A Theory of Negligence*, cit., p. 30.

(39) Nos referimos, sobre todo, al libro *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, 1970.

Destaca, ante todo, que desde el punto de vista de la función históricamente desarrollada por el principio de la responsabilidad por culpa, éste ha interactuado con el problema de la reducción de los costes de negociación. En efecto, según una investigación efectuada sobre una muestra de sentencias, la abrumadora mayoría de los pronunciamientos judiciales (cerca del 90% de los *cases* examinados por Posner) intervienen sólo en los casos en que los costes de negociación son excesivamente elevados para las partes. En segundo lugar, los principios elaborados por la jurisprudencia americana son, para Posner, absolutamente indiferentes respecto de criterios éticos o políticos en la distribución de los riesgos y de los costes. Según Posner, los criterios buscan «proteger» a cualquier categoría, grupo o clase de sujetos y, por tanto, son potencialmente contradictorios con el paradigma de la eficiencia. Por el contrario, el principio tradicional que condiciona la responsabilidad a la culpa es perfectamente coherente con las directivas del mercado porque se basa en la valoración de los comportamientos subjetivos y constituye ese incentivo al «comportamiento eficiente» que es la premisa de la reducción preventiva, por parte de los sujetos económicos, de los costes de negociación y de los perjuicios económicos externos. En definitiva, según Posner el principio tradicional, consolidado en el *common law* en la llamada «fórmula de Hand» (40) (según la cual la responsabilidad de un sujeto subsiste sólo si, frente a un daño grave y con grandes posibilidades de ser comprobado, existiese también la posibilidad de adoptar medidas preventivas poco costosas o, en todo caso, inferiores al daño provocado), cumple la doble función de constituir un incentivo a la eficiencia y de reducir al mínimo las intervenciones (y los costes consiguientes) de organismos públicos. Por tanto, el criterio de la responsabilidad por culpa debe cumplir la doble función de eficiencia: de un lado, por el hecho de que no sólo cumple una función de resarcimiento (41), sino también de prevención de los costes; de otro, por ser neutral respecto de las políticas redistributivas y no determinar, por tanto, «costes distributivos» (costes de control, costes de sanción, costes de riesgo de atribución ineficiente) (42).

(40) Del nombre del juez Learnen Hand, que codificó así la tradicional regla jurisprudencial.

(41) Función que, por sí sola, añade POSNER, sería «bien poca cosa» (R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 154).

(42) Es indudable, por los demás, que la restricción de los riesgos y de los costes de empresa en relación sólo con la responsabilidad por culpa, ha tenido una muy relevante función de apoyo a los procesos de industrialización. El fenómeno fue puesto de relieve por la reconstrucción historiográfica. Sobre el particular, véase: M.J. HORWITZ, *Transformation of American Law*, Cambridge Mass. and London, 1977.

Lo dicho permite poner de relieve uno de los caracteres del análisis posneriano: la apología del método de formación de las reglas jurídicas a través de los precedentes jurisprudenciales y las reservas respecto a la intervención legislativa, especialmente cuando esta última determina cambios radicales en los principios del derecho privado. Para Posner, en efecto, la regla jurisprudencial se desarrolla adaptándose al sistema de las relaciones de mercado, mientras el *statute law*, frecuentemente inspirado en criterios éticos y en objetivos redistributivos, entra en conflicto con las condiciones de eficiencia.

A la apología posneriana del criterio tradicional de distribución de los riesgos y los costes se oponen las argumentaciones alternativas a las que ha hecho una importante contribución la doctrina civilística de la Europa continental, de cuya aportación hay que dar alguna noticia (43).

