

# Una primera aproximación al Derecho de Daños desde el Análisis Económico del Derecho

Por Valentín G. Papp<sup>1</sup>

**Sumario:** I.- Introducción. II.- ¿Y si imitamos a la NASA? III.- El análisis económico del derecho, un enfoque diferente. IV.-El Análisis económico del derecho de daños. V.- Reflexiones finales. VI.- Bibliografía.

**Resumen:** Este trabajo presenta una descripción básica del Análisis Económico del Derecho (AED) y su relación con las reglas de responsabilidad civil. El objetivo no es cuestionar el método de aprehensión tradicional (esto es, considerar el contenido, significado y alcance de las normas conforme a su texto, analogías, fuentes, 'espíritu', etc.), sino que se busca llamar la atención sobre lo que tienen para aportar la Economía y las Ciencias del Comportamiento a las decisiones de política legislativa y judiciales. La intención de esta presentación, apenas introductoria del tema, es convocar a los operadores jurídicos a considerar la forma en la que funcionan los incentivos a la conducta para tener leyes y sentencias más cercanas al fin pretendido.

**Abstract:** This paper presents a simple description of Law & Economics and its relationship with rules of civil liability. The objective is not to question the traditional method of apprehension (considering the content, meaning, and scope of norms according to their text, analogies, sources, 'spirit', etc.), but rather to draw attention to what Economics and Behavioral Sciences have to contribute to legislative and judicial decisions. The aim of this introductory presentation is to invite lawmakers, judges, professors and students to consider how incentives shape behavior in order to have laws and judgments that are closer to the desired outcome.

<sup>1</sup>Abogado (UNC), Maestrando en Derecho y Economía (UTDT), adscripto a las cátedras de Privado VII (Daños) y Economía de la UNC, a cargo de los profesores José Fernando Márquez y Sergio G. Guestrin, respectivamente.

**Palabras clave:**

Análisis económico del derecho - interpretación normativa - incentivos a la conducta - economía - daños - responsabilidad civil.

**Keywords:**

Economic analysis of law- legal interpretation - behavioral incentives - economics - torts; tort law.

## I.- Introducción.

Estas palabras se escriben en el marco de las actividades académicas con las cátedras a cargo del curso de grado de Derecho de Daños. Por esta razón, el artículo fue pensado para que sea una discreta invitación a reflexionar el derecho desde un lugar diferente al habitual, así como también para que pueda ponerse a consideración en las aulas.

Siempre es útil, tanto para el lector como para el autor, describir en qué consiste su trabajo. Mientras que el primero no pierde su tiempo ni crea falsas expectativas, al segundo le sirve de huella para no desviarse del camino que se ha propuesto transitar.

Así entonces, empecemos por lo que no es. Este artículo no busca ser un examen sobre un instituto del Derecho en particular ni se circunscribe a una única cuestión. Tampoco ofrece “la verdad” sobre el modo de interpretar o aplicar una norma ni una solución a problemas normativos. De hecho, solo refiere a normas genéricas de responsabilidad civil de cualquier país.

Ahora lo que este trabajo sí pretende ser: una breve y llana explicación del Derecho de Daños desde el enfoque del Análisis Económico del Derecho. El objetivo es ayudar a poner (cada vez más) “en la conversación” una mirada diferente a la tradicional, que nos llame a pensar desde otro lado, y sea una introducción provechosa para el ejercicio de la docencia en el aula.

## II.- ¿Y si imitamos a la NASA?

En la labor jurídica tradicional “*se estudia el contenido, significado y alcance de las normas conforme a su texto, correlaciones, concordancias, analogías, fuentes, ubicación en la estructura del sistema, espíritu, intención del legislador, principios generales del derecho, etc.*”<sup>2</sup>. Este método de aprehensión y examen del derecho es tan necesario como irremplazable para indagar en su contenido, interpretaciones y puesta en práctica.

Sin embargo, a veces su aislamiento científico lo hace incompleto a la hora de comprender la realidad y entender el papel de las normas en la sociedad.

Podría decirse que el derecho ha crecido en soledad, sin demasiada interacción con las demás ciencias. Es interesante indagar por un momento en esta tendencia de la ciencia jurídica al individualismo. ¿No llama la atención, acaso, que mientras las demás ciencias ejercitan habitualmente la colaboración interdisciplinaria, en menor o mayor medida, el Derecho permanece solitario en su labor científica?

Pensemos en un instituto de investigación como la NASA, por ejemplo, donde pueden participar del mismo proyecto astrónomos, físicos, químicos, matemáticos e incluso filósofos. La primera reacción del lector probablemente sea preguntarse cuál es el sentido de comparar la NASA con el estudio del Código Civil; ¿qué podría aportarnos la misión espacial a Marte en la reflexión de la eximente de hecho del damnificado en la responsabilidad objetiva por riesgo?

Sin dudas, el ejercicio propuesto se ha exagerado lo suficiente para atraer la atención del lector y, en rigor de verdad, el aporte novedoso de contenidos entre un proyecto de investigación (poblar Marte) y otro (la responsabilidad civil) probablemente no sea relevante en esta oportunidad.

---

<sup>2</sup> GUESTRIN, Sergio G., *Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho* (1ª edición), Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 355.

El planteo nos ayuda a poner de resalto que, mientras en el primero la interacción entre diferentes ciencias es necesaria para analizar su objeto de estudio, en el derecho, por el contrario, nos jactamos de ser autónomos y autosuficientes.

¿Por qué los abogados creemos que podemos dedicarnos a nuestro objeto de estudio, creando normas e incidiendo directamente en la realidad, sin recurrir a las herramientas de otras ciencias?

Para ser indulgente por un momento con nuestra profesión, podría ofrecerse una explicación filosófica-histórica acerca de esta soledad científica.

