

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL DERECHO Y ECONOMÍA EN EL SISTEMA DEL COMMON LAW Y EL DERECHO CIVIL*

Entrevista a Guido Calabresi** Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

¿Cómo ha logrado tal arraigo el Análisis Económico del Derecho y el Derecho y Economía en la jurisprudencia norteamericana?, ¿por qué trasciende al país del norte y busca adecuarse a países que poseen un sistema jurídico distinto? En la actualidad el Análisis Económico del Derecho y el Derecho y Economía cobran cada vez mayor importancia entre los operadores jurídicos de nuestro país; sin embargo, aún subyacen ciertas dudas en torno a la aplicabilidad que podrían tener estas disciplinas en el Sistema de Derecho Civil.

En la presente entrevista Guido Calabresi realiza una diferenciación entre las disciplinas del Análisis Económico del Derecho y el Derecho y Economía. Comenta cómo son aplicadas ambas en el ámbito del Common Law. Asimismo, plantea las pautas para la aplicación de estas disciplinas en aquellos países que adoptaron el sistema jurídico del Derecho Civil.

* La entrevista fue realizada en el "Seminario de análisis económico del Derecho: ¿Solución al problema?" organizada por la Asociación Civil THEMIS. Las preguntas fueron hechas por el Doctor Alfredo Bullard, ex director de la Comisión de Contenido de THEMIS y socio del Estudio Bullard, Falla y Ezcurra - Abogados.

** Abogado por la Universidad de Yale. Magister por la Universidad de Oxford. Ex Decano y Sterling Professor Emeritus of Law and Professorial Lecturer in Law en la Yale Law School. Actualmente se desempeña como juez de la corte del circuito de apelaciones de Nueva York en los Estados Unidos además de seguir dictando en la escuela de derecho de la Universidad de Yale.

Guido es quizá uno de los mayores exponentes de lo que es el Análisis Económico del Derecho –casi le quitaría el quizá– y siempre tiene una particularidad: cualquier artículo que lean de él tiene la visión omnicomprendensiva del sistema legal económico. Siempre aspira a encontrar la piedra filosofal del sistema, así hable de responsabilidad objetiva, de culpa, de *cheapest cost avoider* –que tantas veces habrán escuchado en clase–, de trasplantes de órganos o de teoría legal. Siempre aspira a encontrar la piedra angular. Quizá el mejor ejemplo sea el artículo que ustedes más conocen: “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y reglas de inalienabilidad: un vistazo a la catedral”. Por eso creo que es oportuno –y hoy día vamos a hablar un poco de eso y vamos a abusar de la generosidad de Guido– comentar, además del libro, cómo ve él el análisis económico del Derecho y el Derecho y Economía en relación al rol del juez y al rol del legislador frente a dos sistemas que son distintos. Yo les confieso que una de las cosas que más me impactó es que cuando yo decidí estudiar cosas de Derecho y Economía pensé que era un mero interés académico pero tiene una importancia práctica muy importante en el ejercicio profesional, particularmente cuando uno tiene que decidir un caso. Ustedes saben que yo trabajé en INDECOPI decidiendo casos administrativos y ahora trabajo mucho como árbitro y la verdad, el Análisis Económico del Derecho me ayuda mucho a entender el centro del problema y encontrar muchas veces la mejor solución. No es lo único, hay muchos otros elementos. Los casos no se resuelven solo por Economía, Análisis Económico del Derecho y por Derecho y Economía pero sí ayuda a ver las cosas desde otra perspectiva. Ayuda –como dice el propio Guido– a entender que en el mundo donde los recursos son escasos desperdiciar es injusto y el Análisis Económico del Derecho nos ayuda precisamente a evitar el desperdicio. En consecuencia no voy a decir más y los voy a dejar con quien en realidad ustedes quieren escuchar, Guido Calabresi.

Muchas gracias a todos ustedes. Es una gran felicidad para mí ser parte de esta conferencia y poder estar allá a pesar de no poder estar en persona como quisiera haberlo estado. El solo ver los temas de responsabilidad civil extracontractual me hace desear estar con ustedes y el hecho que están presentando mi libro –un libro que ha generado esta conversación con THEMIS a través de los años– me hace querer llorar de felicidad. A Alfredo se le ve igual como cuando estaba acá hace veinte años cuando le toque la espalda, sigue siendo un muchachito y creo que por eso es el tipo de persona, el tipo de profesor que inspira a sus alumnos. Quisiera hablarles algunos minutos sobre un par de temas respecto al libro y del trabajo que yo he hecho en este tema. Se pueden decir muchas cosas pero me voy a tratar de concentrar en solo dos de estos temas. Uno de ellos es la diferencia entre el Análisis Económico del Derecho y Derecho y Economía; y la otra es algo que yo creo que es importante tomar en cuenta: El por qué ambos en Estados Unidos han sido utilizados por los jueces y los tribunales y por qué tenemos principios que pueden ser aplicados en todos los tribunales alrededor mundo. Ahora yo les voy a hablar un poco sobre cómo los jueces en Estados Unidos utilizan el Análisis Económico del Derecho y el Derecho y Economía; les voy a contar por qué nosotros empezamos a utilizar esto en el ejercicio de las actividades jurisdiccionales. Ahora, déjenme darles dos puntos que son los paradigmas de cada uno de ellos. Richard Posner representa lo mejor del Análisis Económico del Derecho ¿Qué nos dice Richard? Desde una perspectiva teórica –por si acaso, no como juez y sí como académico–, él toma la teoría económica y la utiliza para analizar, criticar, confirmar y cambiar la ley. La Economía es el motor y la teoría económica es la forma en que nosotros observamos el Derecho y los artículos; y nos dice si son correctos o incorrectos desde una perspectiva económica. Eso es muy importante porque le da una perspectiva que puede cambiar el mundo jurídico. La ley ya no es un sistema auto-contenido, un sistema que no puede ser criticado ni cambiado. Tenemos que tener algún elemento fuera de la ley que nos permita analizarla y mejorarla; y la Economía –según Richard y muchos otros incluyéndome a mí a veces y según qué artículo están leyendo– es una forma de hacerlo. Pero la Economía no es lo único, hay personas que hacen lo mismo desde la

perspectiva filosófica, histórica y desde la misma perspectiva de Richard. Se trata de ver cómo los problemas se analizan en la literatura donde utilizan estas diferentes perspectivas para analizar la ley. Esto se contrasta con el Derecho y Economía ¿Por qué? Para mí este paradigma lo representaba Ronald Coase –y yo también porque yo también he trabajado ese tema. Desde esta perspectiva esto es lo que sucede: el abogado o el institucionalista como Coase lo que hace es analizar el mundo real, las instituciones, ve muchas cosas y luego se pregunta: ¿La teoría económica puede explicar esto? ¿La teoría económica nos pueda decir si esto se puede resolver en el mundo real de tal y cual forma? Y si no lo puede hacer –bueno si lo puede resolver en hora buena–, en vez de decir que el mundo real es irracional, que es incoherente, que necesariamente tiene que ser cambiado, el abogado economista se pregunta lo siguiente: ¿La Economía, la teoría económica se puede cambiar de tal forma que nos ayude a explicar el mundo real? ¿Eso quebrantaría la teoría económica o la volvería más compleja? A ver, pensemos en la primera obra de Coase que es “La naturaleza de la empresa”. En ese entonces se decía que los mercados no tenían ningún costo, esa fue la premisa. Y siempre se recurría a la teoría económica cuando Coase dijo: “Si los mercados no tuvieran costos, no habría ninguna empresa, nosotros haríamos todo a través de contratos, no habría ninguna estructura de comando o de jerarquía como hay en las empresas”. Sin embargo, Coase dijo que sí hay empresas y la teoría económica no explica por qué existen. Podría explicarla muy bien si es que la teoría económica eliminara la premisa de que los mercados no tienen costos y asumiera que sí los tienen. Luego, partiendo de esa premisa podemos establecer por qué tenemos una empresa con un sistema de dirección acá, y por qué en una estructura de mercado distinta tenemos otro tipo de empresa. Entonces tomando esto en cuenta la teoría económica se cambió y fue mucho más poderosa. Ese fue el origen de otro artículo de Coase: “El costo social”, el cual habla sobre lo mismo –que la dirección de una empresa y los mercados cuestan y que el mercado cuesta menos que la dirección. Al haber hecho esto el abogado contribuyó a la Economía y como resultado de ello la Economía se hizo más sofisticada, más capaz de abarcar y abordar el mundo real. La teoría económica se benefició del análisis de la estructura legal no sólo en el área en el que empezó, sino que en otras

áreas. Ahora tenemos una teoría económica mucho más compleja. Ambas perspectivas son útiles, ambas nos dan mucha información. Espero que todos ustedes hagan un poco de cada uno de estos enfoques, en algunos casos será sumamente importante tomar la teoría económica y analizar qué nos dice sobre el Derecho pero existen otras áreas en las cuales la ley es una herramienta maravillosa que nos permite cambiar la teoría económica para que sea una teoría mucho mejor y así poder analizar mejor la ley utilizando estas herramientas. Puedo seguir hablando de esto porque estoy trabajando sobre este tema en la actualidad pero mejor pasemos ahora a otro tema.

¿Por qué el Derecho y Economía y el Análisis Económico del Derecho en Estados Unidos son enfocados tanto en los jueces en la actividad jurisdiccional? Bueno en cierta medida esto fue por accidente, no es que sucediera expresamente. Miren, yo estaba enseñando el curso de responsabilidad civil extracontractual – cuando empecé a hacerlo– y justo sucedió que Coase empezó a hablar de la propiedad –un tema que normalmente se enseña en las escuelas de derecho consuetudinario. Yo en mis clases de responsabilidad civil extracontractual utilizaba estos conceptos en relación con las personas que hacen las leyes de responsabilidad civil extracontractual. Por favor no me entiendan mal, yo como juez sé muy bien que en Estados Unidos los jueces no somos los artífices de todas las leyes –al contrario, hacemos muy pocas leyes– pero el hecho es que en algunas áreas en las que pudimos ejercer cierta influencia era la responsabilidad civil extracontractual. Hace cincuenta y cinco años, cuando yo empecé en esta actividad, eran los jueces los que tenían la iniciativa legislativa en este tema y en muchos Estados esto fue reconocido por las asambleas locales y asignaron la autoridad a los jueces de derecho consuetudinario de desarrollar la responsabilidad civil extracontractual. Es por eso que en este contexto era oportuno utilizar y recurrir al Análisis Económico del Derecho y hacer un enfoque desde la perspectiva de Derecho y Economía simultáneamente. Pero esto constituye solo un pequeño componente de la iniciativa legislativa en Estados Unidos, es muy distinto a la iniciativa legislativa en la mayoría de los países del mundo donde los jueces no tienen un rol tan preponderante en la iniciativa como sí la tenemos en los Estados Unidos –creo que nos distingue del resto

del mundo. Ha funcionado bien en Estados Unidos porque bastaba tener una resolución o una sentencia para que se implementara una nueva ley pero en el resto del mundo donde los jueces no tienen iniciativa legislativa principal o secundaria muchas personas comenzaban a preguntarse por qué los jueces hablaban de Análisis Económico del Derecho y Derecho y Economía. Y la gente no se daba cuenta de que ese tipo de análisis podía funcionar para otras partes del mundo si es que ese tipo de razonamiento podían utilizarlo los legisladores o cualquier entidad estatal que tuviera iniciativa legislativa. Mucho de lo que se dijo en Estados Unidos con respecto a los jueces –los jueces pueden hacer esto y no esto otro– podría haber sido traducido y adaptado a nuestras realidades locales en cada uno de nuestros países para que los que tienen la iniciativa legislativa pudieran aprovechar todo el análisis, todos los pensamientos, todos los avances que habían logrado los jueces en Estados Unidos. Ahora bien, es cierto que en Estados Unidos existen varias diferencias en cuanto al grado en que los jueces utilizan el Análisis Económico del Derecho y el Derecho y Economía, hay algunos jueces como Frank Easterbrook que piensan que la función primordial de un juez es hacer leyes; entonces, él lo que hace es recurrir al Análisis Económico del Derecho y Derecho y Economía para ir generando nuevas leyes. El dice: “Los jueces –incluyendo los jueces federales– deberían aprovechar de la iniciativa legislativa que tienen para ir creando leyes”. Pero eso es algo extremo; y, en todo caso, cada vez que lo hace, él recurre al Análisis Económico del Derecho y confirma lo que yo narraba en mis primeros artículos sobre los jueces cuando están tratando un caso sobre responsabilidad civil extracontractual. Pero existen otros jueces que no recurren tanto al análisis económico del Derecho porque dicen –como piensa Posner– que no es una función del juez. Frank Easterbrook sí piensa que los jueces tienen iniciativa legislativa pero él dice que cualquier inquietud hay que trasladársela a los legisladores. Yo soy juez hace 17 años, sigo enseñando, sigo escribiendo artículos, hago todas estas cosas –me pongo un sombrero distinto cada día– pero cuando yo estoy actuando como juez dependo menos de Derecho y Economía y del Análisis Económico del Derecho que Posner y Easterbrook porque tengo mucho cuidado –mucho más cuidado que las personas en Europa y en Sudamérica– en utilizar estas

herramientas, creo que el rol del juez federal está más limitado en la iniciativa legislativa. En otros artículos he hablado al respecto, yo pienso que el juez federal y muchos jueces están comprometidos en un diálogo con otras instituciones que tienen iniciativa legislativa. Nosotros tenemos que dar una resolución en un caso en función a la ley, a la ley tal cual está pero podemos llamar la atención de los legisladores, del poder ejecutivo y de los ministerios sobre aquellos temas que nosotros hemos detectado en el ejercicio de la actividad jurisdiccional que pueden ser mejorados o cambiados. ¿Esto qué quiere decir? Que en algunos casos yo voy a dar un dictamen que se basa en la ley tal cual está y aplicando los conceptos tradicionales europeos o latinoamericanos muy parecidos. Eso puede ser un caso pero en otro puedo dar un dictamen que sea totalmente distinto y dando mi opinión. Por ejemplo, en el caso de daños compensatorios digo: “Analicémoslo desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho ya que si aplicamos la ley tal cual está no es eficiente por lo que hay que cambiarla”. Luego di ese dictamen para que sea leído por los jueces y profesores. Esa es una forma en la que un juez en Estados Unidos – que sí tiene más poder de iniciativa legislativa que otros jueces en otras partes del mundo– utiliza esta facultad que al descubrir cómo se encaja en nuestros sistemas jurídicos internos puede ser muy provechosa. Estas son algunas ideas que quería compartir con ustedes pero también quisiera decirles lo siguiente. Yo empecé haciendo esto hace cincuenta y cinco años cuando entré a la Facultad de Derecho en mil novecientos noventa y cinco –o mil novecientos noventa y seis, ya no recuerdo exactamente. Mi primer artículo lo escribí hace más de cincuentaicinco años y uno pensaría que ya no hay mucho por hacer pero sí hay mucho por hacer. Hay tanto por hacer en el Análisis Económico del Derecho y Derecho y Economía que ustedes tienen que investigar. Yo dije que hay dos cosas importantes en la vida: Una es encontrar algo que sea divertido hacer y la otra es encontrar a alguien con quien puedan compartir su vida. En este mes de mayo, en unas semanas, mi esposa y yo vamos a celebrar nuestros cincuenta años de matrimonio. Nos vamos a Italia y cuando me preparaba para hablarles yo pensaba cuánto más de diversión voy a experimentar con mi esposa –hay tantas cosas más que vamos a vivir después de cincuenta años–, nos queda mucho camino por recorrer con mi esposa

y como profesional también. Si ustedes escogen el camino correcto creo que van a tener un buen futuro. Les deseo lo mejor en ambas áreas.

2

Guido no queremos abusar más de tu tiempo pero quisiéramos aprovechar para hacerte un par de preguntas: Una primera tiene que ver con las diferencias entre el Common Law y el Sistema de Derecho civil. Alguna vez le escuché decir al profesor Damaska que la diferencia entre el Common Law y el Derecho Civil es que el creador del Derecho en el Common Law suele ser el juez pero más importante que ser el juez es en qué circunstancias crea el Derecho –lo crea frente a un caso concreto. Él tiene personas de carne y hueso al frente y tiene que tomar una decisión sobre ese caso y eso le hace tomar una conciencia de realidad que es muy distinta a la que tiene el que crea el Derecho en el Sistema Civil. En el Derecho Civil quien crea el derecho es un individuo llamado el jurista y crea el Derecho sentado en una mesa con otros juristas discutiendo cuál teoría es la mejor y luego da un Código Civil ¿En esa disyuntiva primero coincides con ella? Y lo segundo es: ¿Si coincides con ella, cómo nos puede ayudar el análisis económico del Derecho en un caso y en el otro?

Lo primero es que no cabe duda que ambos son formas de crear la ley. Podemos crear la ley en un caso concreto y eso lo pueden hacer los jueces y los juristas pero lo principal es que estamos frente una situación real para resolver un problema específico y tomando en cuenta ese problema específico encontramos otro y vamos de abajo hacia arriba; es decir, que sobre la base de la experiencia damos la norma y esto se deriva de un caso específico. Eso sucede en un sistema como en Estados Unidos –incluso en jueces como yo– donde interpretamos la norma a la luz de los casos específicos y de lo que está sucediendo. Dentro de ello nosotros podemos contrastar la forma abstracta, la forma en que hablamos sobre la ley en términos generales y es así como se decide cómo debería ser esa norma. No creo que sea justo decir que el Sistema Civil solo lo hace a través de códigos y el Derecho consuetudinario sólo genera la ley

a través del caso por caso. De hecho ambos hacen un poquito de eso y un poquito de lo otro. En el sistema consuetudinario hacemos mucho más normas a través del caso por caso pero el hecho es que también tenemos normas que las hacen los legisladores que escuchan a los juristas y que toman decisiones en el abstracto. Una de las preguntas que nos tenemos que formular es cuáles áreas del Derecho se resuelven mejor en una arena filosófica con una discusión abstracta –que tiene la posibilidad de pensar en cosas lejanas de la realidad–; y luego, en qué temas debe ser utilizado el método del caso por caso. Esto no es solo un problema del Derecho. Allá en la Pontificia Universidad Católica del Perú existe una diferencia entre los jesuitas y la filosofía dominica. Tenemos en la Iglesia Católica dos enfoques que siempre han existido y pueden ser criticados. En un caso puede ser negativo y una teoría puede que no sea altamente respetada por lo que ambas tienen reflexiones, ambas tienen ideas que deben ser utilizadas. Ahora nosotros en nuestro caso utilizamos más los casos concretos a diferencia de los sistemas civiles. Ahora, ¿por qué en Estados Unidos se hace así? Por razones históricas, porque nos hemos basado en un sistema federal y por distintas razones. Bueno, Damaska que es un gran jurista que conoce la ley de Estados Unidos, de Europa y de la Unión Soviética también, entiende muy bien esta analogía porque es una forma fácil de visualizarla. Ahora, respecto a través de qué método debemos utilizar el Análisis Económico del Derecho y el Derecho y Economía, si bien es cierto que en Estados Unidos se han utilizado a través del caso por caso, en alguna medida es más apropiado para el modelo europeo utilizar el método abstracto porque puede encajar muy bien en el sistema de doctrina de juristas que están analizando qué reglas y normas deben elaborar. De hecho deberíamos revisar esto y determinar si es justo utilizarlas en un caso por caso pero yo les diría que deberían utilizarse más en un sistema donde se elaboran las normas de manera abstracta que en un sistema consuetudinario. Es una respuesta bastante larga a preguntas cortas.

3

Una última pregunta ya para cerrar este evento y poder despedirnos. En el Perú uno de los impactos que ha tenido el Derecho y Economía es que –por ejemplo– hay una ley que establece que si tu quieres presentar

un proyecto de ley al congreso, tiene que venir acompañado con un análisis del costo beneficio que determine cuál puede ser el impacto económico de la norma, lo cual es algo bueno. El problema está en que los congresistas cumplen con ese requisito de una manera muy tramposa. Lo que hacen es decir: “La presente ley no genera ningún gasto para el Estado y es muy buena para la sociedad”. Y así literalmente, dos líneas. Ese es todo el análisis costo beneficio. ¿Qué es lo que aconsejarías para que una disposición de ese tipo pueda realmente contribuir a mejorar la calidad de la ley en un país como el Perú?

Dudo en hablar sobre cómo mejorar las políticas del Perú y además no puedo hacerlo, estoy prohibido de hacerlo. No puedo hablar de cómo se mejora la política en Estados Unidos tampoco, como juez estoy prohibido de hablar sobre ese tema. Sin embargo podría decir lo siguiente: Nosotros como juristas tenemos la obligación de decir la verdad, la verdad según la percibimos; y al hacerlo no nos sentimos contentos cuando los políticos no nos hacen caso. Pero nosotros tenemos que decir que –para bien o para mal– los políticos en todas partes del mundo responden a cosas que los juristas no vemos. Si nuestra libertad radica en hacer este análisis de costo beneficio caiga lo que caiga, el legislador o el juez deben asegurarse que no caiga lo que caiga, que no se caiga el cielo si es que hay un cambio. Eso significa que el legislador puede ignorar al jurista y tiene que ser capaz de ignorarlo. A la larga lo que el jurista va a

decir probablemente va a demostrarse que es cierto pero va a tomar tiempo y no nos deberíamos molestar con los legisladores cuando ellos dicen ahora no. Yo escribí un artículo hace muchos años que se llamaba “Las decisiones de los absolutistas” y en ese artículo yo señalaba que vale la pena sufrir algunos accidentes porque cuesta demasiado evitarlos. El New York Times escribió una editorial en ese entonces diciendo que eso era una tontería, que cuando la seguridad estaba involucrada no importaba cuánto dinero se tuviera que invertir. Yo casi le escribí una carta diciéndoles que me alegraba mucho ver eso. Esto significaba que sus camiones de reparto de periódicos no iban a manejar a más de cinco kilómetros por hora para repartir el periódico –si es que estamos diciendo que la seguridad es más importante que cualquier otra cosa, entonces tenían que hacerlo. Nunca les escribí la carta. Déjenme decirles por qué. Me di cuenta de que el New York Times decía algo más. Ellos dijeron lo que dice el legislador o el juez cuando dicen: “No puedo simple y llanamente tomar lo que han dicho los juristas”. Ahora, el problema que señala Alfredo es con frecuencia que el legislador no lo hace para beneficio del país, sino para beneficio personal o para beneficiar a las personas que votaron por él. Entonces el jurista tiene que criticarlo pero al hacerlo debe comprender que a veces el legislador nos está llamando la atención para que nos enfoquemos en aquellas cosas en las que los juristas –ya sea Ronald Coase, Richard Posner, Alfredo Bullard, no importa cuán eruditos sean– puedan tener un error en una democracia. Porque estamos en una democracia, entonces tenemos que darles el beneficio de la duda.