

El futuro del Derecho y Economía

Ensayos para la reflexión y la memoria

GUIDO CALABRESI

EL FUTURO DEL
DERECHO Y ECONOMÍA
ENSAYOS PARA LA REFLEXIÓN
Y LA MEMORIA

Traducción, presentación y notas de
RENZO E. SAAVEDRA VELAZCO

PALESTRA EDITORES
LIMA - 2023

Palestra
Extramuros

CONSEJO EDITORIAL

Owen Fiss
Gustavo Zagrebelsky
Robert Alexy
Manuel Atienza
José Juan Moreso

DIRECTOR

Pedro P. Grández Castro

EL FUTURO DEL DERECHO Y ECONOMÍA

Ensayos para la reflexión y la memoria

Guido Calabresi

Palestra Editores: primera edición, junio de 2023

Traducción de la obra original: Calabresi, Guido. THE FUTURE OF LAW AND ECONOMICS. Essays in reform and recollection.

Yale University Press, 2016

© 2016. Guido Calabresi

© 2023. Palestra Editores S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 Lima 1 - Perú

Telf. (511) 637-8902 / 637-8903

palestra@palestraeditores.com

www.palestraeditores.com

© De la traducción, presentación y notas: Renzo E. Saavedra Velazco

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN:

Aleph Impresiones S. R. L.

Jr. Riso 580 - Lince

Junio, 2023

DIAGRAMACIÓN:

John Paolo Mejía Guevara

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023-05453

ISBN: 978-612-325-365-3

Tiraje: 500 ejemplares | Impreso en el Perú | Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

343.07
C18

Calabresi, Guido, 1932-

El futuro del Derecho y Economía. Ensayos para la reflexión y la memoria / Guido Calabresi; traducción, presentación y notas, Renzo E. Saavedra Velazco; 1a ed. - Lima: Palestra Editores; 2023.

286 p.; 13.5 x 20.5 cm. (Palestra Extramuros)

D. L. 2023-05453

ISBN: 978-612-325-365-3

1. Derecho y economía 2. Derecho económico 3. Filosofía del derecho
4. Argumentación jurídica

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	7
<i>Renzo E. Saavedra Velazco</i>	
PREFACIO DE LA EDICIÓN PERUANA	23
PREFACIO DE LA EDICIÓN ORIGINAL.....	27
CAPÍTULO PRIMERO	
Sobre el Derecho y Economía y el Análisis Económico del Derecho. El rol del abogado	31
CAPÍTULO SEGUNDO	
Sobre los bienes meritorios. <i>Commodification</i> y <i>commandification</i>	77
CAPÍTULO TERCERO	
Sobre los bienes meritorios y la desigualdad	105
CAPÍTULO CUARTO	
Sobre los bienes meritorios en general. Aplicaciones específicas y reflexiones conclusivas.....	151

CAPÍTULO QUINTO

Sobre el altruismo, la caridad y las instituciones
sin fines de lucro 175

CAPÍTULO SEXTO

Sobre la relación entre mercados y decisiones autoritativas en
las reglas de responsabilidad 209

CAPÍTULO SÉTIMO

Sobre gustos y valores ignorados..... 231

CAPÍTULO OCTAVO

Sobre gustos y valores. ¿Qué es lo que la economía puede
decirnos acerca de ellos?..... 261

APÉNDICE

Carta de despedida del profesor Arthur Corbin a la Facultad
de Derecho de Yale con ocasión de su jubilación 283

PRESENTACIÓN

Hace poco afirmé¹ que el “nuevo”² movimiento de “Derecho y Economía” (en adelante, “L&E”) mantiene una compleja relación con los operadores jurídicos de los sistemas del *civil law*, pues tiene que hacer frente a extendidos prejuicios (académicos, económicos, políticos, filosóficos y sociales)³. La

¹ Renzo E. Saavedra Velazco, “Otra mirada a la Catedral: A 50 años de ‘Property rules, liability rules and inalienability: One view of the Cathedral’”, *Advocatus*, núm. 43 (2023): 65-106.