La raíz de la tendencia de la ciencia jurídica hacia el individualismo se encuentra en el desarrollo del iuspositivismo. Posteriormente devino la reacción ofrecida por una nueva corriente que propuso, finalizada la Segunda Guerra Mundial, el retorno al derecho como valor con anclaje constitucional.

Así, durante el siglo XIX y en las primeras décadas del XX los iuspositivistas centraron su atención en la norma como objeto de estudio del derecho. Tras la irrupción de Kelsen, el interés de los académicos se desplazó definitivamente y el derecho deja de ser una ciencia social causal como la sociología o la economía, para considerarse pura y simplemente normativa.

Mientras las ciencias “causales” pueden caracterizarse de predictivas, el derecho perdió ese anclaje a la realidad y su conexión con las consecuencias que generaba, convirtiéndose en una ciencia que el propio Kelsen identificaría como autorizadora y prescriptiva<sup>3</sup>.

En contrapartida, los defensores de la reintroducción de la moral en la valoración jurídica (ahora a través de principios incorporados a las constituciones nacionales) no solo incurrieron en un cierto abandono de la idea de ciencia jurídica, sino que efectivamente se alejaron de las demás ciencias naturales y sociales. El fundamento fue que éstas habrían fallado en proporcionar una Teoría del Valor que sirviera para racionalizar las decisiones jurídicas.

A partir de tales “acontecimientos” en el desarrollo de la ciencia, algunos concluyen que la desconexión con las demás áreas del conocimiento resultó en la carencia de un instrumental analítico más robusto (v. gr., una teoría), como el que encontramos disponible en las demás ciencias sociales<sup>4</sup>.

### III.- El Análisis Económico del Derecho, un enfoque diferente.

En respuesta a la autosuficiencia científica del derecho como disciplina de estudio, en los últimos sesenta años el Análisis Económico del Derecho (en adelante, AED) se ha convertido en uno de los movimientos más influyentes en el campo jurídico.

Si bien su desarrollo más destacado se ha dado en los Estados Unidos, lugar en el que tuvo su origen, poco a poco esta nueva disciplina tiene cada vez más lugar en Latinoamérica y Europa.

En este sentido, existen maestrías o cursos de posgrado sobre Derecho y Economía en casi todos los países de habla hispana, así como también una asociación latinoamericana en la materia desde 1985<sup>5</sup>, a través de la cual se busca promover la cultura de la investigación científica en esta área.

<sup>3</sup> v. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho* (6ª ed.), Ed. Martins Fontes, San Pablo, 1998.

<sup>4</sup> Al respecto, v. TEIXEIRA GICO Jr., Ivo, *Metodología y epistemología del Análisis Económico del Derecho*, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, volumen 20, nro. 2, 2019, pp. 37-48.

<sup>5</sup> Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE). Más información en <http://www.alacde.org/>.

El AED surge con fuerza a partir de sendas publicaciones realizadas por Ronald Coase y Guido Calabresi que revolucionaron el modo de pensar el Derecho: “El problema del costo social” (*Journal of Law and Economics*, volume 3, 1960) y “Algunas reflexiones sobre la distribución de riesgos y el derecho de daños” (*Yale Law Journal*, volume 70, 1961).

Si bien ambos autores desarrollaron sus ideas hace más de medio siglo, de modo frecuente se califica a este enfoque del derecho como “novedoso”.

La razón se encuentra, principalmente, en que antes del AED el modo de pensar el derecho no había variado sustancialmente desde la aparición del derecho constitucional, hace más de doscientos años. En la cotidianeidad jurídica pueden hallarse semejanzas, incluso, a la forma de crear e interpretar las leyes de la Antigua Roma.

Sin contar con la reciente y paulatina irrupción del AED en las universidades, desde hace cientos de años que el estudio del derecho se construye a partir de los propios elementos del sistema jurídico.

En un comienzo, se busca adquirir conocimiento sobre qué dicen las leyes y cómo se relacionan unas con otras. Luego, se indaga acerca de las diferentes interpretaciones que pueden dárseles de acuerdo con determinadas reglas, las que atribuyen mayor o menor importancia a unas u otras fuentes y principios del derecho (los cuales, dicho sea de paso, surgen de las mismas normas bajo estudio). Finalmente, los significados de cada uno de los preceptos del sistema son relacionados lógicamente entre sí de modo que no existan contradicciones insuperables en su aplicación.

Sin renunciar a esta técnica de estudio, el AED surge como proveedor de una metodología que puede contribuir significativamente a la comprensión de fenómenos sociales y, además, como auxilio en la toma racional de decisiones jurídicas<sup>6</sup>.

A lo largo del tiempo, el AED se ha consolidado como una alternativa para el estudio de las normas jurídicas a partir de un nuevo enfoque, dirigido a analizar su influencia en el comportamiento humano.

Con estas ideas como norte, tanto en el diseño como en la interpretación de las normas que conforman el sistema jurídico resulta indispensable averiguar cuáles son los efectos que tienen en la realidad. Es común que las leyes contengan en su redacción una indicación de los fines perseguidos mediante su sanción. Otras veces, los legisladores expresan sus intenciones sobre cómo pretenden que las nuevas normas influyan en la sociedad.

Sin embargo, ocurre en algunas oportunidades que los objetivos “formales” de las nuevas medidas (sean aquellos que están explícitos en su texto, sean los informados en su fundamentación) no coinciden con lo que provocan en la realidad.

De manera más o menos frecuente, y según cuál sea la visión política y económica del gobierno, se repiten —en distintas administraciones de diferentes países— decisiones que ocasionan un efecto contrario al deseado. Entre ellas se cuentan, por nombrar algunas de las más usuales, las tendientes a limitar precios de productos de consumo masivo o regular por demás el mercado de alquileres de vivienda.

Los casos anteriores son un ejemplo de que, en algunas ocasiones, el resultado que causan las normas en la realidad difiere —e incluso puede que se oponga— a los objetivos deseados por el legislador.

