

Entrevista a Guido Calabresi

Guido Calabresi es, desde el año 1985, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. Siendo uno de los juristas más destacados de los Estados Unidos, el profesor Calabresi encuentra su principal campo de investigación en la Responsabilidad Civil Extracontractual y el Análisis Económico del Derecho. Calabresi es autor de una vasta obra doctrinaria, dentro de la cual destacan las siguientes publicaciones: "The Cost of Accidents", "A Common Law for the Age of Statutes", "Ideals, Beliefs, Attitudes and Law".

A continuación les ofrecemos la entrevista que, en el mes de marzo, el profesor Calabresi gentilmente concediera a THÉMIS.

La presente entrevista fue preparada, realizada y traducida por Enrique Felices Saavedra.

THÉMIS-Revista de Derecho agradece especialmente a los doctores Alfredo Bullard G. y Luis Carlos Rodrigo P. por la valiosa ayuda brindada en la preparación y realización de la entrevista.

Thémis: ¿Cuáles son, desde su punto de vista, las funciones básicas que debe cumplir un sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual?

Calabresi: Desde mi punto de vista un sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual debe cumplir cuatro funciones básicas.

La primera de ellas debe ser la reducción de la suma que representa el costo de los accidentes y el costo de la seguridad. Para esto se requiere la decisión de ejercer sobre las personas la presión que las induzca a adquirir medios o mecanismos de seguridad que les sean útiles y cuyo costo sea menor que el de no poseerlos. Se necesita también reducir los accidentes.

La segunda función consiste en otorgar la debida compensación a las víctimas de los accidentes, lo cual debe hacerse brindándoles una cobertura similar a la que proporciona, en otro campo, el Seguro Social. Pero este sería un sistema de seguro muy especial, porque además de cubrir los costos del daño causado a las víctimas, debe contar con capacidad para influir de manera efectiva sobre los que desarrollan actividades riesgosas, a fin de que tomen las medidas que permitan reducir dichos costos.

Una tercera función del sistema sería la de moldear las preferencias o hábitos de las personas. Como el Derecho, inevitablemente, forma nuestros valores, ello nos obliga a pensar en términos de la manera en que las leyes sobre Responsabilidad Civil Extracontractual contribuirán a formar nuestros

valores; a pensar en torno a aquellas cosas que hoy consideramos como propias, pero que pasarán al dominio público; y, a reflexionar acerca de aquello que terceras personas tienen realmente el derecho de hacer.

La cuarta función se refiere al objetivo de cumplir las funciones antes detalladas en una forma que no resulte onerosa. La meta sería, por lo tanto, la de reducir los costos administrativos de la prevención de accidentes, del otorgamiento de las compensaciones y del trabajo de moldear los hábitos y preferencias.

El conjunto de todo lo mencionado es lo que llamamos justicia. Por cierto, la justicia es todo eso y mucho más, y por ello el objetivo de las leyes de Responsabilidad Civil Extracontractual es la justicia, pero lo hemos fraccionado aquí en funciones para tener un medio que facilite su mejor análisis.

Thémis: Podría afirmarse, como lo hacen algunos, que el Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual ha fracasado en nuestro país: el Sistema no cumple con compensar a las víctimas ni ayuda a distribuir el riesgo en forma eficiente. Teniendo en cuenta la diversidad de las causas que subyacen a este fracaso ¿Cómo cree usted que debería reconducirse nuestro Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual?

Calabresi: Veamos, todo depende de si se puede obtener o no, un sistema de seguros distinto pero

que proporcione cobertura a la sociedad y tome a su cargo el cuidado de las víctimas de los accidentes. Si se cuenta con ello, será posible concentrarse en un sistema que reduzca el costo de los accidentes. Si, en cambio, nos encontramos en un país donde resulta difícil implantar seguros con esos alcances, será necesario entonces incorporarlo a las leyes sobre Responsabilidad Civil Extracontractual.

Ahora bien, existen otros medios para reducir la suma de los costos que ocasionan los accidentes y de los costos en que se incurre para evitarlos. Esto puede lograrse, por ejemplo, a través de dispositivos de las leyes penales, siempre y cuando estas leyes funcionen realmente en una sociedad específica. No conozco lo suficiente sobre el Perú como para sentirme capaz de dar una opinión en este respecto, pero intuyo que en una sociedad como la peruana puede ser más fácil manejar la compensación por daños que implantar mecanismos de prevención de accidentes que realmente funcionen y que tengan suficiente independencia frente a eventuales presiones del gobierno, ya que esa es la garantía de que los incentivos para la reducción de accidentes funcionarán en la realidad. Frente a este panorama, yo tendería a concentrarme en la primera de las metas; es decir, en lograr la debida compensación por los daños.