² En contraposición al primer movimiento de Derecho y Economía, Herbert Hovenkamp, “The first great Law & Economics movement”, *Stanford Law Review* XLII, núm. 4 (1990): 993 y ss.; y Barbara H. Fried, *The progressive assault on Laissez Faire: Robert Hale and the first Law and Economics movement* (Cambridge: Harvard University Press, 1998), *passim*.

³ En la literatura latinoamericana uno puede hallar que los críticos homologan conceptos o reconducen ciertas ideas a todas las vertientes del *Law and Economics*, lo cual resulta erróneo. Pienso, por dar ejemplos, en lo expuesto por Carlos F. Rosenkrantz, “La riqueza no es un valor: Algunas reflexiones acerca de Dworkin y del análisis económico del derecho”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* I, núm. 1 (1996):

afirmación es al propio tiempo sorprendente y previsible. Es sorprendente porque, si se considera su primera ola (1890)⁴, se trata de un movimiento que supera largamente el siglo de vida, o los sesenta años si iniciamos el cómputo a partir de la segunda ola (1960)⁵; y porque el enfoque alcanzó un lugar expectante en los sistemas de la tradición jurídica occidental, por lo que se esperaría que la investigación reflexiva de los críticos, escépticos y promotores hubiera hecho lo suyo, sea confirmando, sea desbaratando los prejuicios.

Es, a su vez, previsible que los prejuicios campeen justamente porque los sistemas del *Civil Law*, y en particular sus operadores, tienden al conservadurismo⁶ respecto de enfoques

93-106; y Carlos Diego Martínez Cinca, “Insuficiencias del análisis económico como base para una teoría de la adjudicación”, *Revista Chilena de Derecho* LXI, núm. 3 (2014): 925-955; más allá de que reconozco que varios de los aspectos resaltados son válidos si se reconducen a ciertas escuelas del *Law and Economics*.

Los prejuicios se expresan, por ejemplo, en los trabajos de Eduardo Hernando, “¿Por qué no debemos elegir el análisis económico del derecho?”, *Themis*, núm. 37 (1998): 129-138; Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, *Analizando el análisis: autopsia del análisis económico del derecho por el derecho civil* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004); y Gunther González Barrón, “La inútil doctrina sobre la tutela aquiliana del crédito: Réplica, y punto final, a un reciente artículo que intenta demostrar la cuadratura del círculo”, *Derecho y Cambio Social*, año VII, núm. 21 (2010): 1-24, en particular 3-4.

⁴ La primera ola se originaría con posterioridad a la *Sherman Act* y el surgimiento del *Antitrust Law*. Véase, de manera general, William E. Kovacic y Carl Shapiro, “Antitrust policy: A century of economic and legal thinking”, *Journal of Economic perspectives* XIV, núm. 1 (2000): 43 y ss.

⁵ El segundo movimiento se gestaría luego de los trabajos de Gary Becker, *The economics of discrimination* (Chicago: University of Chicago Press, 1957); Ronald Coase, “The problem of social cost”, *Journal of Law and Economics*, vol. III, 1960, pp. 1 y ss.; y Guido Calabresi, “Some thoughts on risk distribution and the Law of Torts”, *Yale Law Journal* LXX, núm. 4 (1961): 499 y ss.

⁶ La cuestión ha sido examinada para el caso del *Law and Economics* por Nuno Garoupa y Thomas S. Ulen, “The market for legal innovation: Law and Economics in Europe and the United States”, *Alabama Law Review* LIX, núm. 5, 1555-1633.

ajenos al *Civil Law*⁷. La reacción diverge si se trata de enfoques, interpretaciones o visiones provenientes de sistemas civilistas (ni qué decir si los sistemas exportador e importador pertenecen a la misma subfamilia⁸) en donde la reticencia cede paso a la receptividad (más allá del éxito del trasplante e incluso de que la importación resulte necesaria). Quizás valga la pena precisar que, en el caso de trasplantes de productos jurídicos (reglas legales, formulas jurisprudenciales y construcciones teóricas)⁹, la receptividad de los países del *Civil Law* es tal que a menudo no se colocan reparos al origen del producto a importar; mientras que, si se tratan de enfoques jurídicos, la oposición tiende a ser sustancial.