<sup>6</sup> v. TEIXEIRA GICO Jr. (n. 4), p. 48.

Un motivo habitual que explica la existencia de estos casos es el desconocimiento del funcionamiento de algunos aspectos fundamentales de la economía, como las leyes de oferta y demanda y la teoría general de precios.

Generalmente, cuando existe un conflicto entre las leyes del mercado y la legislación, surgen distorsiones graves entre los fines perseguidos por el gobierno y lo que esas normas generan en la realidad.

Conforme a lo expresado anteriormente, se puede observar que tanto el proceso legislativo de formación y sanción de leyes como el estudio que las tiene por objeto, sea respecto de su contenido o de su interpretación y aplicación, tienen un importante déficit: el análisis científico de los efectos que generan las normas en la realidad. Un profesor que ha dedicado muchos años al desarrollo del AED en Argentina lo resume del siguiente modo: “*no alcanza con saber lo que las normas dicen, es necesario conocer también lo que hacen*”<sup>7</sup>.

A partir de la observación de situaciones como las descriptas, y producto también de la educación económica que recibían muchos abogados en las universidades estadounidenses antes de estudiar leyes, comenzó a pensarse el derecho a través del método de estudio que proporcionaba la economía de aquel momento (siglo XX): la teoría de la elección racional.

Una forma simple de presentar al Análisis Económico del Derecho es decir que es una disciplina, un enfoque de estudio, que emplea métodos usuales de la economía para analizar las normas jurídicas y predecir las consecuencias que tienen —o tendrían, si la regla fuera hipotética— en la realidad.

Sin perjuicio de lo dicho, la evolución del AED no se ha detenido y, si bien en un principio las herramientas que empleaba se limitaban a las utilizadas por la economía, en la actualidad eso ha variado.

Existen nuevas estrategias de abordaje, como las impulsadas por la psicología, la Big Data o las “neurociencias”, que se incorporan tanto al AED como a las ciencias económicas de manera simultánea<sup>8</sup>.

En este sentido, se ha destacado por sus aportes no convencionales desde la psicología a las ciencias económicas (en lo concerniente a la toma de decisiones) Daniel Kahneman<sup>9</sup>, uno de los grandes exponentes de la Economía del Comportamiento.

Primero desde el enfoque más tradicional del Análisis Económico del Derecho y, luego, incorporando las contribuciones del *Behavioral Economics* (Kahneman, Akerlof, Shiller, Thaler, Sunstein, entre otros), se han realizado aplicaciones del AED a un número extenso y por demás diverso de instituciones y ramas de derecho. Por ejemplo, se ha esbozado un análisis económico de los derechos de propiedad, del derecho de daños, de los contratos, del derecho procesal, del derecho penal y de la pena, etc.<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> GUESTRIN (n. 2), p. 356.

<sup>8</sup> ACCIARRI, Hugo A. (Director), *Derecho, economía y ciencias del comportamiento* (1ª edición), Ediciones SAIJ, Buenos Aires, 2017, p. 4.

<sup>9</sup> Daniel Kahneman es el primer no economista en ganar el Premio de Ciencias Económicas del Banco de Suecia (conocido popularmente como “Nobel de Economía”).

<sup>10</sup> COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Law & Economics* (6ª edición), Editorial Addison-Wesley - Pearson Series in Economics, 2011.

#### IV.- El Análisis económico del derecho de daños.

El modelo más básico aportado por la economía y enarbolado por el AED clásico para evaluar las normas se basa en la racionalidad. Éste puede definirse a partir de la premisa de que los individuos siempre se comportan intentando maximizar su bienestar. A decir de Acciarri, *“procuran apartarse de aquello que creen que les producirá displacer (costos) y perseguir aquello que les dará placer (beneficio)”*<sup>11</sup>.

De modo simplificado, podría pensarse en la definición clásica de norma jurídica: es una obligación de comportamiento respaldada por una sanción estatal en caso de incumplimiento. De esta forma, se propone una analogía donde las sanciones son entendidas como precios y se asume que las personas responden a las sanciones como lo harían respecto de los precios. Así como las personas consumen menos de un bien si aumenta su precio (según una aplicación general de las Teorías de Precios y de Juegos que admite excepciones), también realizarán menos de la actividad sancionada si aumenta la severidad de la sanción.

Supongamos el caso de un fabricante de un bien de consumo que ocasionalmente causa daños a los consumidores. ¿Cuán seguro intentará que sea su producto? A decir de Cooter y Ulen<sup>12</sup>, esto dependerá del costo de fabricación y diseño, así como también de la responsabilidad civil que tenga el fabricante frente a los consumidores por los desperfectos. Aunque parezca un razonamiento más que obvio (pensar que el proveedor hará el producto más seguro porque la norma le ordena ese comportamiento), puede verse que, en realidad, lo que probablemente hará que el fabricante mejore la seguridad del producto es el mayor costo en caso de incumplimiento.

En el caso *“United States v. Carroll Towing Co.”*<sup>13</sup> se incluye por primera vez un razonamiento económico en una sentencia judicial. El juez Learned Hand esbozó una “fórmula” en la cual se incluían tres variables: la probabilidad de que ocurra un daño, a la que llamó P; la cuantía de ese daño, L; y el costo de adoptar medidas de prevención de ese daño, B. Dijo que hay una acción negligente (es decir, culpa) cuando B es inferior a P multiplicado por L. Es decir, hay culpa en aquellas situaciones en las cuales el costo de prevenir (B) es menor al valor esperado del daño (PxL).

En palabras de Acciarri, cuando la educación jurídica tradicional intenta dilucidar qué es la culpa, *“transcurre por largas explicaciones sobre estándares (“omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar...”)* y *comparaciones contra ciertos modelos de conducta (“bonus pater familiae”, “buen comerciante”, etc.) que suelen parecer inseguros al momento de juzgar situaciones concretas alejadas de los extremos”*<sup>14</sup>. Destaca que la solución propuesta por Hand es un modo muy diferente de valorar las conductas implicadas, aunque lejos está de constituir una teoría.