Thémis: En relación con lo anterior, y entendiendo que la eficiencia de un Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual depende, tanto de un marco de leyes sustantivas como de los medios que existen para hacer cumplir dichas leyes, ¿Cuál de estos dos factores privilegiaría usted en un período de transición hacia la consecución de la eficiencia de ambos?

Calabresi: Yo me concentraría en cambiar los medios de que se dispone para hacer cumplir la ley, porque pienso que tener leyes cuya aplicación no es factible y a las cuales no se les puede hacer cumplir, es peor que no tener nada.

Yo sé de personas a quienes les agradaría que todas las leyes estuvieran escritas, como declaraciones de ideales, y pienso que en algunas ocasiones eso es algo que produce buenos resultados. Pero no me parece que ése sea el caso de un país como el Perú. Pienso, mas bien, que si existe aunque sea un pequeño número de leyes que no están destinadas a ser cumplidas, sino simplemente a expresar ideales, lo que se obtendrá como resultado es una horrenda cantidad de leyes ineficaces que lo único que harán es llevar al desprestigio a todo el conjunto legal y volver casi impracticable la posibili-

dad de obtener algún avance o logro en el campo del cumplimiento de la ley. Por estas razones yo dedicaría mis primeros esfuerzos a la obtención de un sistema legal que permita aplicar y hacer cumplir las leyes que son realmente importantes.

Thémis: ...y dentro de esto, ¿Cuál sería la función que tendrían que cumplir los seguros?

Calabresi: Bueno, los seguros desempeñan varias funciones de suma importancia. La primera de ellas se origina en que si no hubiese seguros las personas se encontrarían en una situación tal que, si hicieran algún daño por causas que están fuera de su control, ellas tendrían que hacerse cargo de todos los costos que se deriven de ese daño. En esas ocasiones, es muy probable que las personas no estén dispuestas a participar en actividades perfectamente apropiadas, pero acerca de las cuales no se puede afirmar con certeza que no resultarán siendo riesgosas. Por ejemplo, en mi caso particular, si no pudiese tener un seguro yo no manejaría automóviles.

Es evidente que el propósito de los seguros no es, en este caso específico, el de evitar que las personas conduzcan automóviles, sino que lo hagan en vehículos más seguros y en una forma más segura, para lo cual deben establecer ciertas categorías de medición de la capacidad que poseen las personas para conducir automóviles.

Algunas veces se piensa que si no existiesen seguros la prevención de accidentes funcionaría mejor porque las personas se sentirían intimidadas, pero lo cierto es que la prevención basada en el temor no produce buenos resultados. En efecto, la intimidación o la amenaza originan que las personas dejen de realizar actividades útiles para todos por el temor de verse involucradas en algo sobre lo cual no tienen control.

Lo que hacen los seguros es permitir que cada uno de nosotros se ubique en categorías de riesgo para cuyo valor somos merecedores de confianza. Y en ese sentido posibilitan y simplifican tanto la compensación - porque habrá un fondo disponible para atender las compensaciones - como la prevención de accidentes.

Sin seguros no puede existir un sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual capaz de cumplir las funciones acerca de las cuales hemos hablado durante esta conversación. Si no se cuenta con seguros, lo más probable es que se deba tener un sistema parecido al de la seguridad social, pero des-

tinado a proporcionar compensaciones a las víctimas de los accidentes. Este sistema, que a su vez sería parte del sistema general de bienestar de la nación tendría que establecer escalas de multas que sean lo suficientemente elevadas como para poder sostener el sistema e incentivar a las personas a actuar más cuidadosamente, pero que no sean tan altas que inhiban a la gente de actuar o, por ejemplo, de conducir automóviles. Pienso que éste es un enfoque distinto del que hemos estado comentando, pero no creo que en ningún caso pueda producir resultados mejores o más efectivos que los pueden obtener con un sistema bien implantado de Responsabilidad Civil Extracontractual, y dotado de seguros.

Thémis: El mercado de seguros en el Perú es, por decirlo de alguna manera, bastante reducido; ni aun la utilización de los seguros para vehículos es muy difundida. ¿Incentivaría usted el uso de los seguros en un país como el Perú?

