

Calabresi, Guido. *The Future of Law and Economics*. New Haven y Londres: Yale University Press, 2016, 228 pp.

El exdecano de la Facultad de Derecho de Yale, Guido Calabresi, es una de las figuras centrales —junto a Ronald Coase y Richard Posne— para el desarrollo del movimiento que en nuestro país se llamó genéricamente «análisis económico del derecho». Sin embargo, como Calabresi se encarga de argumentar en el primer y más importante ensayo de este libro, lo que se suele encapsular bajo el membrete de «análisis económico del derecho» abarca, en realidad, el desarrollo de dos movimientos que, aunque interrelacionados, difieren en sus pretensiones teóricas y metodológicas.

Así, Calabresi propone una distinción entre análisis económico del derecho (*Economic Analysis of Law*) y *Law & Economics*. En ese sentido, identifica el enfoque de ambos movimientos académicos, con la distinción entre las metodologías de análisis de Jeremy Bentham, en oposición a John Stuart Mill. Así, mientras que Bentham era el prototípico representante del análisis económico del derecho, Mill lo era del movimiento *Law & Economics*. Bentham requería de un punto de apoyo normativo para formular críticas a las instituciones existentes, y este punto de apoyo lo encontraba en la teoría moral utilitarista. Así, cualquier institución o práctica social que contradijera los postulados utilitaristas era calificada sin más de disparatada o sin sentido.

Para Calabresi, el mismo patrón de crítica se reproduce en el análisis económico del derecho. Al respecto, señala: «Lo que llamo análisis económico del derecho emplea la teoría económica para analizar el mundo jurídico. Esta metodología examina dicho mundo desde el punto de vista de la teoría económica y, como resultado de dicho examen, confirma, plantea dudas o plantea reformas a la realidad legal.» (p. 2). La teoría económica, para el análisis económico del derecho (en adelante AED), funciona como punto de Arquímedes para el análisis y crítica. Evidentemente ello no obliga al crítico a acusar a las prácticas no consistentes con este punto de vista como irracionales, pero es una consecuencia de asumir la variante más beligerante entre los partidarios del AED.

En oposición a esta variante, tenemos a la metodología del movimiento *Law & Economics* (en adelante L&E), que Calabresi caracteriza del siguiente modo: «Lo que llamo Law & Economics [...] comienza con una aceptación agnóstica del mundo tal como este es, como el jurista lo describe. Luego analiza si es que la teoría económica puede explicar dicho mundo, esa realidad. Si no lo puede hacer, antes que acusar automáticamente al mundo como irracional, se hace dos preguntas. [...] ¿Los académicos del derecho que describen la realidad legal están viendo al mundo como es realmente? [...] ¿puede la teoría económica ser ampliada, puede hacerse más sutil, de forma tal que explique porqué el mundo real del derecho es como es?» (pp. 3-4).

La metodología del L&E demanda un inicial silencio valorativo, en pro de un análisis más detallado de la realidad jurídica. Como señala Calabresi, la primera pregunta busca encontrar errores cognitivos producidos por la discrepancia entre el mundo real (enormemente complejo) y el mundo legal; y sólo en ausencia de tales errores de percepción, busca ampliar o especificar la teoría económica, de forma tal que logre explicar un caso extraño o curioso, como el de la existencia de empresas antes de la publicación de *The Nature of the Firm* de Ronald Coase (p. 11). Como se ve, el agnosticismo valorativo puede redundar en grandes réditos, pues casos aparentemente irracionales son pasibles de lograr explicaciones más sutiles. Finalmente, la primera pregunta es la que llevó a Calabresi y Melamed a desarrollar la tipología de reglas que aparece en *Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad, reglas de inalienabilidad: un vistazo a la catedral*; por su parte, la segunda pregunta es la que gatilló el enorme desarrollo de las variantes conductuales de análisis económico del derecho.

Volviendo a la obra de Calabresi, a partir de la distinción entre AED y L&E, y a la aserción de que la teoría económica empleada para el análisis no tiene que ser necesariamente neoclásica, el autor aborda una serie de problemas desde el enfoque propio del L&E. Dichos problemas, que dan lugar a cada uno de los ensayos que componen el libro son (i) el de los bienes de mérito (*merit goods*), su tipología, y los costos morales asociados a estos, (ii) la interacción entre estructuras de mercado modificadas y estructuras centralizadas y semicentralizadas de asignación y distribución de bienes, y (iii) la consideración de ciertos bienes como medios a la vez que fines para la satisfacción de deseos, como en el caso de las acciones benéficas y las estructuras económicas implementadas para brindar caridad o beneficencia. Finalmente, en los últimos tres ensayos del libro se analizan (iv) otras funciones que cumplen las reglas de responsabilidad (*liability rules*), más allá de la restitución económica de la parte perjudicada, y (v) la cuestión de los gustos y valores, y cómo abordarlos adecuadamente desde una metodología de L&E.