Si bien podría criticarse la simplificación del planteo de Hand —sobre todo teniendo en cuenta que los valores de términos de su fórmula pueden no ser exactos y variar

<sup>11</sup> ACCIARRI (n. 8), p. 5.

<sup>12</sup> COOTER y ULEN (n. 10), p. 3.

<sup>13</sup> United States v. Carroll Towing Co. (159 F.2d 169 [2d Cir.1947]), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/159/169/1565896/>

<sup>14</sup> ACCIARRI (n. 8), p. 40.

según quién examine el caso—, no deja de ser un punto de vista que aporta contenido empírico a la definición de un concepto tan trascendente en el derecho.

Luego de Hand, Ronald Coase argumentó en su artículo titulado “El problema del costo social”<sup>15</sup> que entre dos actividades perjudiciales opuestas (considerando como actividades tanto a la conducta dañina de A como a la sanción aplicada a A por dañar a B), debe permitirse el “perjuicio” que genere menor costo social (pudiendo ser, entonces, tanto la aplicación de la sanción como la conducta del dañador).

En su planteo, no solo es un perjuicio el menoscabo que ocasiona el dañador, sino que también lo es la sanción que se le impondría. En ese marco, debe analizarse cuál de los dos “perjuicios” es menos costoso socialmente.

Lo relevante de la contribución de Coase a la disciplina del AED fue obligar a pensar cuál de las dos conductas es más eficiente para la sociedad y distribuir la responsabilidad en consecuencia.

En otro artículo fundante del AED<sup>16</sup>, Calabresi utiliza la teoría económica para investigar el alcance de diferentes maneras de distribuir el riesgo a partir de distintos criterios de imputación.

El autor intenta dar argumentos a un sistema que colabore en la solución del problema de costos, pérdidas y riesgo de los accidentes automovilísticos, y sugiere tres formas de reducción de costos: primaria, secundaria y terciaria.

La reducción primaria consiste en la disminución del número y/o severidad de los accidentes, y puede lograrse prohibiendo determinados actos o actividades o haciéndolas más onerosas y menos atractivas.

La reducción secundaria se refiere, por ejemplo, a los costos que se derivan de la imposibilidad de recuperación óptima de una víctima en caso de que no reciba la indemnización a tiempo, para lo cual propone dos soluciones: *loss spreading* (distribución del costo) y *deep pocket* (cargar el costo a quien pueda pagarlo)<sup>17</sup>.

Por último, la reducción terciaria busca disminuir los costos de funcionamiento de los sistemas administrativos y judiciales de la materia<sup>18</sup>.

Puede pensarse que el modo en el que se asignen los derechos y la forma en que se diseñen las vías administrativas o judiciales para reclamarlos influirá en el aumento o reducción de las tres clases de costos descriptas por Calabresi.

La idea que prevalece en estos y otros autores de la disciplina, tal como explica Acciarri, es que los daños que se producen en una sociedad no abarcan solo un problema distributivo privado, donde el dañador debe pagar una compensación a la víctima, sino que afectan la riqueza total de la sociedad.

Volvamos al ejemplo del fabricante de productos inseguros para el consumidor. A partir del AED se explica que la conducta del proveedor será diferente según deba o no responder por el daño que aquellos generen. El fabricante invertirá en prevenir el daño no por razones altruistas, bondad u obediencia a la letra de la norma, sino por su propio interés, evaluando su mayor conveniencia.

<sup>15</sup> COASE, Ronald H., *The problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics, volume 3, 1960.

<sup>16</sup> CALABRESI, Guido, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, Yale Law Journal, volume 70, 1961.

<sup>17</sup> Un ejemplo de esta solución de *deep pocket* puede verse reflejado en la Obligación Legal Autónoma (art. 68, Ley 24.449), por la cual la compañía de seguros tiene la obligación de pagar un monto de gastos sanatoriales y de sepelio en un caso de accidente de tránsito, sin necesidad de que se pruebe la responsabilidad del asegurado y en el término de cinco días de efectuado el reclamo con la documentación respaldatoria.

<sup>18</sup> ACCIARRI (n. 8), pp. 46 y 47.

Este modelo de funcionamiento del derecho da cuenta de cómo las normas jurídicas funcionan como incentivos que inciden en la conducta de los individuos.

Se advierte, en ese sentido, una estructura que subyace a los enunciados normativos, compuesta por estímulos que influirán en el comportamiento de las personas, sea en su absoluta individualidad (pensemos en relaciones de poder con la cosa, disposición sobre su cuerpo o sus bienes, etc.), sea en su relación con los demás (v. gr., en el ámbito del Derecho de los Contratos o de Daños). Repárese en este punto que esos incentivos afectarán sí o sí el modo de actuar de los sujetos, de manera inevitable.

Dicho esto, nos quedan entonces dos opciones: ignorar la existencia e importancia de los incentivos que habitan detrás de las normas y exponernos a vivir entre leyes y decisiones judiciales bienintencionadas pero ineficientes, o bien darles la importancia que merecen en el campo del derecho, estudiar su funcionamiento y utilizarlos para un mejor entendimiento y diseño del sistema jurídico.

La propuesta es simple pero diferente al examen habitual que hacen los juristas y los jueces, direccionado a qué dice o debería decir una norma y en qué sentido debemos interpretarla, usualmente incorporando en el razonamiento principios del Derecho, leyes de mayor jerarquía e interpretaciones de distinta índole (originalismo, analogías, etc.).

Esa forma de análisis es necesaria pero insuficiente, pues no contempla los incentivos que afectan en la realidad el comportamiento de los sujetos a cuya regulación pretenden alcanzar.

