

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (*)

MATHIAS REIMANN

Profesor Hess/ E. Yntema de la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan.
Profesor de Derecho Privado, Historia del Derecho y Derecho Comparado en la Facultad de Derecho
de la Universidad de Trier, Alemania.

Dobo empezar diciendo que no soy un especialista en Análisis Económico del Derecho, no soy colegiado en ese campo, enseñé Responsabilidad Civil por muchos años en los Estados Unidos así que no soy un productor de Análisis Económico del Derecho, pero sí un usuario. No soy un gran fan, no tengo sentimientos fuertes hacia esta disciplina. El principal problema es determinar qué es el Análisis Económico del Derecho: es un movimiento de jurisprudencia, que nació alrededor de 1970 con las decisiones de los Tribunales de los Estados Unidos. Este movimiento es probablemente la más original y única contribución estadounidense a la jurisprudencia en el mundo: es un producto verdaderamente americano, una contribución americana. Contiene dos nociones: por un lado, es una herramienta de análisis legal, algo que se aplica a la ley para su mejor entendimiento. Por otro lado, es una ideología, una creencia, puede ser casi como una religión civil; es una herramienta para muchas maneras de pensar, como la de Carlos Marx, por ejemplo. La cercanía de Marx a la sociedad puede ser utilizada para analizar las relaciones entre la economía y la cultura. Puede entonces ser una ideología en la cual creer; debido a que toma muchas formas de filosofía moral. Pueden ser herramientas o pueden ser creencias. El Análisis Económico del Derecho puede ser usado como una herramienta sin creer en esta disciplina como si fuera una religión, pero mucha gente también cree en esto casi como una religión civil.

El Análisis Económico se desarrolló en los Estados Unidos hace como 35 años. Permítanme relatarles una breve historia de esta disciplina. Comenzó en 1970, que constituyó la primera generación de seguidores del Análisis Económico del Derecho. Los más famosos son un americano y descendiente italiano Guido Calabresi, Profesor en la Escuela de Leyes de Yale, luego fue juez en la Corte Suprema. Calabresi fue un Profesor de Responsabilidad civil, siéndolo del que fuera Presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton. Cuando Clinton era estudiante en Yale, Calabresi era su Profesor de Responsabilidad. Luego, Cuando Clinton fue Presidente, Calabresi lo llamó y le dijo: ¿Puedes hacerme juez? Me gustaría ser un juez. Clinton le dijo: seguro, no hay problema. Yo te haré juez. El otro gran nombre es una persona de la Escuela de Leyes de Chicago, Richard Posner, que es una suerte de gurú del Análisis Económico del Derecho. También es juez. A primera vista parece un hombre inseguro, dubitativo y en extremo aburrido, pero cuando se le conoce, uno se da cuenta que es un hombre muy talentoso, muy brillante.

Esa fue la primera generación. Guido Calabresi publicó un libro en 1970 que se convirtió en la fundación del Análisis Económico del Derecho, particularmente en la Responsabilidad Civil, que se llama: "El Costo de los Accidentes" y que ha sido traducido a varios idiomas; y Posner publicó una verdadera herramienta de enseñanza que se llama "El Análisis Económico del Derecho". A partir de esto, el análisis económico se ha difundido en el Derecho y ha tenido una gran distribución de muchas maneras. Se ha distribuido geográficamente desde sus ciudades de origen: Chicago y Yale a otras escuelas de Derecho a lo largo del país. Cada Escuela de Derecho en Estados Unidos ahora tiene al menos una persona especialista en Análisis Económico del Derecho. Mi facultad de la Universidad de Michigan tiene cinco especialistas en la materia. Se ha expandido también en el sentido de que primero empezó en lo que es Responsabilidad Civil, pero luego abarcó otras materias. Primero hablamos de Derecho Económico, Competencia, Seguridad Comercial, Banca, luego las

(*) **ADVOCATUS** agradece la cesión de la presente exposición a la doctora Orlanka Wholonec Oyguz, la misma que fue realizada en el Curso de Responsabilidad Civil 2006-E y traducida por Cláudia Canales.

Regulaciones de los Gobiernos, Derecho Ambiental y finalmente a muchos otras ramas como Derecho de Familia, Derecho Penal, Derecho Procesal, etc. Sin embargo, el énfasis sigue aún en la Responsabilidad Civil, Contratos y materias económicas. Pero, actualmente, se encuentra el análisis económico en todas las áreas del Derecho.

