

"NO EXISTE MISTERIO DEL CAPITAL ALGUNO" El otro análisis económico del Derecho*

Entrevista a Ugo Mattei**

Especialista en Derecho Comparado y análisis económico del Derecho con estudios en la London School of Economics y la Faculté Internationale de Droit Comparé de Estrasburgo, profesor de Derecho en diferentes universidades y varias materias, miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado, autor de once libros e innumerables artículos traducidos a los principales idiomas e investigador con experiencias de campo en diversos países (Congo, Somalia, Israel, Japón, Rusia y Etiopía, entre otros). Ugo Mattei es, qué duda cabe, un académico muy importante. Con motivo de su ponencia por el veinte aniversario del Código Civil organizada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, THEMIS aprovechó su paso por Lima para conversar con él sobre temas vinculados al análisis económico del Derecho y la realidad nacional.

* La presente entrevista fue elaborada y realizada por Federico de Cárdenas Romero, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, y por Javier de Belaunde de Cárdenas, Director de la Comisión de Contenido de THEMIS, quien tuvo a su cargo la traducción. Agradecemos al doctor Gastón Fernández Cruz por la colaboración brindada para la realización de la presente entrevista.

** Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Torino, Italia (sucesor de cátedra del profesor Rodolfo Sacco), Profesor *Alfred and Hanna Fromm* de Derecho Internacional y Derecho Comparado en la Universidad de California (sucesor de cátedra del profesor Rudolf B. Schlesinger). Boalt Hall School of Law, U.C. Berkeley. LL.M. Dottore in Giurisprudenza por la Universidad de Torino.

1. ¿Cómo surgió su interés por el Derecho? Específicamente, ¿por qué se interesó por el análisis económico del Derecho proviniendo de un país como Italia que se encuentra más identificado con la aproximación civil tradicional?

Mi interés por el Derecho en general surgió de forma tardía. Cuando acabé la secundaria en Italia me puse a buscar la facultad que comenzaba más tarde, quería tener unas vacaciones muy largas para poder viajar. Así, Derecho empezaba en noviembre mientras las otras facultades que estaba contemplando, que eran la de Economía y Ciencia Política, empezaban en octubre, con lo cual decidí estudiar Derecho. Fue una decisión muy personal.

Mientras que por el análisis económico del Derecho mi interés surgió de una forma distinta. Cuando me gradué de la Facultad de Derecho me fui a África. El primer estudio que realicé fue en el Congo francés, ahí empecé a tomar interés por los temas relacionados con la reforma de las reglas de propiedad y de tierras en los países menos desarrollados. Mientras realizaba mis investigaciones en África me di cuenta que todo lo que había aprendido en la Facultad era prácticamente inútil. A lo que me refiero es que sólo podía entender el Derecho en su aspecto más formal, pero no entendía nada de la esencia del problema económico.

Así que cuando regresé a Italia me di cuenta que lo que quería era involucrarme con la economía, debido a que necesitaba un mejor entendimiento de lo que subyace a las formas legales. Por ese entonces, Calabresi se encontraba visitando Italia con motivo de una conferencia en Pisa y mi mentor, Rodolfo Sacco, me lo presentó... a él que era el tipo importante del análisis económico del Derecho.

Luego fui al Departamento de Economía de Yale y pasé un año trabajando con figuras muy importantes como Calabresi y Tobin e hice los primeros trabajos de mi obra. Así que cuando regresé a Italia fue natural que escribiera el tipo de cosas que escribí. Así fue como empecé con el análisis económico del Derecho, pero esto fue en realidad desde el Derecho Comparado. A mí no me interesaba la rigurosa tradición civil, lo mío fue el Derecho Comparado desde un principio.

2. Recientemente tuvimos la oportunidad de entrevistar a George Priest¹ quien se encontraba en Lima para dictar unas conferencias. En aquella oportunidad le preguntamos acerca del desarrollo del análisis

económico del Derecho en los Estados Unidos. En ese sentido, nos gustaría saber cuál es la posición del movimiento en Europa y cuál es su opinión sobre su futuro.

Bueno, yo fui uno de los primeros en hacer análisis económico del Derecho en Italia en los ochenta. En ese tiempo todos lo veían con mucho optimismo y era realmente emocionante que estuviera llegando algo de análisis económico del Derecho a Europa. De hecho, logramos muchos progresos: hubo un esfuerzo inicial para crear una sociedad europea de análisis económico del Derecho, yo mismo creé, junto con Robert Cooter, el Comparative Law and Economics Forum que es un grupo de académicos de Europa, Estados Unidos y Japón que se reúne todos los años. Asimismo, las jóvenes generaciones de Italia, Alemania, Suecia, Suiza y Escandinavia se interesaron y empezaron a realizar sus propios trabajos.