De allí que debemos prestar atención y darnos cuenta de la relevancia que tiene ser capaces de predecir la conducta de las personas, en tanto agentes económicos (y, por lo tanto, jurídicos) del sistema, y colocar los incentivos normativos de tal forma que, actuando en su propio interés, las personas cumplan los fines pretendidos por el legislador. En este sentido, los sistemas de responsabilidad *“imponen (o no) consecuencias indeseables, sea por tener que afrontar una indemnización (el dañador), sea por verse imposibilitado de percibirla (la víctima)”*<sup>19</sup>.

Como dijimos, un sistema de responsabilidad civil eficiente será el que genere incentivos de modo que los sujetos, por su propio interés, tiendan a un mayor bienestar social.

Como el lector bien podrá advertir, a lo largo de este trabajo se hace referencia a conceptos tales como “eficiencia” y “bienestar o beneficio social”. Si bien existen obras completas dedicadas exclusivamente a estas dos nociones, resulta oportuno dedicar algunas palabras sobre el sentido que se les da en este artículo.

Respecto de la eficiencia, brevemente y solo a los efectos de este texto, podemos decir que una asignación eficiente de recursos en una sociedad tiene lugar siempre que no pueda mejorarse a un sujeto sin perjudicar a otro. Este sentido de eficiencia fue desarrollado por el economista y sociólogo Vilfredo Pareto, de quien toma el nombre de “eficiencia paretiana”.

Esta definición de eficiencia resulta, en muchos casos, muy rígida: es suficiente que una situación modifique de modo negativo, aunque sea muy levemente, a una persona (aun cuando genere grandes beneficios a otras) para considerarse “ineficiente”.

En el intento por aportar mayor laxitud al término, se habla de un criterio “Pareto-potencial” para describir aquellas situaciones en las que hay individuos inicialmente

---

<sup>19</sup> ACCIARRI (n. 8), p. 51.

perjudicados por una acción o situación, pero que podrían ser —potencialmente— compensados por los beneficios de los sujetos favorecidos y seguir habiendo “ganadores” respecto de la situación inicial<sup>20</sup>.

Ahora bien, aplicar un concepto de “eficiencia” a las normas, los casos judiciales o las instituciones jurídicas no significa que ese deba ser el fin perseguido por el derecho.

Algunos autores analizan como un error del Análisis Económico del Derecho pretender que los sistemas jurídicos tengan su fundamento en la eficiencia: Papayannis, por caso, refiere que podría ocurrir que un sistema de responsabilidad civil no sea la forma menos costosa (y, por lo tanto, eficiente) de motivar “correctamente” a las partes<sup>21</sup>.

El autor realiza una crítica al Análisis Económico del Derecho en tanto éste persiga imponer una regla de conducta, aunque reconoce su aptitud explicativa de la responsabilidad civil:

Deben distinguirse dos aspectos de las reglas de responsabilidad: la culpa y la responsabilidad objetiva como reglas de asignación de pérdidas y como reglas de conducta. Como asignación de pérdidas, el AED está en lo cierto; una regla es el reflejo de la otra, y ambas imponen una forma de responsabilidad objetiva. El proyecto reduccionista explica con éxito esta dimensión de la responsabilidad civil, y ello nos ayuda a precisar cómo los efectos distributivos de las reglas generan incentivos a las partes y qué tipo de problemas pueden entorpecer su funcionamiento adecuado. Pero, como reglas de conducta, difícilmente el AED pueda ofrecer una caracterización aceptable de la culpa y la responsabilidad objetiva<sup>22</sup>.

Este modo de ver el AED podría ser correcto respecto de las posiciones más extremas, en las que se pretende una justificación cuasi deontológica del derecho a partir del concepto de eficiencia.

Sin embargo, las corrientes más modernas de Análisis Económico del Derecho no requieren que la eficiencia sea el objetivo prioritario ni secundario para igualmente sostener la utilidad de su enfoque<sup>23</sup>.

Cualquiera sea el fin por perseguir (por ejemplo, la distribución de los recursos, la “justicia” o la “corrección”, sea lo que fuera que dichos términos, tan ambiguos, signifiquen), el AED permite obtener un diagnóstico acerca de si las normas o decisiones que van detrás de aquellos objetivos están en la dirección adecuada o requieren de modificaciones.

Dicho esto, resulta más sencillo de explicar la idea de “beneficio social” que se incluye en este artículo. Si bien el término surge de la Economía, para nuestro análisis de normas, decisiones o instituciones, puede adquirir el contenido que nosotros queramos otorgarle, que va a ser siempre en línea con el objetivo que nos hemos propuesto para el sistema. Por ejemplo, si el fin último del sistema es la

<sup>20</sup> Acciarri describe de este modo la eficiencia en el sentido de Kador y Hicks; v. ACCIARRI (n. 8)., p. 7.

<sup>21</sup> PAPAYANNIS, Diego M., *El valor intrínseco de la responsabilidad civil*, Anuario de Filosofía del Derecho del Ministerio de Justicia de España, 2018, Tomo XXXIV, N° 34, pp. 122-123. La crítica del autor es más profunda y fue simplificada a los efectos de reflejar que existen alternativas a la posición de que el AED encuentra el fundamento de las normas en la eficiencia.

<sup>22</sup> PAPAYANNIS, Diego M., *La responsabilidad civil como asignación de pérdidas*, en *InDret Privado* 1.2014, Barcelona, 2014, p. 36.

<sup>23</sup> ACCIARRI (n. 8)., p. 8.

“justicia”, pues será esa la unidad de medida del bienestar social, y éste tendrá lugar cuando determinada acción o situación genere más justicia que injusticia.

Específicamente aplicado a la responsabilidad civil, el modelo clásico del Análisis Económico del Derecho pretende minimizar el costo social construyendo a partir de las circunstancias más básicas: los costos de dañar y de evitar el daño.