También ha evolucionado en cuanto a su metodología, al principio se utilizaban métodos simples que ahora ya diríamos que son prematuros; se comenzó con instituciones económicas clásicas, con pensamientos económicos que los economistas adquirían en 1930 y 1940 y, que ahora son parte de la historia. Los abogados se mantenían al margen.

La presencia del movimiento ha cambiado, es mucho más empírico, –apegado más a la realidad– ha acercado el pensamiento jurídico con el económico y adoptado procesos modernos: se ha convertido en una disciplina complicada. Hoy, el Análisis Económico del Derecho es una parte muy importante del pensamiento jurídico norteamericano y uno no puede ser un buen abogado norteamericano sin entender esta base, así como uno no puede ser un buen abogado peruano sin conocer el Código Civil, aun si no se trabaja en esa área. Es una parte esencial del pensamiento jurídico y hay que entender esta base, es por esto que los estudiantes de derecho americanos estudian el Análisis Económico del Derecho.

Para no entrar en confusión, es importante conocer cuáles son los objetivos y metas del Análisis Económico del Derecho. Hay tres objetivos que gradualmente se suceden unos a otros.

La primera idea fue sin duda utilizar el Análisis Económico del Derecho como una herramienta para entender mejor las normas jurídicas, para entender qué hace la ley y qué debería hacer la ley: una forma de análisis. Probablemente el más famoso ejemplo de esto es la fórmula del Learned Hand. Es un poco extraño, Learned Hand fue un juez, un famoso juez americano cuyo nombre significa literalmente "Mano Educada".

Hand trató de entender cuándo algunos modos de conducta eran negligentes y buscaba una manera estándar de juzgarlo. No pudo encontrar ninguna norma escrita, jurisprudencia o costumbre americana, así que inventó una idea, dijo: el que algo sea negligente en realidad depende de 3 cosas: de qué tan grande sea la probabilidad de que un accidente se produzca, cuán grande sea el riesgo de que un accidente se produzca. El llamó a esta probabilidad "P". También va a depender de cuán eficiente sean las leyes: ¿la posibilidad de esto es grande o pequeña? A esto se le llama "La ayuda de la ley". Se dice que el riesgo es realmente el resultado de la probabilidad de daño, de un accidente, y la magnitud de la protección de las leyes. Cuán a menudo se produzca un accidente y de la actividad de las leyes. Tenemos que tener eso en cuenta.

Entonces, la pregunta es la siguiente: ¿debe una persona prevenir el riesgo o el accidente?, eso depende de cuánto cuesta. ¿Es fácil evitar un accidente o es costoso y difícil? ¿Es fácil usar cinturón de seguridad? ¿Cuesta mucho? Es mucho más costoso construir carros más seguros. Se llama a esto la carga del costo de prevención de accidentes. A eso se llama "B". Entonces, si el riesgo "PL" es mayor que la carga, hay que prevenir los accidentes, porque el riesgo es mayor y la carga es fácil: es fácil prevenir y evitar el accidente y se evita un gran riesgo. Entonces no evitar, no prever ese riesgo, por ejemplo no usando cinturón de seguridad, es peligroso, porque se debería evitar, es racional evitarlo. Entonces, si el riesgo (PL) es mayor que la carga, eso es negativo. Pero, si el riesgo (PL) es más pequeño que la carga, si la carga es muy grande y el riesgo es muy pequeño, entonces no es necesario buscar evitar el accidente: no tiene sentido una gran carga para evitar un pequeño riesgo, no es necesario evitar nada. En este caso una persona no evita el riesgo, no es peligroso. Así que de esta manera se tiene una manera estándar para juzgar negligencia. Se toman en cuenta estos factores, el daño potencial, la carga y se trata de determinar cuándo es económicamente conveniente evitar el riesgo.

Esta idea original en Economía se incorporó simplemente para pensar qué cosa es la negligencia. Aún es necesario tomar una decisión, pero entendiendo y pensando en lo que se está haciendo.

Luego Posner, en la primera generación, apareció y dijo: esta es una idea muy inteligente, deberíamos hacer este tipo de análisis todo el tiempo. Es una gran manera de pensar acerca del Derecho, pero hay que añadirle una meta específica a esto. No hay que hacer este análisis solo por entender lo que se está haciendo, sino que hay que querer que esto se realice con el objetivo de eficiencia: esto es invención de Posner.