Calabresi: Yo haría obligatorio el seguro para conductores de vehículos, por varias razones. La primera de ellas es que con ello se crearía un mercado que, al no estar limitado a las empresas locales, puede atraer capitales del exterior. Una segunda razón es que la existencia de estos seguros contribuiría automáticamente a elevar el nivel que tienen actualmente las compensaciones por daños. Anteriormente, en esta conversación, me han informado que la mayor parte de estas compensaciones se pactan en el Perú informalmente y por montos muy bajos. La explicación de esto es que si la gente tuviese que pagar montos que representasen una compensación real, las personas no aseguradas quedarían totalmente marginadas de la posibilidad de conducir vehículos, y eso no estaría bien. Por este motivo y por el anterior, creo que la llegada de los seguros podría proporcionar un tipo de máquina que impulse realmente el sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual en una buena dirección.

Thémis: Lo que usted dice es muy interesante pues, precisamente, en el proyecto de reforma que precedió a la dación de nuestro actual Código Civil se presentó una propuesta para que los seguros fueran obligatorios. Quienes se opusieron fueron, curiosamente, las compañías de seguros...

Calabresi: Ello se debió, seguramente a que tenían temor a la regulación y, también, a la competencia extranjera. Yo estoy seguro que las compañías de seguros en el Perú son un grupo pequeño que se sentiría bastante más cómodo si pudiese continuar

con su mercado actual y no se les pidiese mucho más. En estas condiciones, es muy probable que con la apertura de los mercados estas compañías se vean sobrepasadas, especialmente si incursionan en el Perú compañías de otros países.

Thémis: La responsabilidad por productos defectuosos -y la protección al consumidor que en ella subyace- ha adquirido en los Estados Unidos una particular importancia. En nuestro país, en cambio, pensar en un sistema similar aparece como poco probable. Esto debido, entre otras cosas, a que la actividad comercial es desarrollada principalmente por agentes informales. En su opinión, ¿Podría funcionar un sistema de responsabilidad por productos defectuosos en el Perú, a pesar de las condiciones mencionadas?

Calabresi: En este campo hay un problema serio, porque cuando el comercio legítimo se convierte en algo extraordinariamente costoso, la gente comienza a evadirlo y se crea un mercado informal que opera bastante bien, pero a partir de allí se pierde la capacidad de establecer cuales son las obligaciones de unos respecto de los otros. Esto es algo que necesariamente tiene que ser corregido.

En este caso nos vemos confrontados una vez más, a la noción de la ley como declaración de ideales. Pese a que las leyes expresan toda la variedad de requerimientos ideales sin los cuales una persona no puede dedicarse al comercio, en la práctica nadie se preocupa por cumplirlas y sólo se logra de ellas algo que está completamente fuera del sistema legal.

Ahora bien, implementar un sistema de responsabilidad por productos como el nuestro es algo muy difícil. Este sistema implica que si alguien resulta lesionado tiene la posibilidad de demandar a las personas de quienes adquirió los productos, aun en el caso de haber efectuado la compra al margen del sistema legal, y por otro lado, otorgar una amnistía al demandante -o sea a la persona damnificada- de tal manera que no tenga la necesidad de preocuparse por una eventual penalidad. Este procedimiento pondría una doble presión sobre el demandado porque mientras él se encuentra incurso, de improviso, en una acción delictiva la otra parte está protegida y además lo puede demandar. El único problema que habría en este caso es que se crearía una auténtica crisis ya que una de las pocas cosas que funcionaría dentro del sistema sería la economía informal. Por lo tanto, si la crisis ocasiona un derrumbe total no se logrará una situación mejor a la anterior. En cambio,

si con la crisis se logra eliminar algunas torpes trabas para la obtención de licencias se habrá obtenido varias cosas: facilitar que se demande al vendedor y amnistiar a quien efectuó la compra y, además volver más razonable el otorgamiento de licencias. Se puede decir, entonces, que se ha conseguido algo.

Thémis: Cambiando de tema y teniendo en cuenta la diversidad religiosa existente tanto en los Estados Unidos como en nuestro país, ¿Cree usted que la Responsabilidad Civil Extracontractual debería tomar en cuenta las creencias religiosas de las personas como elemento de análisis, por ejemplo, para determinar la negligencia de los sujetos?

Calabresi: Bueno, ese es un tema muy importante en un país tan diverso como los EEUU, porque el comportamiento de las personas está influenciado, evidentemente, por sus creencias religiosas.

Pero, sobre este aspecto la pregunta central es la siguiente: ¿Hasta qué punto podemos imputar responsabilidad a una persona que causa un daño como resultado de un comportamiento que -aunque podría aparecer absurdo, y nada razonable, si fuéramos Ud. o yo quienes lo realizáramos- es consecuencia de sus creencias religiosas?

Lo que ha sucedido en los EEUU es que se ha llegado a una suerte de compromiso, tal vez un tanto gracioso, para los casos en los que la conducta de los individuos se vea determinada por sus creencias religiosas. En este sentido, si una persona recibe un daño como producto del actuar poco razonable de otro, es muy posible que las Cortes y Jurados tiendan a obviar cualquier consideración en torno a la influencia de las creencias religiosas en el comportamiento de la víctima; resarciéndola en función al actuar del causante del daño.

Por el contrario si alguien causa un daño a otro como resultado de sus propias creencias religiosas, las Cortes dirán que éste es responsable.

Así, entonces, se da un tratamiento diferenciado, dependiendo de quién sea la víctima o el causante, debido a que nos encontramos profundamente divididos en el tema. Nosotros no queremos que algún inocente sufra como consecuencia de las íntimas creencias de otros; es por ello que concedemos indemnizaciones. Pero a nosotros tampoco nos interesa desproteger esas íntimas creencias; por ello les concedemos reparaciones aún cuando la otra persona haya sufrido un daño.

En un país como el Perú, y en la medida en que existe una religión que goza del respaldo del Estado -al menos en la práctica-, resulta mucho menos probable que se protejan creencias distintas a esta religión.

Thémis: Hay quienes sostienen que los partidarios del análisis económico del Derecho han tendido a exagerar sobre los alcances y la relevancia de su enfoque; y que han pretendido aglutinar fenómenos de la más diversa índole dentro de simples formulaciones reduccionistas. ¿Qué piensa usted al respecto?

Calabresi: Este ha sido, ciertamente un peligro en nuestro país y, cabe reconocer, que la escuela de Chicago ha tendido a hacer eso. Por lo que a mí respecta, siempre he tratado de entender al análisis económico del Derecho como una de las muchas posibles vistas de la Catedral.

Creo que el análisis económico del Derecho es realmente útil y tiende a serlo aún más, conforme se va alejando de los parámetros de la economía tradicional y clásica; conforme adopta en su elaboración criterios de distribución, los que implican que se moldeen los hábitos o preferencias de las personas.

Es ridículo pensar que todas las ramas del Derecho compartan como objetivo común la consecución de un logro económico; y aún más, el pensar que lo único que concierne al Derecho es la búsqueda de una potencial eficiencia.

Por otro lado, es también absurdo pensar que el Derecho -incluso en materias que se encuentran tan alejadas como el Derecho de Familia,- no se interesa en evitar que se desperdicien recursos. Así, vemos que hay siempre presente un elemento económico en áreas como la anteriormente mencionada que, tradicionalmente, han estado muy distantes de lo que pueden ser el Derecho Tributario o el Derecho Comercial.

Sin embargo, mientras más nos alejemos, más tendremos que introducir -en forma relativamente rigurosa- algunas variables no económicas. Esto es lo que yo trato de hacer en mi propio trabajo, en contra de lo que hace gente como Richard Posner. Por ello mi trabajo tiende a ser menos formalista, menos reduccionista y, por lo tanto, más difícil. Una persona no puede simplemente introducir todos los ingredientes dentro de una máquina y producir un embutido, que es lo que a veces le sucede a Richard Posner: sin importar lo que sea, todo entra a una máquina como un mismo ingrediente y sale trans-

formado en un mismo embudo. Uno debe ser mucho más honesto.

Lo difícil en este caso es que muchos abogados-economistas preferirían ser realmente economistas tradicionales, olvidando que hay una buena razón para que el análisis económico del Derecho sea distinto a la economía.

Thémis: ¿Qué futuro ve usted en el análisis económico del Derecho?

Calabresi: Creo que van a suceder dos cosas que ya hoy están aconteciendo en los EEUU. En un nivel académico, aquéllos llamados abogados-economistas tenderán a dedicarse a una tarea de reduccionismo y formalización. Esto, debido a que les hace más fácil producir más, y obtener nombramientos y accesos a plazas de trabajo en forma más rápida.

En un sentido, este análisis ha sido aplicado por el legislativo, las cortes y los abogados. Estos tienden a ver más el lado del análisis económico del Derecho que cualquier otro enfoque. Sería realmente interesante y útil que quienes critiquen este enfoque reduccionista sean los mismos abogados-economistas, para que pudieran decir "conocemos el juego, sabemos como jugarlo y lo hacemos tan bien como ellos pero, francamente, no creemos en él".

Creo, sin embargo que un gran número de los académicos serán más proclives a tener a la escuela de Chicago en mente; y yo no estoy necesariamente en contra.

Thémis: En relación con la pregunta anterior, ¿cómo ve usted el desarrollo de corrientes jurídicas alternativas como el "Critical Legal Studies" o el "Law & Feminism"? ¿Cree que ésta última -muy difundida actualmente- ha sobrepasado en alguna medida a las otras dos?

Calabresi: No, aunque en cierta medida podría comprender que alguien lo pueda sostener. Lo que sucede, es que hoy las más grandes contribuciones al análisis económico del Derecho ya han sido hechas. En este momento la gente se dedica a "digerir" los aspectos más importantes del tema, completando los pequeños detalles y realizando aportes que podrían calificarse como de segundo y tercer nivel. Esto es muy útil, pero no es la clase de "pintado de brocha gorda" que se hacía cuando yo comenzaba, y que posiblemente se haga dentro de un tiempo.

Ahora bien, esto no quiere decir que actualmente

exista menos gente dedicada al estudio del análisis económico del Derecho. Por el contrario, aunque en las nuevas generaciones son muchos los dedicados al tema, son muy pocos los aportes realmente importantes que recientemente se han hecho. Si se ven los nombramientos hechos para la Facultad de Derecho de Yale de gente que se encuentra entre sus 40's y sus 50's, podrá apreciarse que tienen un profundo conocimiento del análisis económico, debido en parte, a que ellos mismos contribuyeron en la formación de este enfoque. Si por el contrario, se ven los nombramientos hechos a gente que bordea los 30's, se verá que no tienen un conocimiento tan profundo como los anteriores; y, esto no se debe a que tengan prejuicios en algún sentido, sino que simplemente habiéndose agotado muchos de los temas a investigar, la materia resulta siendo menos interesante.

El "Critical Legal Studies", por su parte, ha tenido una vida bastante más corta y en cierta medida menos interesante; aunque no podemos dejar de reconocer que fue muy útil. Sus concepciones podrían ser agrupadas de dos formas: la primera de ellas correspondiente al realismo jurídico -que en mi opinión necesita ser replanteada cada una o dos generaciones- y eso estaba bien, pero el problema con esa perspectiva era que una vez planteada y aceptada, no había mucho más por hacer con ella. Es por ello que el "Critical Legal Studies" tuvo mucho más arraigo en Harvard que en Yale, y explica el por qué quienes lo llevaron a Harvard eran graduados de Yale, pues en ese tiempo la Facultad de Derecho de Yale aún permanecía abierta al realismo jurídico. Esto explica también por qué cuando la gente de Harvard viene a Yale a difundir las concepciones del "Critical Legal Studies" la respuesta que obtienen es la de "¡pero por supuesto, eso lo damos por descontado!"

La segunda forma en la que pueden ser agrupadas sus concepciones está relacionada con la importancia que tiene en la formación de los valores de las preferencias y del rol que tiene el Derecho en la formación de ideales. Estos fueron objetivos genuinos del "Critical Legal Studies" pero, lamentablemente, la falta de herramientas necesarias de sus partidarios impidieron su mayor difusión.

Abundando en el tema de "Law & Feminism", lo considero un movimiento muy importante, y está aún en sus etapas de gestación, -cuando aún se está pintando con la brocha gorda- y por ello es más interesante. ¿Qué sucederá finalmente con él? Es difícil decir. Es un error considerarlo como un enfoque básicamente nuevo en su acercamiento.

He dado una conferencia, y si tengo tiempo la escribiré en este verano, en la que afirmo que han existido cuatro maneras básicas de acercarse al Derecho que han sido dominantes en los Estados Unidos, al menos en este siglo y probablemente en el anterior. El primero es el "formalismo" o "doctrinalismo" por el cual la ley y la ciencia jurídica deben preocuparse sólo en ser consistentes, coherentes. No necesitamos preocuparnos de las reglas provenientes del pasado ni de los valores de los cuales provienen; todo lo que debemos hacer es racionalizarlas. Esa fue la tendencia dominante en muchos sistemas legales europeos y sospecho que probablemente es la figura más dominante en el Perú.

Como una reacción a ello surgieron los diversos movimientos "Law &..." Dichos movimientos quisieron encontrar valores fuera de la estructura legal por lo que los buscaron en la economía, la filosofía o en la psicología; cómo acercarse al análisis depende de si se está haciendo desde la economía o desde la psicología, y si uno se aproxima desde la economía dependerá de si se hace al estilo Chicago, de Yale, etc. Todos ellos difieren uno de los otros; sin embargo se encuentran más cercanos entre sí que al "formalismo".

La tercera manera de acercarse al Derecho, que su vez surgió como una especie de reacción contra "Law and...", es la que se conoce como el "Legal Process Movement". Este movimiento no se preocupó tanto en definir la sustancia de la ley como en establecer quién era quien debía decidir. ¿Quién debería tomar las decisiones? ¿Debería ser acaso, la legislatura, la ley o los agentes administrativos? Ello implica que la ley y la ciencia jurídica deberían enfocar en quién debe decidir más que en cuál debe ser la respuesta. De esta forma la ley debe ser autónoma, pues no depende de valores externos o de doctrinalismo.

La cuarta manera de aproximarse a la ley es lo que yo llamo "Law and Status". Utiliza cada uno de los movimientos anteriores pero siempre está preguntándose cómo afecta la ley a un grupo en particular. Doctrinariamente se puede afirmar que la ley es de una forma determinada, pero observándola desde la perspectiva particular de un grupo, puede resultar muy diferente. Históricamente "Law and Status", ha estado relacionado con la ley y la élite en el siglo XIX.

En ese entonces podía verse cómo la Ley realmente afectaba a los elegidos con prescindencia de los demás.

En el presente siglo, el "Law and Status" se vio reflejado -en especial durante el período del "New Deal"- en materias relacionadas con el "Law and Labor"; no necesariamente "Ley y los pobres", sino más bien en lo referente a la relación de la ley con el movimiento laboral o los sindicatos. La pregunta que se hacía era ¿cómo afecta la ley a todo esto? Mucho de lo escrito durante el "New Deal" con los estudiosos de la Ciencia Jurídica enfocó esta temática.

En los Estados Unidos el movimiento más importante de esta naturaleza -el cual aún es de suma importancia- es "Law and Race". El breve período de "Law and Poverty", durante la administración de Johnson, bastante breve, se basó en el estudio de cómo la ley afecta al pobre y no cómo la ley afecta al trabajo ni cómo la ley afecta a los grupos raciales o a los grupos étnicos.

Hoy en día existen dos movimientos de gran significancia. Uno de ellos de bases más amplias que el otro que se interrelaciona con otras disciplinas, pero ambos sumamente interesantes: "Law & Sexual Orientation" y "Law & Feminism".

Digo todo esto porque de otra forma uno tiende a pensar que el Análisis Económico del Derecho está totalmente desvinculado a todo lo demás. En realidad, se trata de una sub-especie del nuevo "Legal Process", al igual que "Law and Feminism". Se trata de una nueva perspectiva, al igual que el Análisis Económico del Derecho es una nueva perspectiva, pero en una categoría en particular.

En la Conferencia que yo dí, que quieren muchísimo que publique, alguien me preguntó, sobre cómo cada una de estas formas de aproximarse responderían a la pregunta de si somos propietarios de nuestro cuerpo, ¿es tu riñón realmente tuyo o es de la persona que lo necesita?, ¿es tuya tu médula espinal o de la persona que la necesita? ¿Cómo enfocaría un formalista este tema? ¿Cuáles serían las diferencias? Resulta que van todas en gran medida hacia una misma dirección. El liberal considerará que la persona que lo tiene el órgano es su propietario, pero esto no es siempre cierto.

¿Qué opinarían los "Law & ..."? Claro, dependería de cuál "Law and..." el abogado economista de la Escuela de Chicago inmediatamente preguntaría sobre la eficiencia: ¿quién cuidaría mejor mi riñón, tú o yo?, ¿hay demasiados riñones?, tenemos demasiadas médulas espinales?, ¿cuál sería la respuesta apropiada?. La Escuela de Yale, de

inmediato preguntaría, cuál sería el efecto de ello en la distribución del riesgo y una serie de otras preguntas que son un poco más complicadas. Ellos dirían que no es sólo una cuestión de si yo cuidaría del mío, sino quizá, que yo sería menos cuidadoso con mi riñón si supiera que puedo conseguir uno nuevo. Pero si por algún motivo yo requiero cuidar de mi corazón o de mi riñón, sabiendo que no puedo conseguir uno nuevo, entonces quizá, no necesitaríamos preocuparnos por ello.