En primer lugar, buscamos determinar un nivel eficiente o deseable de prevención: aunque sea una afirmación contraintuitiva, no queremos evitar *todo* el daño.

En efecto, si no quisiéramos que ocurran accidentes de tránsito graves, podríamos prohibir los vehículos a motor: sin un solo automóvil o motocicleta en la calle no habría accidentes, salvaríamos vidas y evitaríamos daños materiales importantes.

Sin embargo, una medida como esta genera un costo social superior al que pretendemos evitar: la locomoción a motor redundante en beneficios para toda la sociedad, eso no es novedad.

En este punto debemos ser honestos: tanto es el beneficio de utilizar vehículos que preferimos regular su uso antes que evitarlo, aunque ello se encuentre en el top 5 de causas de muerte en Argentina<sup>24</sup>.

La realidad que reflejan esos hechos no siempre se observa en las sentencias o artículos de doctrina, justamente porque no toman en cuenta el sistema de incentivos detrás de las normas.

Cuando algunos jueces o autores afirman de manera vehemente que los daños son “intolerables” y que es “inadmisible” realizar un análisis económico de la cuestión porque estamos hablando de la vida de una persona, de su salud, etc., solo les preguntaría cómo llegaron de su casa a su despacho y si conocen la estadística que mencionamos antes.

Las declamaciones de esa clase no aportan en nada al mejoramiento del sistema, sobre todo si esos jueces y autores ignoran deliberadamente considerar lo que tiene para aportar el AED al estudio del derecho, a la resolución de un caso o al diseño de mejores leyes.

De lo que se trata en materia de responsabilidad civil es de determinar un nivel eficiente de prevención, que puede estimarse matemáticamente para generar información relevante en la toma de decisiones relacionadas con la prevención del daño o la compensación de los perjuicios.

Así, resulta lo siguiente:

1. A mayor inversión (\$\$\$) en prevención, menor probabilidad de accidentes;
2. A menor probabilidad de accidentes, menor (\$) daño.

De este modo puede observarse que, en lugar de evitar *todos* los accidentes de tránsito, se persigue introducir un nivel de prevención razonable (v. gr., eficiente), que permita la actividad riesgosa pero también tienda a evitar los accidentes graves lo más posible.

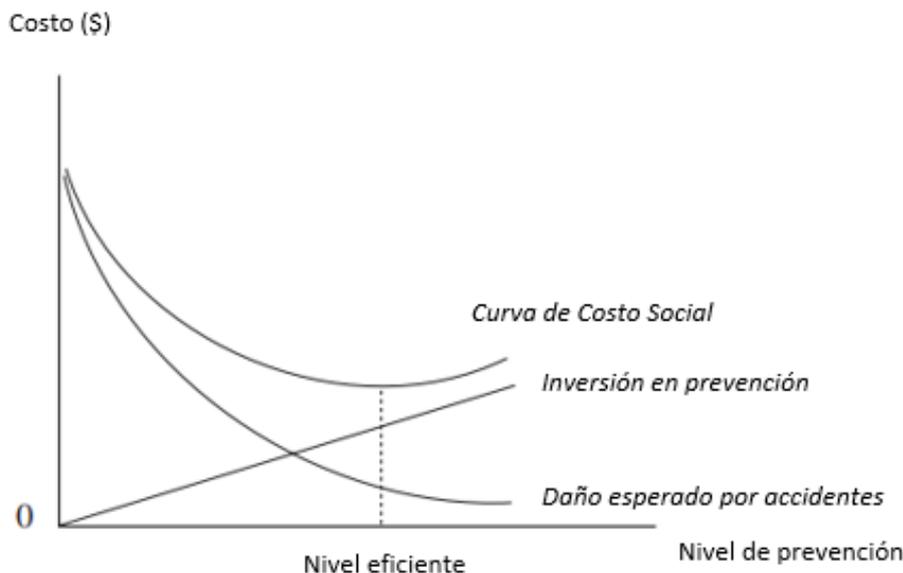
Se asume que cada peso extra invertido (sea dinero, sea tiempo, sea conveniencia) reduce el daño esperado (probabilidad de un accidente multiplicado por el daño que genera) un poco más.

Si al daño esperado (que es, en definitiva, un costo cuantificable) le sumamos la inversión en prevención, obtenemos el costo social esperado. El nivel de prevención deseado será aquel en el cual el costo social sea menor.

---

<sup>24</sup> En nuestro país mueren aproximadamente diecinueve personas por día en siniestros viales; v. <https://www.luchemos.org.ar/es/accidentes-argentina>.

En el siguiente gráfico vemos una representación de la relación entre el costo de prevenir un daño (eje  $y$ ) y el nivel de prevención (eje  $x$ ). La curva de Costo Social resulta de la sumatoria de las curvas de inversión en prevención y de daño esperado.



Es decir, se invertirá en prevención hasta un nivel eficiente, considerado éste como aquél en el cual un peso más invertido (representado por la curva de “inversión en prevención”) ya no reduce el costo social total, sino que lo acrecienta.

Dicho de otro modo, se requerirá mayor prevención hasta el monto en el que una unidad más de inversión ya no reduzca el daño esperado (donde “daño esperado” es igual a la probabilidad de un accidente multiplicado por el disvalor que genera).

Esta es una explicación gráfica de las razones por las cuales no prohibimos la circulación a motor, los parques de diversiones, la aviación, la minería o cualquier otra actividad del hombre que generen beneficios sociales, pero también daños.

Lo que hacemos con ellas, o lo que deberíamos hacer, es legislar a favor de la prevención eficiente de esos daños, aprovechando el sistema de incentivos sobre el comportamiento de los individuos y organizaciones. Este enfoque resulta valioso en la consideración de un legislador al sancionar una norma, de un jurista al estudiarla o de un juez al aplicar el derecho (v. gr., medidas de prevención del daño).