El tratamiento de los temas y la calidad de los ensayos que componen el resto libro es desigual. Ello en parte se debe a que se trata de primeras aproximaciones a temas complejos que deberían iniciar futuras líneas de investigación. Asimismo, la calidad desigual se explica por el hecho de que varios de los temas abordados en el libro ya habían sido tratados en textos como *Tragic Choices*, libro que Calabresi escribió junto a Philip Bobbitt en 1978. Tal es el caso de los ensayos II, III y IV, dedicados al estudio de los llamados bienes de mérito, y en los cuales Calabresi desarrolla un marco teórico para ordenar la presentación de los ejemplos. Tales bienes son de dos tipos: aquellos que un considerable número de personas preferirían que no fuesen valorados a través de un sistema de precios, y que por ello generan un considerable costo social cuando así ocurre; y aquellos otros cuya valoración a través de un precio no es intrínsecamente negativa, sino sólo cuando son comerciados en un entorno de marcada desigualdad en la distribución de la riqueza (p. 26). Del primer tipo sería ponerle precio a la vida, mientras que del segundo tipo serían los mercados de órganos, de donaciones para campañas políticas o

la elección de ciudadanos para el servicio militar. En el primer caso, la sociedad decide excluir a ciertos bienes, dados los costos morales que estos generan, del mercado ordinario; mientras que en el segundo caso se puede optar por estructuras de mercado modificado o decisión centralizada por el gobierno u otras agencias. El rol del derecho en estos casos consiste en articular dichas elecciones sociales a través de un marco jurídico que consiste, a grandes rasgos, en reglas de inalienabilidad para el primer tipo de bienes, y reglas de propiedad y responsabilidad (*liability*) para el segundo tipo. Las combinaciones son variadas y se requiere de estudios de caso para profundizar en la riqueza del asunto. Por tomar un ejemplo, las estructuras modificadas de mercado que Calabresi considera para mitigar los efectos de la desigualdad respecto del segundo tipo de bienes de mérito son tres: variantes de un sistema de racionamiento como el que se empleó en Estados Unidos durante e inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, un sistema de impuestos y subsidios diseñado para mitigar los efectos de la distribución de la riqueza, y un mercado en el que el medio de intercambio no sea el dinero sino bienes como el tiempo (pp. 53 y ss.).

El capítulo VI es, desde el punto de vista del derecho de la responsabilidad civil, el más sugerente. En este Calabresi retorna sobre la discusión referente a los fines que buscan las indemnizaciones. Tradicionalmente se ha sostenido que las reglas de responsabilidad buscan emular el resultado que se habría obtenido si el responsable debiera pagar en un mercado libre: «El mismo uso del término “precio” en lugar de “penalidad” o “gravamen” para describir el monto colectivamente determinado que debe ser pagado para trasladar la titularidad refleja la misma asunción respecto a la emulación del mercado» (p. 118). Sin embargo, esta asunción resulta insuficiente para explicar la multiplicidad de usos que se hace de las reglas de responsabilidad en el derecho. Es por ello que Calabresi propone un estudio más atento y detallado, para luego proponer modificaciones en la teoría económica que subyace al derecho de la responsabilidad civil. En concreto, el autor argumenta que las reglas de responsabilidad se emplean (i) para emular el precio que se habría obtenido en una negociación libre, cuando esta se hace inviable debido a los costos de transacción involucrados, (ii) para incorporar en el cálculo de daños el valor privado que las personas asignan a sus posesiones (lo cual se logra a través de los llamados «daños punitivos»), (iii) para desincentivar ciertas conductas asignándoles un precio extremadamente alto, tan alto que las acerca a reglas de inalienabilidad, (iv) o para lo contrario del uso anterior, es decir, para asignar precios muy bajos a algunos daños, como aquellos producto de ciertos caprichos usualmente asociados a personas con mayor poder adquisitivo. Esta última función se acerca a la teoría del *cheapest cost avoider*, a través de la cual el precio del daño es trasladado a quien se encuentra en mejor condición económica para afrontarlo. Pero una segunda variante de daños infra-compensatorios se asocia más bien a la decisión colectiva de incentivar ciertas actividades mediante un traslado de titularidades (p. 121).