Se decía: si nosotros hacemos el análisis correctamente, si examinamos las normas jurídicas bajo este Análisis Económico del Derecho, podemos hacer que las normas jurídicas sean más eficientes, por lo que el objetivo a alcanzar es promover la eficiencia de las normas jurídicas, promover la eficiencia del Derecho. Se busca promover la eficiencia del tráfico comercial, del aeropuerto, de nuestras vidas diarias. Se debe buscar hacer lo mismo con el Derecho, la meta a partir de ese momento fue la eficiencia. El asunto importante aquí es que la meta no es justicia o equidad, no se deciden los casos porque se piensa: "Tú estás bien, tú estás mal", eso no interesa. Este análisis del Derecho no es acerca de la justicia. Este no es el asunto del Análisis Económico del Derecho. Otras personas pueden encargarse de la justicia, pero al Análisis Económico del Derecho, no tiene que ver con justicia, sino con eficiencia.

Se trata de crear normas legales que promueven la eficiencia de la sociedad, la economía de la sociedad. Esto es muy importante que se entienda, porque Calabresi siempre dice que la justicia es al final, la más importante meta. Siempre debemos tratar de hacer justicia, pero esa no es la meta del Análisis Económico del Derecho, la meta del Análisis Económico del Derecho es la eficiencia. Crear más eficiencia y por consiguiente más bienestar y riqueza para la sociedad ¿Cómo distribuir esa riqueza? ¿Qué hacemos con las ganancias, con los ahorros? Esa es otra pregunta.

Se puede decir que esto no es problema del Análisis Económico del Derecho, que le corresponde al legislador decidir. Se puede tener altos o bajos impuestos, por ejemplo. Pero el Análisis Económico del Derecho solo busca el objetivo de la eficiencia, y en la fórmula se puede observar eso. La idea no es decidir quién está bien o mal en el sentido de la justicia, la idea es determinar el actuar negligente, porque si el riesgo es bajo y la carga es alta no debemos invertir dinero y estaremos desperdiçando recursos si evitamos el riesgo. Esto suena un poco bizarro, pero, si nos ponemos a pensar un poco en ello, nos daremos cuenta de que tiene mucho sentido. Esa es la meta de la eficiencia. El punto de vista de la escuela económica es que se quiere eficiencia no solo en el área del Derecho Económico, donde tiene el mayor sentido para la gente, sino que se quiere esta eficiencia también en otras áreas del Derecho como: Contratos, Derecho de Familia, Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Constitucional, donde es más difícil de entender y aplicar. Más específicamente, es la Teoría de la reducción de los costos de transacción.

Este último es un concepto importante. La idea de los costos de transacción fue inventada por un economista de Chicago, Ronald Coase, en 1960, quien ha recibido el Premio Nobel de Economía. Él tuvo la siguiente idea para el Análisis Económico del Derecho: "Si la Sociedad se encuentra en un mercado, si nosotros estamos todos informados de manera racional, si podemos siempre estar juntos y negociar, podríamos arribar a grandes soluciones. Si nosotros pudiéramos todos siempre negociar, accediendo a toda la información y utilizando todas las formas, podríamos llegar a buenas soluciones". Pero Coase dijo: "Así no es la realidad". En realidad es muy difícil a menudo para las personas el reunirse y hacer el mejor trato, no tienen toda la información, no pueden usualmente reunirse y negociar. Podrían no estar organizados y se presenta el gran problema de los costos de transacción. Transacciones significan tratos: es costoso hacer un trato, reunirse, estar informados, sentarse, negociar y acordar; no podemos hacer eso todo el tiempo. La más importante meta del

Análisis Económico del Derecho debería ser evitar o reducir costos de transacción, eso promovería eficiencia. Organizar las leyes de una manera tal que haga fácil a las personas el hacer tratos, al acordar.

Se puede ver una ideología detrás de todo esto. Déjenme darles un ejemplo estándar: el de una planta que produce energía eléctrica y, a la vez, mucha contaminación. Alrededor de la planta de energía hay todo tipo de casas donde viven personas. La pregunta es entonces: ¿qué debemos hacer con la contaminación? Coase dice que si los residentes pudiesen reunirse con la planta de energía, hablarían y harían un trato. La planta de energía podría decir: estamos fabricando mucha energía y haciendo mucho dinero, así que les compraremos sus casas y podrían mudarse a otra parte de la ciudad. O los residentes podrían decir: nuestras casas son muy importantes y costosas, así que compraremos la planta de energía, la cerraremos y podrán hacer su negocio en otra parte.

El problema dice Coase, es que eso no pasará fácilmente, porque estas personas no se reunirán y negociarán fácilmente. Necesitan organizarse, obtener toda la información acerca de la contaminación, necesitan ir a la planta de energía, eso no pasará fácilmente. Entonces, ¿qué hacer al respecto? Deberíamos hacer una ley que reduzca los costos de transacción y que permita alcanzar una negociación eficiente entre las partes. Se podría hacer una ley que diga: las plantas de energía son estricta y absolutamente responsables por la contaminación, por lo que tendrán que ir donde los residentes y negociar con ellos, ya que, de otro modo, tendrán que cerrar, o pagar a esta gente el dinero suficiente para tolerar la contaminación.

