

“DE LO QUE MÁS ME PREOCUPÉ FUE DE CREAR UN LUGAR QUE FUERA TANTO FELIZ, COMO INTELECTUALMENTE EMOCIONANTE”*

Entrevista a Guido Calabresi**

El éxito de Yale como escuela de Derecho significó años de esfuerzo combinados con gran ingenio, sabiduría y perseverancia por parte de sus autoridades, entre los que se encontraba Guido Calabresi, en su calidad de Decano.

La siguiente entrevista, además de internarse en temas referentes la Responsabilidad Civil y al análisis económico del Derecho desde la perspectiva de uno de sus precursores, muestra el camino a seguir para alcanzar el éxito en la enseñanza del Derecho. Las sabias enseñanzas de Calabresi son de lectura imprescindible y personalmente enriquecedoras.

Por otro lado, y tomando como referencia experiencias históricas y personales como Juez, Calabresi brinda una perspectiva seria sobre la razón de ser y la solución a los problemas de la administración de justicia.

* La entrevista fue realizada en New Haven por Isabel Lira, directora de la Comisión de Proyección Académica de THEMIS. La entrevista fue realizada sobre la base de preguntas preparadas por Oscar Súmar y Javier de Belaunde, director y ex director, respectivamente, de la Comisión de Contenido de THEMIS. La traducción de la entrevista estuvo a cargo de Mauricio Aguinaga, alumno de la Facultad de Derecho de la PUCP y Laura Francia, miembro de la comisión de Actualidad Jurídica de THEMIS.

** Ex Decano y Sterling Professor Emeritus of Law and Professorial Lecturer in Law en la Yale Law School. Juez del la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos.

Decanato en Yale

1. **Cuando usted reemplazó a Wellington como Decano en 1985, muchos profesores habían dejado la Facultad de Derecho de Yale (Bruce Ackerman, Robert Bork y Marvin Chirelstein) ya que los sueldos de los profesores a tiempo completo eran más bajos que los de sus contrapartes en Harvard, Stanford, Columbia, NYU, Penn. El edificio era un desastre. "Yale no tuvo programas de condonación de préstamo para abogados con interés público que sus competidores sí tuvieron". Por muchas razones los estudiantes estuvieron disconformes ("El lugar se está cayendo a pedazos", dijo un graduado marchándose a un reportero). Bajo estas circunstancias, no había tiempo para solicitar dinero. Fue recién cuando usted y Yale negociaron la independencia financiera de la escuela con respecto a la universidad durante los tres siguientes años a los que las donaciones llegaron. "Ahora cualquier cosa –desde programas de condonación de préstamo perfeccionados, a salarios más altos, el regreso de Ackerman y hasta renovar edificios– era posible. Ahora Yale podría estrechar la cultura del "sí"¹. Esa prosperidad puso a Yale en el primer puesto del *ranking* de Facultades de Derecho –por encima de Harvard–. ¿Cuál fue el secreto del éxito de la administración de la Escuela de Derecho de Yale? ¿Cuáles son las más grandes memorias que usted conserva de esos años?**

Yo no sé acerca de secretos del éxito. Pienso que de lo que más me preocupé fue de crear un lugar que fuera tanto feliz como intelectualmente emocionante, un lugar donde las personas pasaran un buen rato y que todos los estudiantes de Derecho de Yale disfrutaran. Sin embargo, ellos no lo disfrutaban en la manera en que algunas personas de otras facultades de Derecho lo hacen, siendo "receptores" del Derecho.

Los estudiantes de Yale lo disfrutaban simplemente al relajarse en el bello brillo solar o durante una conversación que los emociona. Hay lugares, facultades de Derecho, que son casi tan emocionantes como Yale pero no son divertidas. Hay lugares que son tan divertidos como Yale pero no son emocionantes. Lo que he hecho explícito es parte de la larga tradición de Yale. Acá existen ambas y es de eso es de lo que estoy orgulloso.

Me enorgullezco también de haber establecido el servicio civil en la burocracia, porque como sabes, todas las universidades tuvieron administradores que entendieron que su trabajo no es solamente decir sí o no; muchas veces los burócratas obtienen poder diciendo "usted no puede". Mi preocupación con los administradores fue decirles: "tú eres abogado" (porque todos ellos también eran abogados) y el trabajo de un abogado cuando alguien se acerca y dice "yo quiero hacer esto", aún sabiendo que no se puede hacer, es decir "tú no lo puedes hacer pero puedes alcanzar el mismo objetivo haciéndolo de esta manera", y puedes derivar placer al ser un buen abogado que ayuda a esos estudiantes a hacer lo que les "llena".