El tradicionalismo posneriano en el tema de la responsabilidad sorprende en muchos extremos. Representa, en efecto, una notable desviación respecto de los presupuestos del análisis económico, ya que su visión de la responsabilidad civil está más cerca del dogma de la voluntad que de la búsqueda de las funciones de eficiencia de las instituciones del derecho privado (44). Al modelo «voluntarista» de la imputación de la responsabilidad se contraponen otro modelo (45) que se podría definir como «objetivo». Los presupuestos de este segundo modelo son, sintéticamente, los siguientes: 1) Algunas actividades empresariales determinan *inevitablemente* destrucción de valores y daños a terceros; hay, por tanto, situaciones en las que los «efectos externos» son inevitables y coesenciales a una determinada actividad económica. 2) Los efectos externos de tales actividades con riesgo no siempre son fácilmente negociables, pues se desarrollan en el marco de una producción en serie en la que los efectos perjudiciales no siempre recaen sobre sujetos individualizados. En estos casos, por consiguiente, los costes de negociación son invariablemente

(43) Para la literatura italiana, recordemos sobre todo los escritos de P. TRIMARCHI, S. RODOTA, M. BESSONE, G. ALPA.

(44) Sobre la estrecha conexión entre doctrina individualista de la voluntad y principio de la responsabilidad por culpa, siguen siendo fundamentales las observaciones de R. POUND, *The economic Interpretation of the Law of Torts*, en «Harvard Law Review», 1940, págs. 365 ss. Del mismo autor, ver también *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, 1954₂.

(45) La exposición más lúcida, y en muchos sentidos pionera, de este modelo es la de P. TRIMALCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961. Del mismo autor, *Causalità e danno*, Milano, 1967; *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale* in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1970, pp. 512-531; *Economia e diritto nella responsabilità civile*, in «Politica del diritto», 1971, pp. 353-357.

más altos que los efectos externos y no puede extenderse a ellos eficientemente el sistema de las negociaciones en el mercado. 3) En estos casos, el riesgo de empresa puede ser (y es oportuno que lo sea) disciplinado por la «responsabilidad objetiva», que asume por ello «la función de urgir una reducción del riesgo» y una racionalización de las técnicas productivas (46). La mera responsabilidad por culpa no se presta a esta función, además de que permitiría un exceso de ingerencia del juez en la administración de la empresa. Además, la responsabilidad objetiva se revierte sobre el pasivo de la empresa y es, por tanto, potencialmente transformable en coste de la sociedad (47).

Este esquema, con sus derivaciones, representa para el análisis de las funciones de redistribución de las instituciones de derecho privado un camino muy distinto del de Posner. Sin embargo, y junto a la clara diferenciación en lo relativo a la política de responsabilidad civil, otros dos elementos contribuyen a formular la alternativa analítica a la escuela de Chicago: la distinta consideración del valor del derecho de propiedad y la idea de que el mercado no es la única técnica capaz de garantizar una eficiente distribución de los recursos.

En esta diversidad de perspectivas tienen sus sentido los escritos de Guido Calabresi. Empecemos por el derecho de propiedad (48). Según Calabresi, en primer lugar hay que enfrentarse a un problema de opción (o de «legitimación») entre derechos en conflicto: ¿qué parte debe ser privilegiada? ¿a quién corresponde la «legitimación» para continuar ejercitando el derecho? «¿Legitimación para contaminar o para respirar aire puro?» (49). Ante alternativas como esta surge, según Calabresi, el problema real oculto tras los derechos de propiedad: el de la opción entre los intereses (colectivos) a privilegiar y el de los instrumentos más eficaces para su tutela. De un lado, está la tutela mediante la disciplina de la propiedad privada, que atribuye a los titulares de los intereses en conflicto los gastos de la negociación, con el mínimo de intervención de la autoridad pública, que se limita a indicar *quién* es titular de intereses, pero no *cuánto* valen esos intereses (y cómo deben ser resarcidos en el caso de violación). En el polo extremo de esta solución está la indisponibilidad generalizada de los derechos subjetivos sobre los bienes económicos, es decir, la prohibición de transferirlos. La responsabilidad civil, por el con-

(46) P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 36.

(47) P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 38.

(48) Ver especialmente G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *Property Rule, Liability Rule and Inalienability: One View of the Cathedral*, en «Harvard Law Review», 1972, pp. 1089-1128.