Si ponemos la carga en la planta de energía, su administración haría algo al respecto, si ponemos la carga en los propietarios residentes, probablemente no harían nada, ya que no pueden hacer nada acerca de los costos de transacción. La planta de energía puede hacer algo acerca de los costos de transacción, los costos de transacción son más bajos porque ellos tienen toda la información y el dinero. Si ponemos la carga en los residentes, los costos de transacción son altos y nada podrá salir y concretarse, ya que estas personas no tienen la información, la organización y el dinero. Esto puede tener bastante sentido en materia de contratos (cómo se decide en un contrato), ¿qué influencia a que algunas personas traten entre sí?, ¿quién tiene que negociar con quién, acerca de qué? Este concepto de costos de transacción que muestra el teorema de Coase está sobre-simplificado, pero se ha convertido en algo central para el Análisis Económico del Derecho.

Ahora, uno de los problemas del Análisis Económico del Derecho es que utiliza un gran número de presunciones. Dicen: está bien, nosotros estamos haciendo presunciones las cuales son algunas veces cuestionables. Se asume, por ejemplo, que cuando se elabora una ley eficiente, será respetada. Se asume también que los economistas y la gente siempre reaccionarán de una manera racional, que siempre harán decisiones económicas racionales y que siempre responderán a las disposiciones de la ley. Asumen que no hay otro problema en el sistema racional que no sea el de la sobre-estimación o subestimación del riesgo. La corrupción, por ejemplo, existe y se presenta como un gran problema. Se hacen estas presunciones, llegan a la convicción de que estas tienen sentido, se tiene que aceptar al menos una de estas presunciones. Esto genera muchos problemas obvios. Uno de los problemas, es que las presunciones que se crean a menudo no son verdaderas, pero las personas que hacen esto normalmente no toman este problema en cuenta.

¿Qué hacer si los consumidores no son racionales? ¿Qué hacer si los consumidores no están informados? ¿Qué hacer si el gobierno no trabaja? Tenemos que pensar en eso. Y el otro gran problema es que no se puede medir exactamente los factores involucrados. Por ejemplo, la probabilidad del riesgo, a menudo, es muy difícil de medir.

La magnitud de la potencial pérdida es una especulación; una adivinanza, no estamos seguros de eso, pero a veces sí estamos seguros. Se puede saber qué tan a menudo ciertas veces hay

accidentes. Se puede saber cuántos costos crean estos accidentes. Pero muchas personas no tienen una compañía de seguros y la carga es, una vez más, a menudo una adivinanza. Por ejemplo, en responsabilidad del productor, no es tan difícil de hacer. Si se puede fabricar un producto, como un carro, se puede calcular muy exactamente en cuántos accidentes ese carro estará involucrado y qué tan graves serán los accidentes en promedio. Qué se tiene que hacer para lograr un carro más seguro, qué tanto costará, eso no es difícil de hacer. Se puede calcular eso en algunos contextos pero no en otros. Pero incluso en otros contextos, esto es algo más natural de lo que se piensa.

Cuando uno está en la ciudad de Lima y quiere cruzar la calle como peatón, uno tiene que tomar la decisión de cruzar o no la calle, o esperar.

Si uno lo piensa por un momento, uno fácilmente y a menudo realiza algo como un examen B.PL. El que uno cruce la pista dependerá de qué tan peligroso es. ¿Es una calle grande con un montón de tráfico? ¿El riesgo es grande o es una calle pequeña y el riesgo es bajo? ¿Qué tan grave será un accidente si este ocurre? Si los carros van muy lento, lo peor que podría ocurrir ni siquiera se nos cruzaría por la mente. De otro lado, los carros pueden ir tan rápido que uno podría terminar muerto. También dependerá de la carga, ¿qué significa para uno la carga de no cruzar la pista? ¿Significa que uno probablemente llegue tarde a una clase? En ese caso la carga es pequeña y uno podría esperar. O es la carga que uno está gravemente enfermo y necesita ir al doctor en los próximos diez minutos, usualmente cruzando la calle. En ese caso la carga de no cruzar la pista es muy alta. Nosotros tomamos estas decisiones en nuestra vida diaria todo el tiempo cuando manejamos y corremos el riesgo. Hacemos estas elecciones todo el tiempo. Así que el hecho de no poder calcular con precisión no significa que se evite menos. El otro problema acerca de esto es que es una ideología lo que nosotros creemos que debería ser una ley. Todas las leyes al final deben tender hacia la justicia, a pesar de su porcentaje de eficiencia.