Asimismo, pienso que el trabajo de un decano es crear una atmósfera en la cual grandes cantantes puedan cantar y grandes bailarines puedan bailar. Uno debe congrega a todas esas personas que son tan capaces y crear una atmósfera en donde cada uno pueda hacer lo suyo. Todo eso es teoría mas ¿qué hay de las finanzas? Bueno, las finanzas eran esenciales por una razón: Yale estuvo perdiendo profesores porque nuestros sueldos, como usted dijo, se ubicaban en el decimocuarto lugar entre las veinte primeras escuelas de Derecho y, si bien quizá uno pueda mantener personas, no puede atraer otras con eso.

Entonces, ¿cómo fue que reuní el dinero? En parte se debió a que me di cuenta de que a los graduados de la facultad de Derecho de Yale (no muchos dado que es una escuela pequeña, pero los habían), les iba muy bien. Yo pensé que una razón por la cual los alumnos dieron bastante dinero pero no el suficiente para poder realizar pagos fue que estábamos completamente relacionados financieramente con la Universidad y que, si teníamos un déficit, ellos lo iban a cubrir de alguna forma y, viceversa, si nosotros teníamos un excedente ellos se lo iban a quedar. Eso también significó que todo lo que queríamos hacer tenía que ser aprobado por la Universidad. En cuanto a los administradores universitarios, yo pensé que sí podíamos ser independientes financieramente, lo que significaba aumentar ganancias y sueldos. Por otro lado, pensé que mis graduados no querían dar dinero a Yale sino que querían dárselo a la facultad de Derecho de Yale. A ellos no les importaba Yale, ellos fueron a Princeton, a Harvard, o Darmouth también. No obstante, darle dinero a la facultad de Derecho de Yale, la cual los había hecho lo que son, y al ser un lugar al cual ellos realmente aman, es más factible. Entonces tomé un gran riesgo financiero, hice un trato con la Universidad por el cual nos independizamos. Eso significó también

¹ Pregunta hecha sobre la base de citas de KALMAN, Laura. "The dark ages". En: KRONMAN, Anthony (editor). "History of the Yale Law School". pp. 208-209; 211.

que yo tenía la responsabilidad de rehacer el edificio entero que se estaba cayendo a pedazos, lo cual fue un problema de varios millones –cincuenta, sesenta millones de dólares para reconstruir el edificio–, y estaba dispuesto a tomar esa responsabilidad porque tuve fe en que mis alumnos graduados lo harían. Y lo hicieron.

Lo primero que hice fue anunciar que si yo iba a seguir en la facultad y querían que contratara a alguien, yo le iba a pagar a esa persona lo que valiese su sueldo, trabajara donde trabajara en ese momento, a menos que la persona recibiera menos que el salario de Yale, situación en la que, por supuesto, le pagaría lo que cualquiera en Yale gana. El efecto de eso no fue ofrecer más que las otras facultades, de ahí que no tuvieran razón para apostar conmigo sabiendo que no entraría en el juego. Les dije que jugaría con aquello que ellos ganasen, no más, que no quería personas que vinieran a Yale por el dinero pero tampoco quería hacerlos perder al decidirse por Yale. Luego les dije a los miembros de la Facultad que esto significaba que las personas a contratar serían en muchos casos mejor pagadas que ellos, y que no se preocuparan puesto que recibirían aumentos por el costo de vida y en tres o cinco años estarían ganando más que ellos. De esta forma se contentaron porque entendieron que no llamaba gente mejor que ellos en el trabajo. Luego me dirigí a los graduados y dije: “bueno, he firmado ya un cheque en blanco. Yo quiero que lo llenen, y lo hagan porque aman este lugar y ustedes saben lo que eso significa. No sólo por ustedes, pero por toda la sociedad”. Durante mi decanato los alumnos dieron cada año cerca de \$ 1'500'000.00, lo cual no era nada malo para ser fondos anuales. Para cuando salí ellos habían dado \$ 11'500'000.00, aparte de reconstruir el edificio y todos los fondos capitales que fueron aumentados. Así que ahí estaba, sólo fue cuestión de convencerlos, establecer algo que ellos querían hacer.

2. A pesar del éxito de su administración, la Facultad de Derecho de Yale en algún momento, aparentemente, necesitó incrementar su presencia fuera del entorno académico legal. Luego, en 1992, usted declaró: “casi todos los eventos en los que la atención nacional se enfocó este año parecen tener la etiqueta de la Facultad de Derecho de Yale”. ¿Por qué es tan importante que una escuela de Derecho influya en eventos políticos?²

El Derecho versa sobre eventos reales. Esta es una carrera a la que las personas acceden porque quieren

tener cierta influencia en la sociedad. De ahí que sea enorgullecido comprobar que egresados de Yale la ejercen de forma importante. Considero también que nuestra facultad es la análoga de la Ecole Normal Supérieure de Francia, que es un lugar de formación de líderes. Es así que podemos decir que en la facultad hacemos lo necesario para que sus habilidades y también su capacidad de liderazgo, sea que esté dirigida hacia el interés público, estudios de abogados, la vida académica o a la vida pública, se desarrollen. Por eso, cuando vemos que hoy en día los decanos de casi todas las facultades de Derecho más reputadas y los socios de los estudios más importantes son graduados de Yale, reaccionamos como lo hicimos en 1992 diciendo “miren a todos aquellos que están en la vida pública, la mayoría ha salido de Yale”.

El trabajo del profesor-jurista no puede depender de ser inmediatamente aceptado en la vida pública, porque se sigue una máxima antigua del *Common Law* que es: “has justicia aunque los cielos te caigan encima”. Así, tenemos que, si fue el juez quien causó que los cielos se nos vinieran encima, entonces no durará mucho en su puesto. Las personas que están en la vida pública deben preocuparse sobre lo que sucederá como consecuencia de su actuar, ya que es natural. En la vida académica, sin embargo, un profesor puede escribir lo que él o ella piense que es justo o correcto, pues el cielo nunca se le viene encima. El gran poder de los juristas es que pueden ser ignorados, así que si escriben algo que creen que es verdad y resulta ser controversial, la gente podrá reaccionar diciendo que tal persona nunca ha trabajado o que no es un asalariado y se olvidará del asunto. Es por eso que los juristas podemos escribir lo que queramos y con el tiempo lo que escribamos será recogido por algunas personas del mundo, influenciándolas, y esto importa porque lo que enseñamos es Derecho y no Matemáticas, materia que realmente importa pero es un caso distinto. Así que sí, me hace muy feliz que así haya sido y sí, también de alguna forma era necesario sacar a relucir que la facultad estaba haciendo lo que hacía y que no debía ser confundido con lo que otros juristas hacían.

3. ¿Entonces, cuando usted escribe, puede escribir lo que piensa que es justo pero puede no necesariamente estar dispuesto a aplicarlo en su trabajo como juez?

Exactamente. Puedo darte un ejemplo de la corte. Yo he dicho que con la “ley de tránsito” nosotros realmente decidimos cuántos accidentes queremos

² KALMAN, Laura. Op. Cit. p. 212.

tener, y decidimos tener accidentes porque cuesta mucho evitar algunos; eso es algo con lo que estoy relacionado. Cuando por primera vez escribí sobre eso, hace casi más de cincuenta años, el diario The New York Times tuvo un editorial diciendo "en cuanto a la seguridad, ningún monto de dinero es demasiado". Yo estuve tentado a escribir una pequeña carta a The New York Times diciendo: "estoy contento de escuchar eso de su parte si ello significa que tus camiones de entrega no van a ir a más de 5 millas por hora", mas no lo escribí porque me di cuenta que estaban diciendo algo que también es verdad acerca del mundo real, que es que no debemos hacer ni decir ciertas cosas a pesar de que lo que yo decía era también cierto.

4. De su experiencia como Decano y Profesor de Yale, ¿cuál considera que debe ser el rol de las universidades en la formación de estudiantes? ¿Considera que el rol es impartirles conocimientos a través de clases o deben también enfocarse en formar personas íntegras y con valores?

Lo más importante en una facultad de Derecho es hacer que las personas logren emocionarse intelectualmente y que reflexionen sobre temas trascendentes. Eso es más importante que estar impartiendo conocimientos, ya que los buenos estudiantes pueden obtener tales conocimientos de diversas maneras, por ejemplo, leyendo. Sobre todo, debe tenerse en cuenta que lo que les enseñamos hoy en día, especialmente en Derecho, podrá cambiar de aquí a tres años. Siendo esto así, resulta mejor el enseñarles cómo lidiar y encontrar ciertos hechos y entender el razonamiento del Derecho, que enseñarles hechos específicos. Sin embargo, respecto de tu pregunta, tratar de formar personas que sean a la vez seres humanos decentes, es mucho más difícil. Mi lema, cuando fui decano, fue: "excelencia con decencia y humanidad", y siempre hice que ese fuera un tema de la facultad de Derecho de Yale. La excelencia sin decencia y humanidad es inaceptable.

Algunas de las peores personas que conocemos son consideradas excelentes en lo que hicieron. Hitler, por ejemplo, fue muy bueno en lo que hizo y fue simplemente terrible. Es cierto que tener decencia y humanidad sin excelencia lo hacen a uno muy dulce y muy amable, pero eso no es muy efectivo. De ahí que cuando se tiene personas que son extraordinariamente capaces se quiere también motivarlos a pensar sobre las implicancias morales de sus actos. No obstante, hay que ser cuidadoso, porque ello no significa que se deben enseñar tales implicancias desde el punto de vista del profesor. Cada uno debe hallar su propia verdad, sus propios dioses; pero tú tienes que señalarles que la inteligencia por

sí misma no los llevará a donde quieren llegar si primero no logran combinarla con el carácter.

En mi clase de Responsabilidad Civil hay un pequeño e interesante artículo escrito por Richard Nixon en un libro de 1936, de cuando él fue estudiante en Duke. Mis estudiantes leyeron ese artículo sin saber que era de Richard Nixon y cuando hablamos sobre dicho artículo, descubrí que a algunos les gustó, otros lo criticaron, pero todos lo respetaron. Hasta cierto punto dije: "pienso que el anterior presidente trataba de decir eso" y la clase entera dijo: "oh, usted debe estar jugando, no puede ser Nixon"; y yo respondí, "¿por qué no?" La sorpresa aparece porque es un artículo inteligente y está bien escrito; para su época fue una cosa muy importante y fue muy notable que un estudiante lo hiciera. Luego de dicha discusión vino un pequeño sermón acerca de lo que es la inteligencia y el carácter. Los problemas de Nixon no fueron una falta de materia gris sino de otras cosas. El artículo es bueno, es apropiado tenerlo ahí, para mostrar esas otras cosas de la misma forma.

Juez

5. En Perú, el aspecto académico está completamente separado del sistema judicial (Poder Judicial). Incluso podríamos entenderlos como dos mundos separados. ¿Cómo fue su experiencia en la transición de estos dos mundos?

Bueno, aquí por supuesto, la tradición de moverse de la vida académica a la judicatura o de la práctica del Derecho a la judicatura en vez de tener sólo una carrera de magistratura es muy antigua, es la *american way*. En los Estados Unidos de un tercio a la mitad de los jueces en nuestro tribunal son personas que comenzaron como defensores públicos o fiscales, se convirtieron en jueces de primera instancia, luego fueron promovidos, y así sucesivamente. Pero los demás vienen algunos de la práctica, otros de política (no muchos pero unos cuantos), y otros de la vida académica.

La transición desde la vida académica es menos difícil porque esto es resultado de un reconocimiento, de manera tal que cada uno sabe que lleva una experiencia diferente que de muchas formas es más importante que la de quien lo nombró. En la corte puedo ser mucho más querido en la forma cómo me acerco a los casos que alguien que es más conservador y que fue nombrado por los republicanos. Yo soy más como esos jueces cuyas políticas pueden ser distintas, pero que también vienen de la vida académica, de modo tal que todos nos ayudamos. Así, al juez que proviene de la vida académica probablemente se le

diga: “tú no necesitas decidirlo todo de una sola vez”, y quizá agregarían: “pero necesitas decir más para poder poner eso en contexto”, y otro puede decir”: ¿qué es lo que los jueces del tribunal inferior entenderían con eso?”, y añadirá “¿qué hay del abogado?, ¿cómo interpretará esto?”.

Por otro lado, también debe tenerse cuidado porque se han admitido jueces que han llegado a cortes como la mía y que, al haber sido grandes intelectuales, han actuado como si lo supieran todo, lo hubiesen hecho todo, y como si el resto de jueces hubiese estado perdiendo el tiempo siendo sólo jueces. De ahí que el gran juez Hand no se llevara bien con un juez llamado Charles E. Clark, quien fue un gran intelectual y decano de Yale, simplemente porque una vez llegado al Second Circuit éste trató a aquel como si hubiese perdido el tiempo siendo juez.

Tienes que comprender y diferenciar –dentro de lo que sabes– qué puede ser útil y qué no. A veces bromeo y digo que cuando tengo que ir a la corte las personas me preguntan qué encontré diferente, y yo digo que hay demasiadas leyes terribles allá afuera, especialmente porque los jueces estadounidenses son jueces de todo: Constitucional, Penal, Civil, Quiebra, Propiedad Intelectual. Consecuentemente, uno tiene que aprender bastante de manera muy rápida. Es también muy interesante pasar de ser alguien que tenía 61 o 62, que en la facultad fue el tío de Matusalén –en la Biblia Matusalén fue la persona que más vivió– e incluso mayor que eso, aquel a quien todo el mundo rindió honor, el decano que había hecho tantas cosas; a de repente estar en una corte en la que soy el juez más joven. Claro, algunas personas son menores que yo, aunque pocas, pero todos más antiguos. Algunos habían sido hasta mis alumnos pero tenían más antigüedad que yo. Y en una Corte, la antigüedad es muy importante.

En consecuencia, tuve que aprender a comportarme y a aprender un nuevo trabajo al hacerlo, todo lo cual es muy emocionante y grandioso. Ahora, de hecho en las cortes uno adquiere antigüedad muy rápido, de manera tal que, doce años después, soy uno de los jueces más antiguos de la corte. Ya no soy el tío de Matusalén, soy el hermano de Matusalén. Ahora me estoy volviendo grandioso de nuevo. Pero fue muy bueno tener 61, 62, y aprender a ser un niño de nuevo a esa edad.

6. En Perú uno de los más grandes problemas con la justicia es el bajo nivel de credibilidad que nuestro sistema judicial tiene, debido a su mal funcionamiento. Menos del 10% de peruanos confía en los jueces y la mayoría de ellos piensa que son corruptos y que no están

preparados. ¿Cómo se puede atraer a los más notorios abogados y los mejores académicos para ser jueces en este escenario? Éste es uno de los más grandes problemas ya que nosotros tenemos grandes abogados y estupendos académicos pero ninguno de ellos se convierte en juez.

Las dos cosas se retroalimentan. Para conseguir que los más importantes abogados y académicos se conviertan en jueces, debes convencer a uno o a dos que lo hagan y otras personas van a querer hacerlo. Si la magistratura es vista como de bajo nivel, burocrática, mal pagada, de tareas administrativas; entonces nadie va a querer hacerlo. No se puede decir simplemente que se va a hacer de manera diferente.

En Europa se dio de la misma manera y ha habido algún cambio con la creación de las cortes constitucionales. El cambio en éstas ha funcionado pues los jueces en dicha corte no eran los tradicionales en la carrera, sino políticos muy buenos, algunos abogados, los más respetados académicos y muchachos de carrera judicial; digamos dos o tres en una Corte de doce personas que dicen lo que piensan y de los cuales las personas dicen “oh, ellos son la excepción”.

Cuando uno crea una corte como esa, en la que se le da el poder y se les paga de una cierta manera a los magistrados, se comienza a decir “esto es lo que una corte puede ser”. Ahora, si uno hace eso y luego comienza a nombrar personas para las cortes desde afuera, pagándoles lo justo y dándoles a entender también que ellos pueden ser los escogidos luego para ir a la corte constitucional; se puede tener a otras personas tomando ese trabajo e interesándose en ello.

En Connecticut la carrera para llegar a la Corte Suprema del Estado era muy rápida y por ello terminó teniendo un bajo nivel. El Gobernador, una mujer, fue capaz de convencer a Ellen Peters (profesora importante de la facultad de Derecho y de las facultades en general y una de las primeras mujeres de los Estados Unidos en hacer eso) para ser Chief Justice. Ella lo hizo en parte porque hasta ese entonces no se había tenido una mujer como Chief Justice, por lo que pensó que era algo importante. Además, nació en Europa y cuando llegó a la corte inmediatamente impresionó a todos por su pensamiento. Asimismo, otras personas comenzaron a ser designadas y la corte regresó a ser el tipo de corte que era. Como se aprecia, esto puede ser hecho, pero no es fácil, uno tiene que cambiar su visión y, para ello, probablemente se necesite contar con algunas instituciones, lo cual es una nueva tendencia, pero, como en las cortes constitucionales Europeas, puede significar el cambio.

Análisis económico del Derecho

7. En 1970, algunos universitarios empezaron a hablar “en términos de lo que Artur Leff llamó “Derecho y ...”. Yale fue consciente de la necesidad de ser parte de estas tendencias. ¿Cuál es la importancia de ser un abogado interdisciplinario? Y ¿cuál es el rol del Derecho y la Economía en el proceso de transformar Yale en una Escuela interdisciplinaria?

En primer lugar quisiera precisar tu cita, porque muchas personas están diciendo que fue 1970, época en la que publiqué “El costo de los accidentes”, cuando personas como Posner y otros empezaron a publicar. Pero la fecha, para el nuevo análisis económico del Derecho es realmente 1960-1961, año en que Coase y yo escribimos artículos –uno salió un mes antes, pero fueron completamente independientes–. “Algunos pensamientos sobre Distribución de Riesgos y la Ley de Agravio” (“Some thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts”), el cual fue el primer artículo de análisis económico aquí.

De modo interesante un académico en Italia escribió un libro unos cuantos meses después que decía lo mismo. Las personas prestaron poca atención debido a que Italia es un mundo diferente, pero esas fueron las tres piezas de trabajo que realmente lo comenzaron, como dije, diez años antes y ya era buena literatura alrededor de 1970, cuando se volvió más popular en todo el país.

¿Por qué Yale era tan importante para eso? Porque tenía una noción que data del siglo XIX de que el Derecho no se podía entender sin otras disciplinas. La razón de esto fue muy curiosa, en el siglo XIX la facultad de Derecho de Yale era muy pobre, y tenía abogados auxiliares como profesores en vez de profesores a tiempo completo, pero la tradición de esta facultad de Derecho ha sido desde el principio ofrecer una formación académica y no sólo una escuela profesional. Eso debería llevar a las personas a pensar sobre esas cosas. ¿Cómo hacer eso? Si bien no pudimos pagar a miembros de la Facultad a tiempo completo, sí pudimos tener abogados como los tuvieron Harvard y Columbia. Ello se hizo trayendo personas de ciencias sociales y filosofía que estaban enseñando en la universidad para enseñar en la facultad de Derecho. Así, en los ochentas y noventas tuvimos la posibilidad de traer a cualquiera: un sociólogo enseñó economía y sociología a los estudiantes de Derecho y los filósofos hicieron lo mismo, siendo aquellos los antecedentes de Yale.

En aquella época salieron posiciones como el “realismo legal”, que decía que lo que importaba en el Derecho era lo que el juez decidía, y también gente de la escuela de Derecho procesal de Harvard que postulaba que el

Derecho era una cuestión de quién tiene el derecho a decidir. El análisis económico del Derecho, en general, fue una forma de traer de vuelta la centralidad del Derecho que dice que podemos realizar cosas sustantivas y tener algo que decir al respecto. Se debe ver hacia otras disciplinas para hablar de principios más directamente.

8. Algunos (Jorge Mosset Iturraspe, en entrevista publicada en THEMIS-Revista de Derecho 24) dijeron que “el análisis económico del Derecho” interpreta las leyes y el sistema judicial privilegiando principios del mercado como la eficiencia, utilidad y riqueza sobre los principios legales como justicia, equidad y seguridad ¿Está de acuerdo con esto?

Si uno sólo ve a la Economía desde el lado de la eficiencia entonces ese podría ser el resultado. Pero esa es una visión muy pobre de la Economía. La Economía se enfrenta con mucho más que eso y, eso es como decir “la Economía está aquí, el Derecho allá y se enfrenta con la justicia”. Sin embargo, cuando el Derecho lidia con la justicia ¿lo hace en los términos de lo que el codificador del siglo XIX escribió en el Código? ¿O argumenta valiéndose de la filosofía o la Psicología?

Si es que se entiende al Derecho separado de otras disciplinas y la única disciplina que encuentras compatible con el Derecho es la Economía, entonces tendrás una visión muy extraña del Derecho, especialmente si es que se tiene una percepción muy estrecha de la Economía. Por esto en mi artículo más publicado, el de la Catedral, describo una visión más amplia de la Economía –que expongo ahí– pues existen consecuencias distributivas como existen también las que provienen de la eficiencia. En la Catedral existe más de una pintura, que pueden ser tanto el análisis del Derecho desde el punto de vista filosófico, psicológico, de la literatura, y así más.

¿Qué hay acerca de la Economía en sí misma? A menos que no se entienda la redistribución y no se conozcan los valores, no se va a saber lo que es eficiencia. No tiene sentido hablar de producción ineficiente de plátanos si a las personas no les gustan los plátanos. Por otro lado, a menos que también se hable acerca de valores uno no va a saber qué es una distribución justa porque el darte varios plátanos y el quedarme con varios plátanos podrá parecer una distribución bastante justa. Pero ten en cuenta que si tú odias los plátanos y a mí me encantan, entonces debes valorar también eso. Se ha de hablar de valoración incluso en Economía, sea que hables sobre ella estrechamente en el sentido eficiente o en uno más amplio que incluya la redistribución. Si es que puedes definirla de forma

suficientemente amplia entonces es muy útil; si es que lo haces de forma estrecha entonces eso simplemente no es Economía.

Por cierto, sobre aquello que mencionaste acerca de los valores del mercado. Debe recordarse que la Economía en sí misma no prefiere, o no debería preferir, los valores del mercado para funcionar. Esto es muy importante: si tomas a Coase desde el inicio –en su primer artículo: “La Teoría de las Firmas” (“The nature of the firme”)–, encontrarás que hay dos formas de optimizar la producción de bienes, una es a través del mercado y otra a través del manejo ¿Producirías lo que creas conveniente o el mercado terminará decidiendo? ¿Cuál funciona mejor cuando es un asunto completamente empírico?

Existen muchas situaciones en las que un manejo directo funciona bien y es por eso que tenemos empresas. Es como Coase dijo: “si el mercado fuera la mejor forma de hacer las cosas haríamos todo mediante contratos y nunca habríamos tenido la estructura de una firma que a fin de cuentas es una estructura de manejo”. Así que la Economía no demanda uno o lo otro, nos dice solamente lo que funciona en un área determinada.

9. ¿Podemos decir entonces que el reto es decidir si algún problema o una situación debe ser regulada por el mercado o por una orden?

Las más grandes interrogantes son: cuándo cada uno de éstos funcionará mejor; cuándo algo se analiza mejor en términos del mercado y los mercados abiertos funcionan mejor; cuándo los mercados pueden ser usados y sus defectos controlados; y cuándo es que ha de usarse la regulación directa y cómo lo hacemos.

He leído algunos artículos que sugieren la existencia de tres formas de averiguar esto: una es la del mercado puro, la cual es esencialmente contractual; la otra es la regulación pura, como la de delitos, que dice “no podrás hacer esto y no podrás hacer aquello”; y la tercera es a través de la responsabilidad, la cual estipula que se debe dejar a las personas decidir pero a costa de pagar un precio que es determinado colectivamente. Creo que este es el camino intermedio.

Si uno observa se dará cuenta que no hay una sociedad singular, no existe un único sistema legal que no use los tres. Los países más socialistas usan contratos y mercados para algunas medidas; los países más orientados al mercado tienen leyes tipo penal, pero todas tienen alguna relación con los otros tipos.

Entonces, la interrogante es qué combinación funcionaría mejor en una sociedad particular y en un momento definido por la ideología de esa sociedad.

10. ¿Cómo delimitar el campo de acción de cada uno de ellos?

¿Y en qué áreas? E incluso respecto a qué cosas. Yo soy propietario de un reloj y lo normal es que si tú lo quieres me lo tienes que comprar: eso es un contrato. Por otro lado, si tú estás manejando y me chocas y mi reloj se rompe tú no vas a ir a la cárcel y no tienes que pagar el precio que yo determine, sino que haz de pagar un precio determinado por la sociedad. Pero hay ciertas circunstancias en las que tratas de tomar el reloj y por lo tanto vas a la cárcel. Entonces, acerca de este reloj, usamos los tres tipos en diferentes circunstancias. Por lo tanto, esto no se trata solamente de ver qué cosas son reguladas y de qué manera lo son, sino cuándo lo hacemos.

11. Posner una vez dijo que usted, al igual que él, no eran abogados de Responsabilidad Civil porque nadie que estuviese haciendo algo tan increíble como usar la economía para argumentar accidentes no estaba realmente hablando de Derecho de Agravios. Treinta años después, ¿cuál ha sido el impacto del Derecho y la Economía en el estudio del Derecho de Agravios?

Él escribió eso en la reseña del libro “The Cost of Accidents”. Empezó diciendo que él no era un erudito en Responsabilidad Civil, pero que “de alguna forma tampoco lo es Calabresi”.

Al principio, muchas personas tomaron la actitud de que el análisis económico del Derecho no era Derecho. Inclusive en este país, treinta años después, creo que hay algunos que actúan como si el análisis económico del Derecho fuera el único campo del Derecho. Eso es tonto. Creo que uno no puede hablar de agravios hoy en día de manera sensata sin hablar también de economía; pero ¿es ésta la única parte del Derecho? Acabo de dar una charla en Israel en honor de Izhak England, quien fue Juez de la Corte Suprema de Justicia, ya retirado, y quien fue un erudito en agravios y que asistió a todas mis conferencias.

Él es una persona que creía antes que nada que la Responsabilidad Civil es una justicia correctiva, que no es “justicia”; es Derecho, pero Derecho desde el punto de vista filosófico, si es que retrocedes hasta Aristóteles y lo que es la justicia correctiva. En mi discurso traté de describir cómo sería regresar al antiguo Derecho inglés, a aquellos aspectos que se convirtieron luego en daños pero que fueron originados en la justicia correctiva y aquellos aspectos que nacieron más bien de incentivos, regulación y economía. Y es que en el antiguo Derecho inglés habían dos formas de actuar: una que tendía más a la justicia correctiva y otra más económica, pero

inevitablemente se afectaban la una con la otra. Ambas son parte de un contexto de accidentes de manera tal que no se puede hablar acerca de daños sin hablar acerca de lo que en cualquier momento piensas en términos de justicia correctiva, así como tampoco puedes hablar sobre eso sin también hablar sobre qué es lo que vamos a permitir que hagan las personas, lo que queremos crear, incentivos para que las personas tengan cuidado, qué es lo que vamos a tratar de limitar y controlar para incentivarlos en vez de golpearlos en la cabeza. Entonces, en los Estados Unidos, pienso que nadie puede aproximarse a los daños sin valerse de la Economía, pero creo, a la vez, que serían realmente tontos si se aproximan a ellos sólo desde la Economía.

Responsabilidad Civil

12. En "The Decision for Accidents: An Approach to Non-Fault Allocation of Costs", usted dijo que la "ley de tránsito" no trata de castigar a las personas que cometen accidentes. ¿Cuál es el rol de daños punitivos en este sistema?

Pienso que los daños punitivos tienen al menos cinco diferentes roles en lo referente al Derecho de daños. Algunos de ellos no son punitivos. Por ejemplo, te lesiono y me demandas, luego te recuperas. Pero hay otras cinco personas que están lesionadas como tú y que por varias razones no me pueden demandar o pierden sus demandas. Si queremos imputar esos accidentes a mi persona eso significa que cuando ganes deberás cobrar cinco veces los daños que te ocasioné.

Ahora, tal vez tú no debas conservar todo el monto, quizá parte de esa suma que representa tus daños multiplicados por cinco deban ser usados de alguna manera socialmente compensatoria. De eso se tratan los daños punitivos. Yo he escrito un artículo sugiriendo eso e incluso Posner tiene algo bueno al respecto.

Esa es una función que no tiene nada que ver con un castigo. Puede ser impuesta aún si fuiste responsable sin culpa. Existe un sinnúmero de cosas diferentes que los daños punitivos tratan de hacer, uno de ellos es el castigo. Y luego nos preguntamos ¿castigar qué? ¿castigar *cuasi*-criminalmente, es decir, de forma tal que actuemos como un fiscal general privado que traiga

a colación el interés del Estado como en los casos penales o es que estamos diciendo que cuando alguien hace algo considerado bastante incorrecto como individuos tenemos algún Derecho a cobrar venganza? En realidad existen muchas nociones de daños punitivos.

Déjame darte otra versión que pudo haber surgido en el famoso caso Ford *versus* Pinto. Ford vendía carros que tenían el motor y el tanque de gas en un lugar particular. Hubo un accidente y porque el motor estuvo en cierto lugar explotó y las personas que estaban dentro del carro se calcinaron. Quienes sufrieron quemaduras demandaron a Ford y de una forma complicada Ford dijo: "nosotros no somos responsables puesto que hicimos un análisis costo-beneficio y el costo de poner el motor en un lado y el tanque de gas en otro era demasiado teniendo en cuenta el número de personas que murieron". Dejando de lado la posibilidad de que hayan podido multiplicar mal, en este caso hubo un número de personas que fueron asesinadas y hubo un número de personas que no lo fueron, quienes de hecho demandaron satisfactoriamente.

Pero asumamos que todas las personas que murieron demandaron pidiendo al jurado que les concedieran daños punitivos. ¿Por qué? Como sociedad, no queremos entender que muchas veces optamos por los accidentes. Esta es una opción trágica, y es lo que enseño en mi curso, a tratar de pensar.

Nosotros no pensamos que un análisis costo-beneficio puede justificar bebés quemados. Esto significa que si Ford decidió poner el tanque de gas donde lo hizo fue porque era económicamente barato hacerlo, por lo que no debieron decir "nosotros no tuvimos la culpa por lo tanto no debemos pagar"; ellos simplemente tuvieron que callarse y pagar la indemnización. Cuando ellos trataron de armar su defensa sobre la base del costo-beneficio, nosotros como sociedad dijimos "no queremos escuchar eso, queremos veinte millones de dólares por daños punitivos". Esa es una razón completamente diferente para daños punitivos, todos ellos están ahí y como puedes ver en mi artículo, es parte de la complejidad del Derecho. Se tiene muchas veces un mecanismo como daño punitivo que sirve a una variedad de casos.