No cabe duda de que existen un conjunto de sistemas jurídicos que —por razones estructurales, históricas y culturales— son particularmente receptivos a la importación¹⁰;

⁷ Las variables involucradas en la mutación y actualización jurídica han sido estudiadas, de manera general, por William Ewald, “Comparative jurisprudence (I): What was it like to try a rat?”, *University of Pennsylvania Law Review* CXLIII, núm. 6 (1995): 1899-2149; e Id., “Comparative jurisprudence (II): The logic of legal transplants”, *American Journal of Comparative Law* XLIII, núm. 4 (1995): 489-510; George Mousourakis, “Towards a comparative theory of legal change”, *Kansai University Review of Law and Politics* XXVII, núm. 3 (2006): 53 y ss.; y Nuno Garoupa, “The Law and Economics of legal parochialism”, *University of Illinois Law Review* 2011, núm. 5 (2011): 1517 y ss.

⁸ A manera de ejemplo, al interior del *Civil Law* podríamos identificar las subfamilias alemana y francesa.

⁹ Renzo E. Saavedra Velazco, *Análisis económico y comparado del derecho privado – Una introducción* (Lima: Fogueras, 2016): 25, nota al pie (14).

¹⁰ Daniel Berkowitz; Katharina Pistor y Jean-Francois Richard, “The transplant effect”, *American Journal of Comparative Law* LI, núm. 1 (2003): 164 y ss.; Pier Giuseppe Monateri, “The weak law: Contaminations and Legal Cultures”, *Transnational Law & Contemporary Problems* XIII (2003): 575 y ss.; y Nuno Garoupa y Anthony Ogus, “A strategic interpretation of legal transplants”, *Journal of Legal Studies*, XXXV, núm. 2 (2006): 339 y ss.

Los sistemas jurídicos con cultura jurídica débil son receptivos a la importación, pero, en ocasiones, se llega a ejemplos extremos en donde la influencia de un sistema jurídico se superpone a la de otros (por ejemplo, el proyecto de Código Civil japonés tenía influencia francesa,

mientras que otros se muestran renuentes a tales procesos. Pese a ello, inclusive en los primeros, pueden identificarse ciertas resistencias a la importación en algunas áreas o por lo menos una negativa a aceptar la influencia de sistemas jurídicos concretos. Así, por ejemplo, los sistemas latinoamericanos son muy receptivos a la influencia del Derecho europeo, pero, en ciertos campos y tópicos, exhiben un rechazo a la posibilidad de importar productos o enfoques jurídicos anglosajones (sobre todo si se tratan de enfoques funcionales). Ciertamente, no puede negarse que la génesis de nuestros sistemas se encuentra profundamente ligada a la tradición europea.

Nos interesa resaltar lo anterior porque, en cierta medida, el *Law and Economics* tiene que hacer cuentas con las objeciones hacia el derecho anglosajón (*Imperial Law*)¹¹ y sus enfoques. La labor, sin embargo, tiene importantísimas limitaciones debido a que los principales promotores de las enseñanzas del derecho anglosajón son más bien los abogados en ejercicio (quienes a menudo le dedican sólo una parte de su tiempo a labores docentes/académicas, sin siquiera entrar a las dificultades que lo anterior significa en cuanto al equilibrio de las preocupaciones y exigencias profesionales) y no los profesores a tiempo completo.

*

Así, cuando en el 2015 compartí con mis discípulos y profesores del Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú que mi disertación giraría en torno a ciertos tópicos y reflexiones del L&E aplicados a la comparación jurídica (o en la necesaria contextualización de las ideas del L&E merced a la comparación jurídica) pude

mientras que el proyecto de Código de Comercio Japonés tenía influencia alemana)

¹¹ Ugo Mattei, "A Theory of Imperial Law: A study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance", *Indiana Journal of Global Legal Studies* X, núm. 1 (2003): 383-448.

percibir algunos prejuicios que en los meses siguientes intenté desmentir¹².