(49) G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *op. cit.*, p. 1091.

trario, representa una posición intermedia. Y ello, en primer lugar, porque las reglas de responsabilidad responden a una exigencia económica: tutelan los derechos en los casos en que el resarcimiento por la violación implica altos costes de negociación. En otras palabras, las reglas de la responsabilidad intervienen ahí donde los costes de negociación son extremadamente elevados y ahí donde «las valoraciones del mercado resultan demasiado costosas y son, por tanto, más convenientes las valoraciones autoritarias» (50).

Con este planteamiento, Calabresi propone la adopción de reglas de responsabilidad ampliadas a la hipótesis de responsabilidad objetiva, en cuanto capaces de hacer frente a la ineficiencia y a la dificultad del funcionamiento del mercado puro, y en cuanto permiten una relación más equilibrada de los intereses a considerar (51). Según Calabresi, por tanto, el uso exclusivo de la técnica de la propiedad privada para reducir los «efectos externos», no es aplicable en los sistemas económicos modernos, con tan enorme variedad de situaciones. Calabresi dedica al análisis de estas situaciones precisamente sus escritos más importantes, *The Cost of Accidents*, de 1970, y *Tragic choices*, de 1978. El punto de partida común de estos estudios es que existen alternativas eficientes al mercado para conseguir la reducción de los costes y la distribución de los recursos. No son ciertas, pues, las afirmaciones según las cuales la intervención pública determina siempre un aumento de costes y los instrumentos distributivos (como la lotería o la decisión colectiva) son menos eficientes que la libertad contractual o la apropiación privada. Sobre esta base, Calabresi intenta dar una valoración de las decisiones normativas relativas al caso concreto de la regulación de los accidentes. En general, los problemas de política jurídica respecto de los accidentes son de dos tipos: la reducción de su número y la reducción de su coste. El examen conjunto de ambas cuestiones (que Calabresi desarrolla con enorme atención a la regulación positiva y a las propuestas de reforma legislativa) lleva a afirmar la insuficiencia del funcionamiento automático del mercado para resolverlas «eficientemente». En efecto, la reducción preventiva del número de accidentes resulta más eficiente si se confía a una decisión colectiva la valoración y la clasificación de las actividades con riesgo. Y ello también porque la valoración no puede estar constituida sólo por una comparación económica (que atendería esencialmente a los costes relativos a los damnificados), sino por un juicio sobre la oportunidad del ejercicio de deter-

(50) G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *op. cit.*, p. 1093.

(51) Cfr. G. CALABRESI, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, en «Politica del diritto», 1978, pp. 665-685.

minada actividad y sobre su modo de desenvolvimiento: juicio que puede ser eficiente sólo si es confiado a decisiones colectivas (52). Frente a las actividades «con riesgo» (por lo que se refiere a su clasificación como tales y a los límites de su ejercicio), se impone siempre una valoración «no de mercado» que tenga en cuenta los «costes no monetarios» que comportan.

La perspectiva del análisis económico del derecho se ve así muy ampliada porque exige la identificación de la técnica más oportuna para distribuir recursos escasos e indispensables (y en esa categoría entran también las actividades con riesgo pero necesarias). Este es precisamente el punto de partida de *Tragic choices* (53).

Hay en todas las orientaciones del análisis económico del derecho una consideración muy simple y esquemática de las consecuencias de las intervenciones de los sujetos públicos encargados de administrar un determinado modelo de distribución de costes y de riesgos. En *Tragic choices*, Calabresi intenta abordar mejor este punto.

Precisemos mejor el significado de la expresión «elecciones trágicas». Ya se ha dicho que tal tipo de elecciones surgen ante la distribución de bienes escasos pero necesarios (54), es decir, de bienes cuya demanda en modo alguno puede ser reducida, pero cuya oferta tampoco puede ser aumentada. Los ejemplos al respecto propuestos por Calabresi son la implantación de riñones artificiales, el control de los nacimientos, el alistamiento militar en caso de guerra. Se trata, como puede verse, de situaciones muy distintas entre sí pero con algunos caracteres en común. Ante todo está el hecho de que los procesos de asignación que implican «elecciones trágicas» tiene altísimos costes independientemente del resultado de la atribución (55); además, las «elecciones trágicas» implican y presuponen conflictos de valores, conflictos entre distintas concepciones de la igualdad y entre diversos ideales distributivos: «La distribución de algunos bienes comporta grandes sufrimientos y muerte. Cuando dirigimos la atención a tales distribuciones, se suscitan sentimientos de compasión, indignación y horror. Es el momento en que son desenmascarados los conflictos entre, por un lado, aquellos valores según los cuales

(52) G. CALABRESI, *The Costs of Accidents*, cit., p. 136.

(53) G. CALABRESI, P.H. BOBBIT, *Tragic Choices*, New York, 1978.

(54) Obsérvese que los autores, intencionalmente, no definen las elecciones trágicas: como estas presuponen conflictos de valores, y como tales valores son variables y fluctuantes, toda sociedad y cada situación tiene sus «elecciones trágicas».

(55) G. CALABRESI, P.M. BOBBIT, *Tragic Choices*, cit., pp. 131 ss.

la sociedad ha establecido los destinatarios de las distribuciones y (junto con la naturaleza) los límites de los recursos, y de otro aquellos valores morales y humanistas que exaltan la vida y el bienestar» (56). Concretamente, los valores que más chocan en la atribución de recursos en la «elecciones trágicas» son la eficiencia y la igualdad. Y aquí es donde interviene la necesidad de valorar más atentamente la técnica distributiva. En efecto, según Calabresi, ninguna *técnica* distributiva es indiferente a los *finés* de la distribución; es preciso, por tanto, examinar en qué medida las tres grandes técnicas de distribución (mercado, lotería, decisión colectiva) pueden resolver los problemas de las elecciones trágicas.

Es posible, por ejemplo, que el mercado pueda resultar más coherente a efectos de eficiencia (menores costes del procedimiento decisonal, mayor probabilidad de un resultado más «productivo») o que la decisión colectiva pueda garantizar mejor objetivos de igualdad. Sin embargo, el problema implicado en las elecciones trágicas va más allá tanto de la igualdad como de la eficiencia: es necesario «tomar decisiones de distribución capaces de preservar los fundamentos éticos de la cooperación social» (57). Bien mirado, ninguna de las principales técnicas de atribución puede resolver este problema sin algunos cambios, teniendo en cuenta, además, que toda técnica de distribución debe resolver dos tipos de opciones: de «primer grado» (*cuánto* producir de un determinado bien) y de «segundo grado» (*a quién* asignar los bienes). Veamos por eso los problemas que se plantean para cada una de estas técnicas, empezando por el mercado. Ante las elecciones trágicas, éste presenta alguna ventaja, pero también desventajas más evidentes. La ventaja es la de «desresponsabilizar a la sociedad descentralizando, por así decir, lo trágico de la elección de los individuos (58). Por otra parte, el mercado introduce gravísimos costes en cuanto está demasiado basado en la distribución efectiva de la riqueza y en las diferencias entre los individuos. La aceptación de una distribución prefijada de la riqueza de la que dependen exclusivamente los propios resultados distributivos, también de los bienes objeto de la elección trágica, resulta extremadamente costosa y generadora de conflictos posteriores porque acentúa la desigualdad; y los conflictos que ésta determina pueden resultar tanto más graves en sociedades no jerarquizadas donde existen concepciones enfrentadas de la sociedad (59).

(56) G. CALABRESI, P.M. BOBBIT, *Tragic Choices*, cit., pp. 18.

(57) G. CALABRESI, P.M. BOBBIT, *Tragic Choices*, cit., pp. 18.

(58) G. CALABRESI, P.M. BOBBIT, *Tragic Choices*, cit., pp. 31 ss.

(59) G. CALABRESI, P.M. BOBBIT, *Tragic Choices*, cit., pp. 38-39.