Una explicación simplificada que refleja cómo la elección de un sistema de responsabilidad afecta el comportamiento de los agentes puede comprenderse a través del siguiente ejemplo propuesto por Acciarri<sup>25</sup>.

Supongamos una situación de daño de causación unilateral en la que tanto dañador como damnificado tienen información completa sobre la probabilidad y entidad del daño según cuánto se invierta en prevención.

El autor invita a imaginar un escenario en el que, si el potencial dañador no adopta medidas de prevención, la víctima sufrirá un daño esperado valuado en 9; si toma ciertas medidas tendientes a evitar el daño, generará un daño esperado de 2; si toma medidas adicionales de prevención, el daño esperado será de tan solo 1. Podemos denominar “costo de la prevención” a la inversión del dañador en medidas para evitar el daño; “costo de las pérdidas”, al daño esperado sufrido por el damnificado; y “costo social”, a la sumatoria de los dos anteriores, lo que refleja cuánto le cuesta a la sociedad la acción del dañador (inversión en prevención más daño esperado).

<sup>25</sup> ACCIARRI (n. 8), pp. 53-56.

Costo de la prevención	Costo de las pérdidas	Costo Social
0	9	9
5	2	7
10	1	11

Considerando que el objetivo del sistema fuera minimizar el costo social, el nivel de prevención óptimo es 5. Nótese que más prevención (v. gr., invertir 10) reduce el daño esperado apenas 1, pero a la vez incrementa el costo total de la acción (en lugar de costarle al conjunto de la sociedad 7, con esa mayor inversión en prevención resultará en un costo social de 11).

En ese marco, plantea tres escenarios posibles para considerar cuál satisface mejor el objetivo de la inversión óptima en prevención: a) ausencia de responsabilidad; b) responsabilidad objetiva (en sentido amplio); c) responsabilidad subjetiva (culpa).

1°. En el primer supuesto la conclusión es simple: sin una regla de responsabilidad, el dañador no invertirá en prevención, generando un costo social de 9. De este modo, un sistema de ausencia de responsabilidad no es eficiente para inducir al agente potencial de riesgos a introducir un nivel de cuidado eficiente, desde que no debe hacerse cargo del resultado dañoso<sup>26</sup>. Sobre ello no huelga señalar que, en numerosas ocasiones, el Derecho prefiere la ausencia de responsabilidad por resultar la solución más eficiente (pensemos, por ejemplo, en las molestias tolerables que soportamos a diario por vivir en sociedad).

2°. El segundo es el caso del dañador que, aun siendo diligente, igual deberá responder por *todo* el daño (es decir, el costo social de la actividad; responsabilidad objetiva).

Si observamos la tabla podemos advertir que, aplicando una regla objetiva, el dañador preferirá afrontar un costo de 7, que es el menor de todos los escenarios, lo que implica invertir 5 en prevención, el nivel que definimos como óptimo para la sociedad.

En este sentido, Stordeur apunta que, bajo esta regla de responsabilidad, el dañador potencial tiene incentivos para minimizar los costos sociales de su actividad y prevenir hasta igualar la reducción del daño esperado —incluso investigando formas de prevenir a menor costo—, en tanto él se hace cargo también de este último, y destaca que la regla *“es eficiente para casos donde el victimario potencial tiene control sobre la probabilidad de ocurrencia del accidente, o bien, para aquellos casos donde la actividad genera muchos riesgos y los costos de evitarlos son tan altos que bajo una regla de negligencia, el dañador trasladaría estos costos a terceros”*<sup>27</sup>.

En ese orden, para que un sistema basado en un factor objetivo de atribución sea efectivo, es necesario que la indemnización que se otorgue sea equivalente al daño causado: los jueces deben poder compensar completamente a la víctima, pues de lo contrario (si la reparación fuera insuficiente), aquellos que podrían causar daño tienen incentivos para actuar con menos precaución de la necesaria.

En otras palabras, si las consecuencias económicas para los responsables son menores que el daño real ocasionado, esto podría llevar a una disminución en los niveles de cuidado y precaución que deben tener.

<sup>26</sup> STORDEUR, Eduardo (h), *Análisis económico del derecho. Una introducción*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 226.

<sup>27</sup> STORDEUR (n. 26), p. 228.

Una clara aplicación de responsabilidad objetiva explicada desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho es el de la responsabilidad por el hecho del dependiente, que en lo más elemental podemos decir que descansa en dos fundamentos: (a) mejor posición del empleador para tomar medidas de prevención del daño y, probablemente, (b) mayor solvencia que sus empleados.

Sobre el punto, Cooter y Ulen destacan que *“la regla crea un incentivo para el empleador para ser cuidadoso en la selección de los empleados, en asignarles tareas y en decidir cómo equiparlos para la labor, en entrenarlos y controlarlos...”*<sup>28</sup>. Otras consecuencias asociadas a la elección de una regla de responsabilidad objetiva, examinadas desde el AED, es que representa un menor costo para litigar, pues debe acreditarse solo el daño y la relación causal, obviando la prueba de la culpa; el actor del juicio gastará menos en pruebas y el juez requerirá menos información para resolver el caso<sup>29</sup>.

Asimismo, se señala con acierto que, en aquellos casos en los cuales el damnificado puede incidir en la ocurrencia del daño, la regla objetiva en sentido estricto es ineficiente, desde que otorga un seguro pleno a la víctima. Estas situaciones justifican, por caso, la existencia de eximentes de responsabilidad del victimario cuando medió culpa del damnificado, de modo de introducir incentivos para que éste último tome también medidas de prevención del daño<sup>30</sup>.

3°. En la tercera situación (responsabilidad subjetiva), se hace responsable al dañador únicamente si actuó con culpa, adoptando un nivel de cuidado menor al exigido por la norma. Asumiendo que el objetivo del sistema es el menor costo social posible, el individuo actuará sin culpa si invierte en prevención lo necesario para lograrlo: así, elegirá invertir nuevamente 5, el nivel óptimo de prevención.