Finalmente, esta discusión exhibe un trasfondo filosófico-político que vale la pena mencionar: usualmente gobiernos de corte socialista tienden a retirar una mayor cantidad de ciertos bienes del mercado, y asignarlos a través de estructuras modificadas. La principal herramienta para el logro de dicha finalidad son las reglas de inalienabilidad. Por su parte, regímenes más cercanos al libertarianismo tienden a construirse sobre una mayor cantidad de reglas de propiedad, que asignan titularidades en una movida inicial y luego dejan al libre juego del mercado redistribuir dichas titularidades entre quienes más las valoran. Sin embargo, en la medida que esta perspectiva no toma en cuenta los costos de transacción asociados al intercambio, en la práctica las reglas de responsabilidad se emplean por regímenes en los que se trata de equilibrar libertad e igualdad, en suma, las reglas de responsabilidad son la herramienta predilecta de regímenes social-demócratas (p. 122).

El libro concluye con dos ensayos dedicados al problema de los gustos y valores, y su vinculación con la teoría económica y el derecho. En el primero (capítulo VII), Calabresi muestra dos actitudes inconsistentes que conviven en el tratamiento de gustos y valores por parte de algunos economistas: por una parte, afirman la neutralidad valorativa de la economía en tanto ciencia social, esto es, que en lo que concierne al mérito de gustos y valores, la economía no tiene nada que decir. Sin embargo, al mismo tiempo, los mismos autores tratan a estos gustos y valores como irracionales o no lo suficientemente interesantes como para prestarles atención. Para Calabresi es fundamental reconocer este sesgo, pues de esta manera el mismo se puede racionalizar: por ejemplo, es razonable afirmar que ciertos gustos no se tomarán en cuenta porque hacerlo implicaría complicar innecesariamente la tarea de modelamiento económico-matemático, pero, por otra parte, un argumento del tipo «no tomaré en cuenta el gusto X porque es irracional» parece una justificación inconsistente con las premisas de las que parte la teoría económica.

Sobre la cuestión de desechar a los gustos por las complicaciones asociadas, Calabresi conjetura una respuesta. Ciertos gustos, como el que los ciudadanos exhiben por el comportamiento altruista, no pueden ser satisfechos con bienes ordinarios del mercado y mediante un análisis de datos sobre precios. Por ello que los economistas no los tomarían en cuenta. Pero, por otra parte, algunos costos, como el costo moral externo de los bienes de mérito, traen problemas para el modelado económico: tal es el caso de los efectos en el sistema de utilidad de una persona producidos por reacciones en el sistema de utilidad de otra. Este sería el caso de los efectos que produce sobre una mayoría la aprobación de una ley que legaliza la existencia de un mercado de órganos.

Frente a estas complicaciones, Calabresi (capítulo VIII) concluye sugiriendo un tratamiento más franco y directo por parte de la literatura especializada: «Me gustaría que los académicos estuvieran dispuestos a plantear [...] asunciones sobre *valores* y luego trabajar las consecuencias de dichas asunciones.» (p. 169). En este terreno el ejemplo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU. parece relevante: ciertas decisiones

de la corte, como las de los casos *Brown v. Board of Education* (que estableció la inconstitucionalidad de las leyes sobre escuelas separadas para alumnos de raza negra y blanca) o la del caso *Roe v. Wade* (que estableció el derecho a continuar o no con un embarazo, como manifestación del derecho a la privacidad), funcionaron como mecanismos para modificar las actitudes y comportamientos de la colectividad frente a algunos temas polémicos. Es decir, en estos casos la Corte asumió abiertamente un conjunto de valores, y lo presentó a través de sus sentencias. Un efecto parecido se podría lograr en la teoría económica construida en la intersección entre el derecho y la economía, esto es, construir ciertos modelos partiendo de premisas valorativas, como las que Calabresi propone: asumir que en una determinada sociedad existen tres valores fundamentales (i) que más es mejor que menos de algo, (ii) que la sociedad tiene ciertas preferencias redistributivas, y (iii) que existe un deseo de crear o innovar por parte de los ciudadanos (pp. 161-163). De esta forma se puede promover dichos valores sin comprometer la neutralidad de la teoría. Esta es, finalmente, la propuesta del autor.

José Enrique Sotomayor Trelles
Departamento de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú