

“CUANTO MÁS GLOBALIZACIÓN TENGAMOS MÁS IMPORTANTE SERÁ EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO”*

Entrevista a George L. Priest**

En el mes de setiembre pasado el profesor George Priest visitó Lima invitado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas para participar en un seminario sobre el Código Civil peruano en el que se debatió sobre la vejez prematura del Código. En las líneas que siguen ofrecemos la entrevista que el reconocido profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale concediera a THEMIS-Revista de Derecho. En ella se abordan, entre otros, temas vinculados al análisis económico del Derecho descubriéndose la especial relación que une al distinguido académico a esta perspectiva del Derecho.

* La presente entrevista fue realizada –sobre la base de las preguntas preparadas por la Comisión de Contenido de THEMIS– por Oscar Súmar Albújar, miembro de la Comisión de Contenido; Augusto Townsend Klinge, Director de la Comisión de Actualidad Jurídica; y Javier de Belaunde de Cárdenas, Director de la Comisión de Contenido, quien tuvo a su cargo la traducción. Agradecemos al doctor Fernando Cantuarias Salaverry, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas-UPC, por la colaboración brindada para la realización de la presente entrevista.

** Miembro del Comité Consultivo de THEMIS-Revista de Derecho. Profesor John M. Olin de análisis económico del Derecho en la Universidad de Yale. Director del John M. Olin Center for Law, Economics, and Public Policy.

1. Un conocido abogado estadounidense, Douglas Baird, cuenta que su interés por la abogacía nació debido a que cada caso plantea una historia diferente y que para él ir a la universidad a estudiar Derecho era más emocionante que leer a Dickens. ¿Cómo surgió su interés por el Derecho?

Bueno, es una buena pregunta y una buena historia. Mi padre era juez y madre trabajaba como secretaria de un abogado, así que mientras crecía participé de muchas discusiones sobre temas legales en la mesa. Sin embargo, no tenía intención alguna en convertirme en un abogado. Cuando estaba en la universidad tampoco tuve interés alguno en el Derecho, pero dado que no tenía idea sobre lo que quería hacer y, en realidad, esperaba ser reclutado para ir a Vietnam tomé la prueba para ir a la escuela de Derecho. Ésta se llama LSAT¹, no sé si en Perú tendrán algo por el estilo, es una prueba que se rinde para ingresar a la facultad de Derecho –en los Estados Unidos se pasa cuatro años en la Universidad y luego se postula a la facultad de Derecho. Así, tomé esta prueba y me di cuenta que en realidad la había disfrutado, era el primer examen que rendía en la universidad que de verdad disfrutaba. Las preguntas fueron muy interesantes, requerían de una forma de pensar y razonar que encontré muy interesante.

Una vez en la facultad, la detesté. Me encontré con una aproximación muy estrecha y limitada del Derecho. Así que dejé los estudios y la facultad, traté de iniciar mi propia compañía y trabajé en varios negocios pero en un año me di cuenta qué es lo que me interesaba y decidí qué es lo que quería hacer con mi vida. Pensé que era importante aprender cómo funcionaba el sistema legal, no me interesaba ser un abogado de estudio. También pensé que sería importante entender cómo el sistema económico funcionaba para saber cómo funcionaba el mundo. Así que volví a estudiar Derecho, afortunadamente fui admitido en la Universidad de Chicago donde el análisis económico del Derecho había empezado y estaba entonces comenzando a crecer. Me interesé mucho por el análisis económico del Derecho dado que ayudaba a responder a las preguntas que me había planteado: cómo se debe organizar la estructura legal, cómo eso se relaciona con la estructura económica de la sociedad y cómo la estructura legal permite al sistema crear los incentivos para que los individuos contribuyan a la sociedad. Así empezó mi vinculación con el Derecho y así lo que inicialmente se me mostró como un grupo de materias muy limitado y sin interés, fue convertido por mi primer

año de Derecho –en Estados Unidos son tres años en facultad luego de los cuatro primeros en la Universidad– en algo extremadamente interesante, lo quedó confirmado en los años siguientes.

2. Usted enseña y ha enseñado muchas materias¹, lo cual no es muy común en el Perú donde normalmente los profesores se mantienen en un solo curso. ¿Cómo se explica esta aproximación tan variada al Derecho?

Cuando recién empecé a enseñar, la aplicación del análisis económico del Derecho se limitaba a un pequeño número de materias, desde luego a lo que denominamos *antitrust* –control de monopolios–, existía también un curso de regulación –si bien muchas facultades no tenían ese curso– y se estaba empezando a aplicar en otras materias como las vinculadas al Derecho civil. Por ejemplo, la Facultad de Derecho de Yale, con mi colega Guido Calabresi, y mi profesor Richard Posner lo estaban introduciendo al Derecho de *torts*. A su vez, Ronald Coase dictaba un curso de análisis económico del Derecho sobre la base de una serie de artículos limitados también en el número de materias que abordaban, pero la verdad es que no había más materias a las cuales se aplicara el análisis económico del Derecho.

Con los años eso cambió y una de las fuerzas más importantes del cambio fue Richard Posner quien –en su libro “El análisis económico del Derecho”– tomó a la economía y expandió su aplicación, a través del análisis económico del Derecho, a un gran número de áreas del Derecho. Ése fue un libro muy importante y un esfuerzo muy importante ya que mostró cómo el análisis económico resulta valioso para entender todas las áreas: tributario, laboral, contratos, propiedad, penal, etc. Es un libro que además cambió la forma como los académicos pensaban sobre sus materias, así se volvió necesario para todos, cual fuera la materia, confrontar la aplicación del análisis económico y, conforme más personas se interesaron por él, se volvieron practicantes del análisis económico.

Ahora bien, ustedes han mencionado que yo enseño y he enseñado muchas materias, en parte esto se debe a que veo la enseñanza como una forma de aprender. Así si quiero aprender de otras materias, soy capaz de ello dado que tengo las herramientas del análisis económico del Derecho que son tan versátiles que un académico puede ser un estudiante a la vez: puede aprender algo o decir algo acerca de una materia y hacer una contribución simplemente por tener una

¹ Nota del traductor: El Law School Admission Test-LSAT es una prueba estandarizada que se toma como requisito para ingresar a cualquiera de las 202 facultades de Derecho afiliadas al Law School Admission Council (LSAC). Para mayor información revisar: www.lsac.org

¹ Competencia, regulación, responsabilidad por productos, constitucional, procesal civil, entre otras.

buena base en economía y análisis económico del Derecho. Cuando se enseña muchas materias eso también implica mucho trabajo, ya que se tiene que aprender muchos temas desconocidos pero yo he encontrado que vale la pena ya que he sido capaz de aprender mucho sobre el Derecho en general y hacer contribuciones en diferentes áreas.

3. ¿Cuál es su experiencia con los litigios? Nosotros los estudiantes de Derecho normalmente tenemos una especie de crisis vocacional con el Derecho debido al mal funcionamiento del sistema (especialmente del Poder Judicial). Normalmente pensamos que nos encontraremos con una realidad completamente distinta a la de las aulas que nos hará pensar que tomamos la decisión equivocada al estudiar Derecho.

De mi experiencia les puedo decir que no es un problema pero que devendrá en un gran beneficio para ustedes el haber estudiado análisis económico del Derecho. Lo que he experimentado –si bien no soy un abogado de estudio pero he trabajado mucho en consultorías– es que mi base en análisis económico del Derecho me ha permitido hacer contribuciones al campo de los litigios que muy pocas personas han hecho, y esto ha sido importante ya que con el tiempo –estas cosas no ocurren rápidamente– el mundo legal cambia pero los argumentos económicos permiten orientar al juez.

Mucho en el análisis económico del Derecho es lógica simple y común. Frente a un juez uno no presenta un argumento de análisis económico del Derecho, uno muestra las razones que sustentan las reglas, uno hace que el juez cambie y mire los aspectos funcionales en vez de simplemente concentrarse en los aspectos formales del Derecho, esto es algo que he experimentado en los Estados Unidos y estoy seguro que ocurrirá aquí también. Habrán jueces que no querrán hacerlo pero por el contrario hay muchos que creen que pueden mejorar su sociedad y ayudar a las partes a resolver sus problemas. Bueno, con el análisis económico del Derecho uno puede mostrarle al juez cómo ayudar a las partes. Así, he descubierto de forma extraordinaria, incluso hoy cuando el análisis económico del Derecho está muy extendido, que un estudio cuidadoso de análisis económico del Derecho permite ser un litigante más efectivo que lo que se sería de otra forma. En ese sentido, este no será un problema para ustedes que están en la vanguardia y eso –un dominio del análisis económico del Derecho– les garantizará como agregado salir adelante con éxito. Así, ustedes pueden ver que muchos de sus profesores son académicos excepcionales del análisis económico del Derecho pero también son abogados muy exitosos.

4. Actualmente el análisis económico del Derecho se encuentra en pleno auge en nuestro medio, consolidando al Perú como uno de los países latinoamericanos donde este enfoque ha tenido mayor difusión. En ese sentido nos gustaría saber qué posición ocupa actualmente el análisis económico del Derecho en Estados Unidos, cuáles son las principales críticas que se le formulan, así como su opinión sobre su futuro.

Bueno, cuando empecé como profesor en 1973 uno podía contar con una mano, tal vez dos, el número de académicos que estaban interesados en el análisis económico del Derecho y la mayoría de ellos se encontraba en la Universidad de Chicago; habían pocos en Yale, como Calabresi. En este sentido, cuando ingresé al mercado de la enseñanza tuve que defender al análisis económico del Derecho como una materia y la pregunta que se formularon muchas facultades de Derecho fue ¿queremos a alguien interesado en análisis económico del Derecho? Y no habían muchas que respondieran que sí. De hecho mi primer trabajo fue en una facultad de Derecho no acreditada, lo que en los Estados Unidos es muy poco usual [existen unas 170 facultades acreditadas y el único trabajo que pude conseguir fue en una facultad no acreditada!]

Fue un comienzo duro. Pero lo que ocurrió, y ocurrirá aquí también en Perú, es que con la adopción de la aproximación del análisis económico del Derecho un académico es capaz de hacer contribuciones a la enseñanza que otros no. De esta forma subí rápidamente y me mudé de facultad en facultad a través del país, ya que la cátedra de análisis económico del Derecho demostró ser superior a la cátedra meramente formal. Al comienzo hubo muy pocos seguidores del análisis económico del Derecho pero empezó a crecer y la gente, académicos y profesores que habían realizados trabajos de una naturaleza puramente formal empezaron a cambiar e interesarse por él y más estudiantes también y así cada vez más facultades empezaron a contratar gente vinculada con esta aproximación y a ofrecer cursos desde esta perspectiva. Así se fue expandiendo cada vez más.

Ahora bien, es cierto que al comienzo el análisis económico del Derecho soportó muchas críticas, muchas de ellas se dirigieron en contra de Richard Posner quien adoptó, y aún mantiene, una posición enérgica –en aquella época, absolutamente radical. Las principales críticas fueron: (i) “ignora la naturaleza del sistema legal”. Esa crítica fue totalmente abandonada dada la importancia actual del movimiento para el sistema legal de los Estados Unidos, entre los jueces, académicos y legisladores. Es simplemente muy importante como para ser

desechado; y (ii) una crítica de corte de izquierda fue formulada por un grupo denominado “critical legal studies” a quienes no les gustaba el análisis económico del Derecho, si bien tampoco les gustaba el sistema legal, ya que sostenían que éste fortalecía las desigualdades de poder y riqueza en la sociedad. Si bien el análisis económico del Derecho no ayudó en eso, les gustó el hecho que fuera crítico del sistema legal en algunos aspectos, así que fue una relación difícil pero ese movimiento fracasó ya que no avanzaron en la comprensión del sistema legal.

Hoy no existe una sola facultad de Derecho de las 170 que no tenga algún docente interesado en análisis económico del Derecho y que lo enseñe. Y las facultades más importantes como Yale, probablemente tengan a un tercio de sus docentes enseñando desde esta perspectiva. De hecho tenemos a cinco PHD economistas en la Facultad, lo que, dado que Derecho es una disciplina para graduados, es muy poco usual. Así que las críticas, cualquiera que hayan sido, han desaparecido, todos aceptan que el análisis económico del Derecho es una disciplina extremadamente importante para evaluar al sistema legal.

5. Entre los supuestos básicos del análisis económico del Derecho se encuentra que los individuos son racionales y que, en ese sentido, actúan para maximizar sus propios beneficios. Sin embargo, existen algunos estudios que afirman que los individuos son más emocionales que racionales al actuar en el mercado. ¿Usted cree que podemos afirmar la racionalidad en cualquier situación?

En general creo que mientras la información esté disponible para los consumidores, no existe razón alguna para preocuparse por la racionalidad, en cualquier contexto, porque es su dinero el que están gastando y decidirán ser racionales o irracionales de acuerdo a cuánto tengan y que tan importante sea para ellos. Definitivamente existen muchas diferencias entre las transacciones de los consumidores al punto que los consumidores evaluarán las diferentes alternativas disponibles y permitirán que la emoción afecte lo que su transacción es. Por ejemplo, si le compro flores a mi esposa es más probable que sea sobre una base emocional y no sobre la evaluación de las diferencias entre una flor y otra. ¿Está eso mal? No, se debe a que es el gesto del regalo y no la perfección de las flores la que me lleva a comprarlas. Por el contrario, si estoy comprando un auto la decisión será mucho más racional por dos razones: (i) es mucho más caro que las flores; y (ii) existen muchas diferencias entre los autos que son muy importantes para el valor que recibo de la transacción, como el tamaño, potencia, aspecto, accesorios, etc. Así el nivel de racionalidad es

mucho mayor con respecto al auto que con las flores. Pero no podría señalar que alguna de las decisiones es irracional en algún sentido.

6. Recientemente el INDECOPI ha cambiado los precedentes establecidos y ha determinado que la concertación de precios entre competidores ya no es *per se* ilegal y que debe ser analizada bajo la regla de la razón. ¿Qué opinión le merece este cambio?

En los Estados Unidos luego de la primera adopción de la regla *per se* en 1939 o 1941, hubo una expansión de reglas *per se* a muchas prácticas distintas. Desde 1980 estas han sido reducidas, e inclusive la regla *per se* de concertación de precios se reduce a lo que se denomina “acuerdos desnudos” –la concertación de precios entre dos competidores que reduce la competencia entre ellos. Ahora bien, actualmente existen otras formas de concertación de precios para las cuales no existe una regla *per se*, por ejemplo cuando un fabricante dicta un precio a un distribuidor, eso se consideraba antes bajo la regla *per se* pero ya no. Actualmente en Estados Unidos las reglas *per se* se aplican a un número muy reducido de casos cuando es innegable que se lesiona a los consumidores con esa práctica.

Ahora bien, considero que el cambio del INDECOPI de Bullard de los noventa representaría una gran equivocación en términos de política económica y especialmente en el Perú donde es importante desarrollar los mercados. Tener una agencia regulatoria más intervencionista, esto es monitoreando los precios, será muy malo para el Perú.

7. La economía de libre mercado se basa, entre otros elementos, en la idea de una “racionalidad” del conjunto de participantes que intervienen en él. Ésta se traduce en el Derecho, por ejemplo, en conceptos estándares como “consumidor promedio” o “consumidor razonable” (aplicados al Derecho de la competencia). En qué medida cree usted, que puede afectar al principio mencionado la idea de la existencia de múltiples tipos de racionalidad entre los distintos tipos de consumidores, individualmente considerados, con respecto a la educación o a la cultura que pertenecen.

Creo que existen limitaciones al concepto del consumidor razonable principalmente porque invocarlo es sugerir que un juez, jurado o sistema legal debe controlar las transacciones en vez del mercado por sí mismo, así que es, en cierto sentido, un concepto socialista. Creo que los argumentos económicos más fuertes son: dejen a

los consumidores proporcionarse tanta información como puedan pero luego dejen que los consumidores la usen en la forma que puedan y dejen que el proceso de mercado opere. Finalmente considero que el concepto no es útil y permite a los jueces imponerle al mercado la idea de cómo debe ser la transacción.

8. Recientemente usted estuvo tratando el tema de la competencia de regímenes legales y cómo un país debe tener el objetivo de hacer a su sistema legal competitivo internacionalmente. ¿Esto significa que un país se debe comportar como una empresa?

No creo que requiera pensar como una empresa en términos de tener ganancias, creo que requiere pensar en interés de los ciudadanos. Ahora, las empresas deben hacer eso, organizarse para el interés de los consumidores, pero creo que no se encuentra separado de los ideales de los legisladores en el congreso pensar en los intereses de las personas del país. Es muy consistente con los objetivos de los legisladores.

9. Fernando de Trazegnies señaló en el Seminario que no sólo deberíamos enfocarnos en las normas sino en la cultura. De acuerdo con esto, se afirma que las normas deberían cumplir además un rol educativo. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Estoy de acuerdo con Fernando, pero no creo que la relación es una fija y sí creo que las normas pueden tener un rol educativo y creo que el análisis económico del Derecho puede tener un rol educativo a su vez en la cultura. Por ejemplo, la cultura en los Estado Unidos está mucho más orientada al mercado que hace veinte o treinta años ¿por qué? Debido a que hemos visto los beneficios de expandir el mercado y muchas otras cosas, como por ejemplo, dada la caída de la Unión Soviética ¿quién en el mundo podría afirmar que un gobierno intervencionista es superior a uno orientado al mercado? Simplemente no se puede señalar eso dado que hemos visto cómo un gobierno intervencionista socialista, y también lo hemos visto en los regímenes en transición en Europa, no tiene éxito. Los países que tuvieron esos regímenes no son prósperos, así existe una forma importante de educación que el análisis económico del Derecho puede proporcionarle a las culturas.

Lo que es importante tener claro es que resulta difícil mover a las culturas rápidamente, toma tiempo educarlas, pero nuevamente, soy lo suficientemente mayor como para saber que ocurren cambios sustanciales con el tiempo. Recuerdo que cuando era un estudiante de Derecho tomé un curso de Ronald Coase, quien escribió en 1964 o 1965 un artículo recomendando una subasta del espectro de

telecomunicaciones. Él sugirió que en vez de tener una asignación por parte del gobierno –en los Estados Unidos el procedimiento implicaba que el gobierno asignaba las licencias a diferentes estaciones de televisión de acuerdo a qué tan bien servían a interés público– sería mucho mejor usar un mecanismo de subasta y permitir que una empresa que está dispuesta a pagar el precio más alto adquiriera ese espacio del espectro. Ese es un artículo muy persuasivo, y al leerlo estuve muy convencido por él y le pregunté a Ronald ¿por qué si esto tiene tanto sentido han pasado diez años desde que lo escribiste y el gobierno aún no lo ha adoptado? Él me dijo que estas cosas tomaban tiempo, que pasarían treinta años antes de que el gobierno si quiera considerara subastar el espectro de telecomunicaciones. Bueno, tuvo razón ya que a mediados de los noventa la Comisión Federal de Comunicaciones decidió subastar el espectro y abandonar esa forma de regulación socialista de asignación de las estaciones. Otros cambios toman más tiempo y no podemos ser muy impacientes sobre qué tan rápido puede cambiar la cultura pero no tengo duda que con el tiempo dado el impulso de la globalización el mundo entero estará más orientado hacia el mercado y esta es la razón por la cual se debe seguir estudiando análisis económico del Derecho, cuanto más globalización tengamos más importante será el análisis económico del Derecho.

10. En relación a las transformaciones que han ocurrido y están ocurriendo en los antiguos países socialistas, ¿cree usted que es necesario conciliar los valores democráticos con el sistema capitalista?

No, creo que toma mucho tiempo desarrollar muchos aspectos de una cultura como la comprensión de cómo operan los derechos de propiedad y lo que los derechos de propiedad son, el entendimiento de cómo operan los mercados y lo que una transacción y un mercado son, la relación entre el gobierno y la asignación de derechos de propiedad y el rol del mercado. Los países de la ex Unión Soviética y Europa Oriental no tienen esa cultura, de hecho es la opuesta. En el caso de Rusia son noventa años de una dictadura sin respeto de los derechos de propiedad y en el caso de Europa Oriental se trata de cincuenta años donde no se respetaron los derechos de propiedad y las actividades de mercado no eran generalmente permitidas. Bueno, eso representa en el caso de Rusia cuatro generaciones y en el caso de Europa Oriental tres, así que tomará mucho tiempo desarrollar la cultura de mercado que tenemos en los Estados Unidos y que se ha establecido relativamente bien en el Perú.

Tomará mucho tiempo y definitivamente existirán episodios poco exitosos. Además no ha existido en

Rusia una tradición de democracia por cerca de cien años y en Europa Oriental por cerca de cincuenta. Tomará mucho tiempo cambiar esa cultura también. No creo que tomará cien años para Rusia y cincuenta para la ex Europa Oriental –como podemos ver de una democracia relativamente bien establecida en Alemania Oriental, si bien muchas personas mayores aún tiene dificultades con ella, y por las democracias de Polonia, República Checa, Hungría y otros países– ellas están cambiando sorprendentemente rápido hacia el entendimiento de cómo funciona el mercado y la democracia, pero tomará mucho tiempo.

Para entender esto ayuda saber que la cultura de mercado que tenemos en los Estado Unidos se debe en gran medida a los colonizadores, Inglaterra, quienes habían desarrollado a través del *common law* un sistema de mercado. Estados Unidos tuvo más suerte que Perú, debido a que nuestro colonizador tenía un sistema de mercado mientras Perú fue colonizado por España que no lo tenía y tenía un sistema patrimonial parecido al socialista. En ese sentido, tomará más tiempo, pero sucederá, lo podemos ver ahora: existe una gran transformación, sólo tomará más tiempo.