Contrario a lo que se piensa, al interior del movimiento de L&E no existe un pensamiento único, sino que abundan las escuelas¹³, por lo que el pensamiento de un académico¹⁴ —por más ilustre que éste sea— no sintetiza al íntegro movimiento. Por si fuese necesario resaltarlo, los rótulos o adjetivos más comunes —y no por ello menos erróneos— que se endosan al movimiento y a sus miembros son: “neoliberal” o “libertario”. En virtud del prejuicio, se espera que el movimiento o el miembro del movimiento siempre se decante a favor de ideas o aplicaciones¹⁵ asociadas a estas “ideologías”¹⁶ o “retóricas”¹⁷. Quizá el prejuicio más extendido y asentado entre nosotros sea que los productos jurídicos tienen que ser siempre “eficientes”¹⁸ (pese a que no se tenga muy en claro el contenido asignado

¹² Afortunadamente hallé profesores más que interesados y dispuestos a profundizar su conocimiento en torno al movimiento, tales como la profesora Betzabé Marciani, sin olvidar a condiscípulos que tenían clara muchas de estas ideas, tales como Christian Guzmán Napuri.

¹³ Francesco Parisi, “Positive, normative and functional schools in Law and Economics”, *European Journal of Law and Economics* XVIII, núm. 3 (2004): 259 y ss.

¹⁴ Sophie Harnay y Alain Marciano, “Posner, Economics, and the law: From “Law & Economics” to an economic analysis of law”, *Journal of the History of Economic thought* XXXI, núm. 2 (2009): 215 y ss.

¹⁵ Tal vez una de las más grandes diferencias al interior del movimiento de *Law and Economics* sea esta. Así, en el caso de Calabresi se acepta la existencia de una escala valorativa dependiente de factores contextuales, en la posición de Posner la situación es más rígida.

¹⁶ Edwin Baker, “The ideology of the economic analysis of law”, *Philosophy and Public Affairs* V, núm. 1 (1975): 3-48.

¹⁷ Donald D. McCloskey, “The rhetoric of Law and Economics”, *Michigan Law Review* LXXXVI, núm. 4 (1988): 752-767.

¹⁸ Cada sociedad tiene que elegir qué tipo de sistema jurídico y/o solución prefiere: si una solución justa o una eficiente. Sobre el punto véase Guido Calabresi, “The new economic analysis of law: scholarship, sophistry or self-indulgence”, *Proceedings of the British Academy* LXVIII (Londres: Oxford University Press, 1982): 92-94.

al concepto)¹⁹, es decir, que el derecho siempre tiene que subordinarse a la economía y a sus corolarios “lógicos” (la nula intervención en el mercado por parte del Estado; el mercado puede, por sí mismo, autorregularse siempre o la legislación debe preferir mecanismos *ex post* de *enforcement*).

Lamentablemente, los prejuicios están sumamente arraigados y no se redujeron en las últimas décadas pese al número creciente de operadores jurídicos que realizan estudios de posgrado o estancias de investigación en los Estados Unidos de Norteamérica²⁰. Los críticos pareciera que quedaron satisfechos²¹ con elevar objeciones generales al movimiento, formulando así reparos a sus fines y aplicaciones, pero sin profundizar en la historia, los métodos y postulados del L&E²². En consecuencia, nos hallamos ante un (casi inexistente) dialogo pues los críticos y escépticos se quedan en aspectos que para

¹⁹ Margaret Hall y Christopher Winsten, “The ambiguous notion of efficiency”, *The Economic Journal* LXIX, núm. 273, (1959): 71 y ss.; y Harvey Liebenstein, “Allocative efficiency vs. ‘X-Efficiency’”, *The American Economic Review* LVI, núm. 3 (1966): 392 y ss.

²⁰ Por si fuese necesario, no trazo una sinonimia entre el *Law and Economics* y el sistema estadounidense.

²¹ Ronald Dworkin, “Is wealth a value?”, *The Journal of Legal Studies* IX, núm. 2 (1980): 191 y ss.; e Id., “Why efficiency? A response to Professors Calabresi and Posner”, *Hofstra Law Review* VIII, núm. 3 (1980): 563 y ss.