La versión del Análisis Económico del Derecho desde el punto de vista del Critical Legal Studies" se preguntaría ¿cuál es el efecto en la formación de valores?. Si la persona que lo necesita, lo posee, tenderá a actuar más como una familia, lugar donde las personas tienden más a donar sus órganos. Si en vez de ello uno pretende ser dueño de su órgano tenderá a ser más individualista, más liberal, y todo ello tiene sus consecuencias. Todas son formas de ver el Análisis Económico del Derecho, el cual integra el movimiento "Law &..." pero nótese cuán diferente es este enfoque del formalista. Luego observemos el fenómeno en los términos de un filósofo de Derecho, preguntas muy distintas, fuentes de valor muy distintas de las de un Abogado Economista, y sin embargo diferentes entre sí mismas; un kantiano, un marxista, o un cristiano lo observan todo muy diferente. Cada enfoque filosófico del "Law &..." es diferente uno del otro y de otra manera diferente del Análisis Económico y sin embargo forman todos parte de la misma especie en relación al formalismo.

La Escuela del "Law and Legal Process" preguntaría si este tipo de asunto es altamente técnico para que entonces sea un agente administrativo quien decida, o si esta pregunta o el asunto envuelve discriminación (de tal forma que una legislatura es menos buena que la Corte), o si la cuestión analizada refleja una intensidad de sentimientos muy importante donde habrían negociaciones e intereses (Yo te doy para esto si tú me das para esto otro) o si es de tal naturaleza que la intensidad de los sentimientos no importa, por lo que un jurado sería un mejor representante de los puntos de vista del pueblo. Observe cuán similares son entre sí y al mismo tiempo cuán diferentes unas de otras, y qué diferentes son de las preguntas del "Law & ..." ¿Dónde es que la ley establece algo?, el "Law & Status" interviene, se hace todas estas preguntas y piensa, bueno quizá desde el punto de vista formalista la persona que tiene el órgano es propietaria de él, pero desde el momento en que empiezas a pensar en los términos de "Law and Race" uno de inmediato piensa en esclavitud. Bajo la esclavitud de ninguna manera era la persona que tenía el

órgano la propietaria de éste. Tanto la parte sexual como física de los cuerpos de los esclavos pertenecían al amo.

"Law and Feminism" diría que los hombres son propietarios de su cuerpo pero las mujeres no. La ley prohíbe el aborto, los hombres no están obligados a donar sus órganos, pero las mujeres sí para ayudar a otras personas. Leyes que establecían que no podía haber violación de la libertad sexual dentro del matrimonio; leyes que compensaban los daños que una mujer pudiera haber sufrido por parte del marido, todas estas formas de decir que la mujer no era propietaria de su cuerpo desde un punto de vista formalista.

Yo llamo este estudio una "Introducción a la ley" porque ayuda a aquel que está recién ingresado a las leyes y que escucha todos estos diferentes movimientos, para que pueda ordenarlos y comprenderlos.

Thémis: Algunos estudiosos del Análisis Económico del Derecho - entre ellos Thomas Uten - han señalado que la eficiencia es un objetivo social secundario, siendo la justicia el primario; pero entendiendo a la justicia como aquella que se obtiene como resultado de una primera distribución de bienes, servicios y derechos. Ellos mismos afirman que el análisis económico no puede manejar problemas relacionados con esa primera distribución, (por ejemplo, la elaboración de una Constitución).

Teniendo en cuenta que nuestro país atraviesa un período de reforma constitucional ¿cuánto puede decir el análisis económico sobre materias constitucionales y, en especial, sobre la elaboración de una nueva Constitución?

Calabresi: Considero que existen dos problemas con esa posición, el primero es que separa la justicia de la eficiencia y ese es un error. Yo trabajé mucho en 'The Cost of Accidents' para evitar ese error, y creo que lo logré, aunque algunas personas se han confundido. Actúan como si la justicia estuviera separada de varios componentes que la forman: La justicia es una cosa entera, es un paraguas que cubre todo. Evitar el gasto, hacer que los costos sean soportados por quienes deben hacerlo porque crea los incentivos correctos, todo eso es parte de la justicia. Se evalúa tanto la eficiencia haciéndolo parecer pura elaboración técnica se devalúa la justicia diciendo que la eficiencia no forma parte de ella, porque se están concibiendo ambas como cosas separadas, independientes. En cuanto a lo que a mí concierne hay preguntas sobre la distribución y hay

preguntas sobre la eficiencia, y hay preguntas sobre la formación de valores y un sinnúmero de preguntas más; pero la justicia es todas ellas. La justicia no se puede tomar tan a la ligera, lo impor-ante es trabajar con ella y luego con todos los pequeños aspectos, vinculados a ésta.