También la lotería («a choice not choose»), respondiendo a un «igualitarismo absoluto», puede ser de alguna utilidad para las elecciones de segundo grado («a quién»), pero es del todo ineficiente en las de primer grado («cuánto»). Queda el método de la «decisión colectiva». En este tema se introduce otra distinción entre las decisiones producidas por sujetos políticos «responsables» (*accountable*) (es decir, sujetos cuya identificación se da con el sistema electoral representativo y donde la decisión debe ir provista de la adecuada motivación) y las procedentes de sujetos políticos «irresponsables» (es decir, aquellos elegidos por *sorteo*, como es el caso del *jury* en el procedimiento criminal anglosajón) (60). En el primer caso, las principales dificultades son el hecho de que el perímetro de las elecciones distributivas está siempre delimitado por criterios de igualdad formal y que la técnica de la decisión política tiende a la centralización (o sea, debe ser única y uniforme para todo el sistema jurídico-político), y presenta por tanto graves problemas de recogida y valoración de las informaciones necesarias para la decisión. Por consiguiente, el problema reside según Calabresi, en las modificaciones a introducir en el «método colectivo». El modelo propuesto es precisamente el del *jury*, que puede ser considerado la «agency irresponsable» capaz de cumplir mejor la función atributiva en una situación de elecciones trágicas (61).

El análisis de *Tragic choices* constituye un giro y la indicación de un nuevo terreno para el análisis económico del derecho, no limitado ya, como en la fase inicial de crítica de la *welfare economics*, al análisis de las funciones de eficiencia de las instituciones de derecho privado, sino enfocado a una más completa consideración de las funciones de distribución de los sistemas jurídicos. En esta perspectiva, análisis de las funciones de distribución significa superar la comprobación de la coherencia de las prescripciones normativas con los equilibrios del mercado, así como atención a las funciones de las reglas jurídicas a la hora de fijar los confines, los mecanismos y los efectos del «mercado». No hay duda, por otra parte, de que para Calabresi el estudio de las funciones distributivas implica una crítica tanto del mercado como de la decisión colectiva, en favor de técnicas de producción y de aplicación de las reglas jurídicas que él define, un poco vagamente, como adaptadas a una «sociedad mixta». Sin embargo, está clara la conclusión: los sistemas jurídicos, al ejercer la función distributiva, no pueden elegir un único valor (ni el de la eficiencia y

(60) Se trata de una distinción de difícil comprensión para los lectores de cultura jurídica continental, como observa G. FERRARINI, «*Scelte tragiche*». *Nuovi sviluppi dell'analisi economica del diritto*, en «*Politica del diritto*», 1978, pp. 457-472.

(61) Al análisis de este punto está dedicado un capítulo del libro (cfr. *Tragic Choices*, cit., pp. 51-79).

la reducción de los costes, ni el inspirado en un modelo distributivo predefinido, sea jerárquico o igualitario), sino una combinación de ellos. Lo que significa, además, una combinación de técnicas distributivas.

Esto nos lleva a un tema distinto, nada o casi nada abordado por el análisis económico del derecho, como es el análisis de las reglas de derecho público relativas a la elección de técnicas distributivas y al reconocimiento de los intereses a sancionar jurídicamente: «La tarea fundamental que cumple el derecho es la de decidir cuál de las partes en conflicto tiene un título que debe prevalecer. Derecho a hacer ruido o a disfrutar de silencio, derecho a contaminar o derecho a respirar aire puro, derecho a tener hijos o derecho a prohibir los nacimientos; estas son las opciones fundamentales de un sistema jurídico» (62). Queda un aspecto que se ha dejado sin solucionar: ¿qué relación hay entre mercado y discrecionalidad política? La descentralización normativa, basada en la libertad contractual y en la propiedad privada, ¿puede ser eficaz en cuanto límite constitucional al ejercicio de los poderes públicos? El mercado, la lotería, la decisión colectiva, una vez convertidos en técnicas distributivas prevalentes, ¿tienen efectos apreciables, además de sobre la distribución de los recursos, sobre la distribución de los poderes?

(62) G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *Property Rule, Liability Rule*, cit., p. 1090.