²² Si bien en el Perú existen honrosas excepciones, campean los prejuicios en contra del L&E. El grueso de los críticos parece haber leído de segunda mano las ideas que abandera el movimiento o, en los casos en que sí se consultaron las fuentes directas, evidencian su falta de comprensión acerca de los matices metodológicos y conceptuales de lo que se propone, amén de cómo debería construirse una crítica articulada que sea capaz de poner en jaque las soluciones o explicaciones ius-económicas propuestas.

El ejemplo más conocido del segundo grupo es el trabajo de Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, *op. cit.* Recientemente se publicó un libro en que se observa un esfuerzo por entender al movimiento Betzabé Marciani Burgos; José Enrique Sotomayor Trelles y Leandro Cornejo Amoretti, *Justicia, derecho y mercado: Una investigación sobre el Análisis Económico del Derecho en el Perú* (Lima y Puno: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica – CICAJ / PUCP y Zela, 2020).

los promotores no mellan la utilidad del enfoque²³; mientras que los promotores del movimiento evaden el examen axiológico de su aproximación²⁴ y de sus propuestas, toda vez que significaría infringir la neutralidad de la economía y porque los costos asociados a la incorporación de tales datos serían más elevados que sus beneficios potenciales. En síntesis, estamos ante un diálogo de sordos.

Ante un escenario tan desalentador siempre resulta reconfortante tomar contacto con obras de académicos en que sí se evidencia una preocupación real por poner en entredicho el *statu quo* y no sólo respecto de los tópicos estudiados, sino en relación con las aplicaciones o los enfoques capaces de brindarnos una mirada renovada de fenómenos que parecían agotados. Lo dicho fue, tal vez, la motivación principal que me llevó a contactarme con el profesor Calabresi a mediados del primer semestre del 2016 para solicitar su autorización para emprender la traducción de su (en ese entonces)²⁵ última contribución: *The*

²³ Aquí vale la pena recordar el pensamiento de Milton Friedman, “The methodology of positive economics”, en Id., *Essays in positive economics* (Chicago: University of Chicago Press, 1953): 8-9, quien afirma que: “... una teoría debe ser juzgada por su poder predictivo respecto de la clase de fenómenos que intenta ‘explicar’... el único criterio relevante para evaluar la validez de una teoría es la comparación de sus predicciones con la experiencia. La hipótesis es rechazada si sus predicciones son contradichas (‘frecuentemente’ o más a menudo que las predicciones de una hipótesis alternativa); y es aceptada si sus predicciones no son contradichas...”; y “Una hipótesis es importante si ‘explica’ mucho con poco, esto es, si es que abstrae los elementos cruciales y comunes de la masa de circunstancias complejas y detalladas que rodean al fenómeno a ser estudiado y permite que se efectúen predicciones válidas sólo sobre la base de tales elementos. Para ser importante, por lo tanto, una hipótesis será descriptivamente falsa en sus asunciones; en tanto que no toma en cuenta, y presume que no se considere, ninguna de las circunstancias adicionales que rodean el caso, en tanto que demuestra de modo exitoso que son irrelevantes para la explicación del fenómeno” (pp. 14-15).

²⁴ Morton J. Horwitz, “Law and Economics: science or politics?”, *Hofstra Law Review* VIII, núm. 4 (1980): 905-912.

²⁵ El 2021, sin embargo, Calabresi publicó en lengua italiana en coautoría con Enrico Al-Mureden, *Driveless cars: Intelligenza artificiale e futuro della mobilità* (Bologna: Il Mulino, 2021).

Future of Law and Economics (New Haven: Yale University Press, 2016); digo tal vez porque, como en anteriores ocasiones²⁶, me reconozco como un seguidor de las ideas ius-económicas de Calabresi, por lo que siempre será un gusto (amén de una responsabilidad enorme) verme involucrado en la publicación de sus obras al castellano.