El segundo problema es que yo creo que es un error -y a pesar de que no he trabajado el tema por completo, pero sin embargo creo que sí se puede demostrar, y menciono algo de esto en un apunte a pie de página en un artículo mío, publicado en el "Yale Law Review", que es probablemente tan importante como cualquier otra cosa en el artículo, pero que fue sólo un pie de página que aún no desarrollo,- el que muchos economistas y muchos abogados economistas actúen como si se pudiese dejar solucionado el problema de la distribución desde un punto de vista macro, ¿cuáles son los puntos de partida?, y ¿quién debe de tener qué?, y luego de haberse establecido esto sólo tratar la eficiencia. Esta es la posición de Friedman, de Polinsky y de tantos otros. En la práctica lo que resulta es que los economistas dicen: como no tenemos nada que decir al respecto no podemos ignorar y actuar como si la actual distribución fuera la correcta cuando todos sabemos que no la es. Y así se dieron resultados que sólo tendrían sentido si la actual distribución fuera la correcta. Esto es en realidad es un absurdo, dado que aunque la distribución no es la ideal actúan como si en realidad lo fuera, lo cual es doblemente tonto. Pienso yo. Pero lo que es más serio y de lo que trata este pie de página, es que yo no creo que el momento para determinar los puntos de partida y de distribución pueda hacerse sólo a un nivel macro. Nosotros no sabemos que es lo apropiado en términos de distribución, sino en tanto trabajemos con un caso concreto. Quizá nosotros no queremos que la legislatura, o que una Asamblea Constituyente solucione todos los problemas de distribución, quizá no sean buenos en eso desde el punto de vista del "Legal Process", quizá nosotros queremos que un Jurado sea el que solucione este problema o alguien que esté mucho más dentro del contexto que decida entre tú y yo. Aún en un terreno de distribución la noción de que los temas de distribución deben ser automáticamente decididos por aquéllos que están haciendo la Constitución. Resulta ser un proceso legal que no tiene base, o al menos una base probada. Quizá el tipo de co-

nocimiento que el compañero o los compañeros de uno pueden tener y tienen son mejores, ya que el contexto otorga una mayor información. Lo cierto es que si uno piensa al respecto esto resulta siendo bastante abstracto, nunca se logrará establecer que uno deba obtener algo de otra persona sólo porque uno fue bueno y el otro fue malo, porque si se está trabajando en nivel general, en este nivel general uno no sabe lo que es bueno y lo que es malo. Eso tan sólo puede ser decidido por el contexto. Lo interesante es que desde el punto de vista de Milton Friedman y de las personas que hablan así, se cuestionaría la idea de no decidir en términos de lo que es bueno y lo que es malo, pero se olvidan de todo ello cuando elaboran su gran teoría y supongo que es el mismo problema en este caso. Esto de ninguna manera significa que uno no pueda hacer algunos importantes juzgamientos sobre distribución a un nivel constitucional y a un nivel macro, pero sentir que una vez hecho esto se ha solucionado el problema de la distribución es no comprender fundamentalmente cuál es el problema de la distribución. También resulta ser mala economía porque muchas veces resulta más barato hacer la distribución que uno desea a un nivel contextual individual que a un nivel mayor porque los impuestos también cuestan dinero y la distribución cuesta dinero y tiene efectos en la eficiencia. Si en vez de ello, en un nivel específico de la Responsabilidad Civil Extracontractual por ejemplo, quiero ser capaz de demostrar que un sistema de seguro de primera persona, en que las personas se autoaseguran y aseguran a sus pasajeros, es tan eficiente como un sistema de tercera persona en el cual uno se asegura contra el daño que le pueda causar a otra persona; de tal forma que desde un punto de vista de la eficiencia ambos fueran similares, pero que un sistema de primera persona pudiera ser más justo en términos de distribución porque hace a aquéllos que pueden pagar más, efectivamente pagar más y los que pueden pagar menos, -efectivamente pagar menos, -Entonces una decisión de contexto específica de la Responsabilidad Extracontractual que optaría por poner el peso en el sistema de primera persona y no en el de tercera persona sería la manera más eficiente de lograr la redistribución; algo que no se puede hacer a nivel macro. Y si alguna vez dejo de ser Decano y no me pongo a hacer otra cosa me voy a dedicar a escribir porque hay muchas cosas sobre las que deseo escribir.