Se dice que el objetivo primario del Análisis Económico del Derecho es hacer leyes efectivas. Eso es bueno, desde el punto de vista del mercado. Esa es la posición de decisiones personales que no todo el mundo haría. Algunas personas tienen problemas con eso. Yo tengo un poco de dificultad para decir: "deseo sacrificar la justicia individual por la seguridad de la eficiencia colectiva". Es en esencia una visión colectiva efectiva del Derecho. No mira a la situación individual sino al gran mercado social: Lo que es importante es el bienestar de la sociedad, no la justicia individual en el procedimiento de la ley. Sin embargo, es un pensamiento antiamericano ya que los Estados Unidos poseen una cultura individualista. En cambio, esta concepción es una aproximación colectivista. Ese es el problema de esta filosofía legal desde este punto de vista de la ley.

Déjenme decirles un poco al final acerca de cómo es recibido el Análisis Económico del Derecho en Europa, a pesar de que sé que hay países en Latinoamérica como Chile o Perú, en donde hay personas que han recibido capacitación en Estados Unidos, en Chicago, que creen fuertemente en esta eficiencia como una política básica de gobierno.

En Europa, la reacción es mucho más lenta y más escéptica. En los Estados Unidos esto fue un gran éxito, es el éxito más grande en la historia de la academia jurídica americana en los últimos cincuenta años. Europa Occidental, de donde vengo, no fue tan así, por tres razones, creo yo, y son mis puntos de vista personales: una razón es una simple carencia de tiempo. Toma tiempo aprender algo de otra cultura jurídica y aceptarlo. No ocurre rápidamente, así que está lentamente empezando a ser conocido en Europa Occidental, pero estamos hablando de 35 años. Si a los europeos realmente les interesara el Análisis Económico del Derecho, ya lo tendrían ahora. Aprenden otras cosas mucho más rápido. Otra razón muy importante es que la sociedad de los Estados Unidos ha sido siempre un mercado. Los americanos, y no solo los abogados, ven el mundo, a su sociedad y su cultura desde

una perspectiva de mercado. El mercado es muy importante. Se dice que realmente hay dos cosas importantes en la cultura pública americana: la Constitución y el mercado. En el caso europeo, esto no es tan así.

Para ellos el mercado es importante, pero no es tan importante. Los europeos ven al mercado como un elemento más entre otros, algo que debe ser controlado. Están muy comprometidos con su Estado de bienestar social. Así que, un mercado completamente libre sin un elemento de bienestar social para los europeos occidentales no es aceptable ni políticamente ni personalmente, por lo que son más escépticos en aceptarlo; la eficiencia es buena pero con ciertos límites. Piensan mucho más en el bienestar social colectivo. Ellos dicen que el análisis económico del Derecho está informado de la ciencia jurídica, informado de la jurisprudencia; hace que la ley aparezca científica como las matemáticas. Se puede calcular; se tienen fórmulas, se tienen teorías, no nace del Derecho, un asunto de justicia, sino de precisión. El Derecho norteamericano se vuelve más preciso, porque de otra manera el Derecho norteamericano sería muy raro, muy abierto, confuso, desunificado, muy diverso. Es entonces cuando ciertos grupos de personas o abogados tienen la necesidad de hacer las cosas más precisas y así es como se hace. Los europeos occidentales no tienen esa necesidad en esa extensión, porque están preunidos de la tradición civilista basada en la romanista, y probablemente ustedes también. Tenemos una ciencia jurídica que es más precisa, porque tenemos conceptos claros, basados en conceptos mentales. Tenemos un sistema jurídico mucho más organizado.

En la lógica de la ley, los civilistas de Alemania, Francia, Italia, pensamos que es importante tener algo que haga que la ley sea predecible y precisa. No tenemos la necesidad de algo más, pero los americanos que no tienen un Código Civil o un sistema jurídico organizado, si manifiestan esa necesidad. Mucha gente que cree en el análisis económico del Derecho necesitan una fórmula en los Estados Unidos. Creen en esta disciplina porque les da algo de donde apoyarse, alguna seguridad, alguna ayuda, pueden sentir que la ley es predecible y precisa. Por esa razón, yo creo que esto estará muy de moda en los Estados Unidos por un largo tiempo, o por lo menos por un tiempo, porque por ejemplo, el Derecho Civil en muchas partes del mundo se encuentra dentro de un sistema codificado que ha sido adoptado.