* *

A diferencia de lo que ocurre en los sistemas latinoamericanos, las críticas al movimiento de L&E en el sistema anglosajón fueron de diverso cariz y, además, en mayor o menor medida, fruto de la revisión de la bibliografía existente. Tal vez las más relevantes —en tanto se originaron de una reflexión seria, como porque generaron un verdadero intercambio de ideas— sigan siendo las formuladas por Dworkin²⁷, Coleman²⁸ y Ackerman²⁹. Lo cierto es que las objeciones de los tres autores citados, sobre todo las formuladas por Dworkin, influyeron en algunos académicos de Latinoamérica y España³⁰ ligados a la

²⁶ A manera de ejemplo, véase el Prólogo que elaboré para *Elecciones Trágicas: Los conflictos que afronta la sociedad al asignar recursos trágicamente escasos* (Lima: Ius et veritas – Foguera Editores, 2017): 9-15.

²⁷ Ronald Dworkin, “Is wealth a value?”, *Journal of Legal Studies* IX, núm. 2 (1980): 191-226; Id., “Why efficiency? – A response to professors Calabresi and Posner”, *Hofstra Law Review* VIII, núm. 3 (1980): 563-590.

²⁸ Jules Coleman, “Efficiency, utility, and wealth maximization”, *Hofstra Law Review* VIII, núm. 3 (1980): 509-551; Id., “Efficiency, exchange and auction: Philosophic aspects of the economic approach to law”, *California Law Review* LXVIII, núm. 2 (1980): 221-249; Id., “Economics and the Law: A critical review of the foundations of the economic approach to law”, *Ethics* XCIV, núm. 4 (1984): 649-679.

²⁹ Bruce A. Ackerman, “Law, Economics and the problem of legal culture”, *Duke Law Journal* 1986, núm. 6 (1986): 929-947.

³⁰ Liborio L. Hierro, “La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)”, *Doxa: Cuadernos de filosofía*, núms. 15-16 (1994): 945-969; Id., “Contra el imperio de la riqueza (Dworkin versus Posner)”, en *Ronald Dworkin: Estudios en su homenaje*, *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso), núm. 38: 383-411; y Virginia de Carvalho Leal, “Jules Coleman y las objeciones al análisis económico del derecho como fun-

filosofía del derecho. No obstante, en los últimos años se suele echar de menos un esfuerzo por aprehender las ideas y nociones económicas³¹ (ni que decir si se los compara con los trabajos de Coleman), lo cual, en última instancia, fortalecería la crítica o la mediatizaría.

Nótese que no intento minimizar el valor de los trabajos realizados en Latinoamérica y España, lo único que pretendo es subrayar la necesidad de que el diálogo sea más profundo al conocerse las categorías y razonamientos del otro experto, permitiendo a cada uno de los interlocutores el comprender la perspectiva del otro. Sin tal conocimiento y sin dicha vocación cualquier tipo de diálogo se encontraría viciado de raíz por falta de instrumentos para someter a examen tanto las ideas del otro, como —más importante aún— las ideas propias.

La comprensión de la posición ajena es lo que, creo, permitió a Dworkin³² criticar con acierto la posición de Posner respecto de la “maximización de la riqueza”³³ como un valor en sí mismo, el cual sería perseguido por el sistema jurídico y serviría para justificar el sentido de las decisiones judiciales. La maximización tiene, como presupuesto económico y lógico, la preexistencia de una distribución inicial de la riqueza (incluyendo, como es claro, la distribución de titularidades³⁴), por lo que resulta imposible determinar en abstracto cuando nos encontramos ante un cambio o movimiento que nos lleve

damento filosófico de la responsabilidad por daños extracontractual”, *Revista Brasileira de Direito* XIII, núm. 2 (2017): 176-193.

³¹ A diferencia del extenso y excelente trabajo de Cándido Paz-Ares, “La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del derecho)”, *Anuario de Derecho Civil* XXXIV, núm. 3 (1981): 601-707.

³² Ronald Dworkin, “Is wealth a value?”, *cit.*, 195-196.

³³ Richard A. Posner, “Utilitarianism, economics, and legal theory”, *Journal of Legal Studies* VIII, núm. 1 (1979): 103-140, en particular 110 y 119.