La bondad de aplicar la regla de la culpa es que incentiva a ambas partes a tomar medidas adecuadas de prevención. Sin embargo, en ocasiones la dificultad de su implementación se relaciona con la dificultad para determinar cuál es ese nivel óptimo de cuidado<sup>31</sup> y que los agentes lo conozcan *ex ante* del hecho dañoso.

Este problema en fijar la diligencia requerida se refleja en la creación de fórmulas que describen conductas de modo genérico, permitiéndole al juez “rellenarlas” con las reglas más adecuadas para el caso concreto, tales como “buen padre de familia”, “buen hombre de negocios”, “hombre medio”, etc.

Más allá de las numerosas variantes que podrían analizarse a partir del método del AED en el Derecho de Daño, a modo de síntesis, Acciarri aporta una acabada descripción de cómo pretende funcionar el AED en materia de responsabilidad civil: Las reglas de responsabilidad operan como incentivos para que las personas hagan o dejen de hacer ciertas cosas. Lo expuesto supone que la conducta de las personas puede reaccionar ante estímulos positivos y negativos y que, por lo tanto, si alguien puede prever que realizando un acto o actividad recibirá consecuencias más

<sup>28</sup> Interpretación libre del texto original: *“The rule creates an incentive for the employer to take care in selecting employees, in assigning them various tasks, in deciding with which tools to equip them, in training them, in monitoring them, and more. This is efficient if it is the case—as it generally would seem to be—that employers are better placed than are employees to make precautionary decisions; COOTER y ULEN (n. 10), p. 244.*

<sup>29</sup> STORDEUR (n. 26), p. 230.

<sup>30</sup> En este sentido, v. STORDEUR (n. 26), p. 232, y el modelo de teoría de juegos adaptado de: BAIRD, Douglas G. - GERTNER, Robert - PICKER, Randal C., *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1994.

<sup>31</sup> STORDEUR (n. 26), p. 238.

disvaliosas que valiosas, no lo ejecutará o modificará su accionar, mientras que tenderá a realizar ese acto o actividad, caso contrario. Los sistemas de responsabilidad, en este sentido, imponen (o no) consecuencias indeseables, sea por tener que afrontar una indemnización (el dañador), sea por verse imposibilitado de percibirla pese de haber sufrido un daño (la víctima). Un sistema de responsabilidad que tienda a la eficiencia, en consecuencia, debería alinear los incentivos para que el accionar de los individuos, guiado exclusivamente por su interés privado conduzca, a su vez, a la mejor situación social posible<sup>32</sup>.

Así pues, a través de las herramientas del AED determinamos los daños tolerables y cuánto estamos dispuestos a prevenir, para luego tomar decisiones —sean judiciales, sean de política legislativa— a partir de los incentivos que a través de las sentencias o las leyes les demos a los individuos con el objetivo de que, por su propio interés, se comporten de manera coincidente con los fines perseguidos por el sistema (v. gr., la redistribución, la justicia, etc.).

#### V.- Reflexiones finales.

Las decisiones judiciales y de política legislativa, así como el estudio académico del derecho, prescinden habitualmente de considerar la existencia e importancia de los incentivos que tienen las personas para dirigir su comportamiento.

Por ese motivo, encontramos de manera frecuente leyes o sentencias que, persiguiendo bienintencionadamente un fin determinado, crean las condiciones para causar un efecto distinto o, incluso, contrario al buscado.

En ese estado de cosas, el Análisis Económico del Derecho ofrece un método que contribuye a tomar mejores decisiones. En su versión clásica y en aquellas que incluyen a la psicología de la conducta, la Big Data y las neurociencias, el AED permite encontrar los estímulos adecuados para influir en la conducta jurídica de los individuos, ayudándonos a lograr los objetivos perseguidos por la ley o la sentencia y a diseñar un sistema jurídico más eficiente respecto de esos fines. Por tales razones, la enseñanza y aplicación del Análisis Económico del Derecho resulta imprescindible para optimizar las decisiones en el ámbito de los sistemas legislativo y judicial actuales.

#### VI.- Bibliografía.

ACCIARRI, Hugo A. (Director), *Derecho, economía y ciencias del comportamiento* (1ª ed.), Ediciones SAIJ, Buenos Aires, 2017.

BAIRD, Douglas G. - GERTNER, Robert - PICKER, Randal C., *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1994.

CALABRESI, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal*, Nro. 4-Vol. 70 (Mar., 1961), The Yale Law Journal Company Inc., New Haven, 1961, pp. 499-553.

COASE, Ronald H., "The problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (Oct., 1960), The University of Chicago Press, Chicago, 1960, pp. 1-44.

---

<sup>32</sup> ACCIARRI (n. 8), pp. 50-51.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Law & Economics* (6ª ed.), Addison-Wesley - Pearson Series in Economics - Berkeley Law Books, Berkeley, 2016.

GUESTRIN, Sergio G., *Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho* (1ª ed.), Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho* (6ª ed.), Editorial Martins Fontes, San Pablo, 1998.

PAPAYANNIS, Diego M., "El valor intrínseco de la responsabilidad civil", *Anuario de Filosofía del Derecho del Ministerio de Justicia de España*, Nro. 34, en línea, 2018, pp. 119-148.

PAPAYANNIS, D. M., "La responsabilidad civil como asignación de pérdidas", *InDret Privado*, Nro. 1.2014, en línea, 2014, pp. 1-46.

STORDEUR, Eduardo (h), *Análisis económico del derecho. Una introducción*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

TEIXEIRA GICO Jr., Ivo, "Metodología y epistemología del Análisis Económico del Derecho", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Nro. 2-Vol.20, Buenos Aires, 2019, pp. 37-73.