³⁴ Guido Calabresi y Douglas Melamed, “Property rules, liability rules, and inalienability: A view of the Cathedral”, *Harvard Law Review* LXXXV, núm. 6 (1972): 1189 y ss.

hacia la maximización (social) de la riqueza³⁵. Así las cosas, resulta ineludible estudiar cómo se asigna originariamente las titularidades y, más importante aún, no es posible asignar esos puntos de partida³⁶ de modo que se maximice aquello que será definido a partir de tales puntos³⁷. Si se aceptara lo postulado por Posner se incurriría en una *contradictio in adiecto*, toda vez que lo medido será al propio tiempo el índice de medición³⁸.

La asignación originaria, como correctamente fue identificado por Calabresi y Melamed, puede fundarse en la búsqueda de eficiencia económica, preferencias distributivas y consideraciones de justicia. La maximización, en sí misma, no puede ser una justificación. Aun si ignoráramos la necesidad de contar con una asignación originaria o puntos de partida, en los hechos resultaría imposible determinar cuando nos encontramos ante una mejora en la sociedad a menos que se determine alguna meta o valor como deseable. Es la consecución o la aproximación

³⁵ Ronald Dworkin, "Why efficiency?", 563; Anthony Kronman, "Wealth maximization as a normative principle", *Journal of Legal Studies* IX, núm. 2 (1980): 227-242; y Calabresi, "The new economic analysis of law: scholarship, sophistry or self-indulgence?", 91.

³⁶ Edwin Baker, "Starting points in economic analysis of law", *Hofstra Law Review* VIII, núm. 4 (1980): 939-972.

³⁷ Guido Calabresi, "About a Law and Economics: A letter to Ronald Dworkin", *Hofstra Law Review* VIII, núm. 3 (1980): 553-562, en particular 554-555; Calabresi, "The new economic analysis of law: scholarship, sophistry or self-indulgence?", 91.

³⁸ El tipo de crítica es conocida para los civilistas, quienes se aproximan a ellas cuando estudian, por ejemplo, la teoría de Luigi Mengoni en torno a las obligaciones de medios y de resultado; y, en particular, respecto de la calificación de la diligencia como un deber de conducta y a la vez como criterio (o *standard*) de evaluación del cumplimiento contractual. Sobre el punto véase Luigi Mengoni, "Obbligazioni di 'risultato' e obbligazioni di 'mezzi' (Studio critico)", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* LII, núms. 5-6 (1954): 185-209; Id., "Obbligazioni di 'risultato' e obbligazioni di 'mezzi' (Studio critico)", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* LII, núm. 7-8 (1954): 280-320; Luigi Mengoni, "Obbligazioni di 'risultato' e obbligazioni di 'mezzi' (Studio critico)", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* LII, núms. 9-10: 366-396.

hacia esta meta o valor lo que nos permitirá calcular el impacto agregado en la riqueza.

Tal constatación nos conduce a la cuestión de la distribución. Nos explicamos. El incremento en la riqueza no puede ignorar del todo la interrogante de quién será el individuo o grupo que, en virtud de la modificación jurídica, soportará las secuelas anexas a la mutación verificada. Dicho en otras palabras, si consideramos, por ejemplo, que el cambio de una responsabilidad fundada en un criterio de imputación subjetiva (*i.e.*: dolo o culpa)³⁹ hacia una fundada en un criterio de imputación objetiva⁴⁰ genera un incremento (o incluso maximiza) al bienestar o la riqueza social en los casos de accidentes de tránsito, tendríamos que observar qué individuo o grupo soportará las secuelas (costos y/o riesgos) asociadas a la modificación en la manera en que se determina al responsable una vez ocurrido el accidente de tránsito. En el caso propuesto, el costo o riesgo original recaía en el peatón, quien se encontraba gravado con la carga de probar la imputabilidad del conductor, mientras que con el cambio el costo ahora recaerá en el conductor, quien deberá realizar los esfuerzos dirigidos a la prueba de que el evento dañoso no puede imputársele.

Si, como sociedad, juzgamos que el grupo de personas al que se le asignará el costo/riesgo puede soportar (sea *ex ante*, sea *ex post*) de mejor manera (*i. e.*: *cheapest/best cost bearer*) o

³⁹ Sobre el criterio de imputación subjetivo véase Gastón Fernández Cruz, "De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo?", *Themis*, núm. 50 (2005): 237-272; para una visión económica sobre tal criterio consúltese: Richard A. Posner, "A theory of negligence", *Journal of Legal Studies* I, núm. 1 (1972): 29 y ss.; Id., "Strict liability: A comment", *Journal of Legal Studies* II, núm. 1 (1973): 205 y ss.

⁴⁰ Sobre el tema en derecho anglosajón y con un tinte económico véase Steven Shavell, "Strict liability versus negligence", *Journal of Legal Studies* IX, núm. 1 (1980): 1 y ss.; Guido Calabresi, "Some thoughts on risk distribution and the law of torts", *Yale Law Journal* LXX, núm. 4 (1961): 499 y ss.; y, en nuestro medio, Gastón Fernández Cruz y Leysser L. León, "La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva", *Derecho: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 58 (Lima, 2005): 9-75

evitar la materialización del evento dañoso (*i.e.*: *cheapest/best cost avoider*) que la víctima, entonces la justificación recaerá en que, atendiendo a la distribución existente de riqueza, la maximización se logrará de esta manera. La situación contextual, en última instancia, es la que justifica, desde una perspectiva de distribución, la reasignación de los costos/riesgos y el consecuente cambio en la decisión jurídica.

El razonamiento no variará en lo sustancial si el cambio en la regla de asignación de costos que se propone nos conducirá a un sistema de seguros. El examen que deberá realizarse será uno en que, a la luz de la distribución de la riqueza imperante, se determine si existe una mejora en el bienestar o riqueza.

La precisión sobre la distribución de la riqueza no es menor. Si no se tomara en cuenta resultaría posible que se plantee un cambio que agudice la debilidad estructural de ciertos grupos, bajo el criterio de la “compensación potencial” asociada a la eficiencia en términos de Kaldor-Hicks⁴¹. Dado que es un criterio meramente potencial, la debilidad se lograría por un factor temporal (la compensación se produce meses o incluso años luego de los costos soportados por el grupo en situación de vulnerabilidad, en sentido amplio) o un factor económico (en tanto que el grupo no cuenta con los recursos suficientes para esperar la compensación podrían tender: a sacrificar su derecho en aras de obtener un monto subcompensatorio o a perder su derecho en caso carezca de cualquier medio para hacerlo valer).

* * *

⁴¹ Este criterio fue sintetizado por Tibor de Scitovsky, “A note on welfare propositions in economics”, *The Review of Economic Studies* IX, núm. 1 (1941): 77 y ss., a partir de los trabajos de Nicholas Kaldor, “Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility”, *The Economic Journal* XLIX, núm. 195 (1939): 549 y ss.; y, John R. Hicks, “The foundations of welfare economics”, *The Economic Journal* XLIX, núm. 196 (1939): 696 y ss.

El libro que tienen en sus manos se alimenta de estas reflexiones y muchas otras, por lo que, en realidad, se convierte en uno que introduce o desarrolla ideas económicas, jurídicas, políticas y filosóficas que se encuentran entrelazadas a los casos que se proponen a efectos de concentrar el análisis y potenciar su aprehensión.

El mero hecho de que estas contribuciones provengan del último *founding father* del *Law and Economics* en el sistema estadounidense lo hace, si es posible, aún más valioso. La razón, creo, no es compleja. Nos acostumbramos a que quienes formulan ideas valiosas para el desarrollo del derecho, más aún si son quienes alientan la creación de un integro movimiento con más de sesenta años de antigüedad, no vayan más allá de lo esbozado originalmente, sin ponerlas nunca en entredicho o demostrar sus limitaciones. Es esta honestidad y humildad intelectual la que alienta la obra de Calabresi y, por esta razón, estoy más que honrado de dar la bienvenida a esta traducción.

Magdalena, 21 de abril del 2023

RENZO E. SAAVEDRA VELAZCO
Profesor de Derecho Civil y Economía y Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad de Lima
Universidad del Pacífico