Ahora bien, en estos momentos considero que el análisis económico del Derecho está sufriendo un declive, no sólo en Europa, sino en los Estados Unidos. En el sentido que ha sido transformado por el neoliberalismo. Se convirtió en una especie de paradigma político y se conectó con el tipo de políticas del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional y del Consenso de Washington. Así, fue retransformado en una industria, consiguió mucho dinero de instituciones conservadoras como la Fundación Olin y se crearon muchas cátedras en los Estados Unidos de análisis económico del Derecho –lo cual dio la sensación que estaba creciendo. Por el contrario, creo que una vez que un movimiento intelectual se institucionaliza, se acerca demasiado al poder y empieza a decaer, deja de ser interesante y deja de representar una postura crítica.

En Europa lo que realmente nos fascinaba del análisis económico del Derecho al comienzo era su potencial crítico, la posibilidad de mirar al Derecho –que en Europa mirábamos de una manera muy formal– desde la perspectiva de los incentivos y desde la perspectiva de los usuarios del sistema legal. Básicamente nos interesaba utilizar al análisis económico del Derecho como una herramienta para entender al Derecho de una forma crítica.

Pero ahora ya nada resulta interesante en él, debido a que la mayor parte de lo que ha salido del análisis económico del Derecho de los Estados Unidos es desesperadamente parroquial, sólo funciona para ellos, ellos asumen que todo se parece a los Estados Unidos. La mayor parte de los académicos

norteamericanos de esta tendencia son realmente incapaces de desarrollar una forma de pensar que pueda ser usada en diferentes contextos, siendo respetuosa de las diferencias. Así, el análisis económico del Derecho ha tomado una forma imperialista y parroquial. Recientemente escribí un artículo sobre estas ideas que aparecerá en el próximo número del Maryland Law Review titulado "The rise and fall of law and economics" ["El ascenso y la caída del análisis económico del Derecho"], lo escribí con ocasión del simposio en honor a Guido Calabresi celebrado en Maryland.

3. Una crítica común al análisis económico del Derecho aquí en el Perú es la que sostiene que constituye una aproximación incompleta que no toma en cuenta la realidad (espacio y tiempo específicos). Además, se señala que su aplicación en un país con una cultura y proceso histórico distinto podría resultar peligrosa. ¿Encuentra esta crítica fundada?

Sí, hay mucho de cierto en esa afirmación. Sin embargo, no creo que sea una buena razón para no hacer análisis económico del Derecho, ya que definitivamente es cierto que existen muy buenas razones para entender al Derecho desde la perspectiva económica. Entenderlo como un método de trabajo es importante, pero resulta aún más importante tener la capacidad de transformarlo —en el proceso de recepción— en orden a ver para qué puede ser usado. Es importante realizar un esfuerzo para hacer trabajos originales.

Creo que las críticas resultan fundadas si el análisis económico del Derecho se importa de los Estados Unidos, se transfiere al Perú o Europa y el trasfondo institucional no es tomado en cuenta. Yo mismo intenté realizar ése trabajo de "adaptación", sensible a las diferencias institucionales, en mis trabajos comparados de análisis económico del Derecho. Se podría realizar mucho en ese sentido, poner la realidad institucional en el contexto y tomarla en consideración como parte de la película, pero la gente no lo está haciendo. Por alguna razón, las personas que se dedican al análisis económico del Derecho en Europa y Latinoamérica —conozco muy bien a los integrantes de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía— son muy poco críticas, sólo le rinden culto a los pesos pesados de Yale, Chicago, etc., pero no tienen una posición ni una comprensión original. Así que eventualmente desarrollan ideas que no encajan con la realidad.

Se debe tomar en consideración a la realidad de una forma muy humilde, pero es importante presentar una aproximación original. Y esto es lo que hace falta, estamos realmente experimentando un proceso donde

asumimos lo primero que salga de los Estados Unidos sin mucho pensamiento crítico. Esto se relaciona con lo que señalaba antes, si el análisis económico del Derecho no constituye un instrumento de análisis crítico se convierte en propaganda inútil de las hegemonías actuales. Ya tuvimos demasiado neoliberalismo y poder económico llegando aquí por sus propios medios como para tener además una teoría que lo justifique y legitime. Necesitamos algo para entender y criticar.

4. Recientemente leímos en un artículo de Richard Epstein que un adecuado nivel de protección del medio ambiente podría ser alcanzado por simples reglas de propiedad evitando la regulación administrativa que, según su opinión, era una forma de expropiar sin compensar. ¿Cómo podemos conciliar la necesidad de desarrollo con una adecuada protección del medio ambiente?

Epstein es para mí el símbolo del análisis económico del Derecho volviéndose completamente ideológico y, por ende, mala investigación. No tengo ningún problema en señalar esto públicamente. Lo que él ha venido señalando recientemente son por completo tonterías. Quiero decir, su idea de reglas simples para un mundo complejo es como la plataforma política del pensamiento reaccionario. Apunta a destruir las fortalezas de gobierno del Derecho y la política favoreciendo a los fuertes sobre los débiles. En una sociedad afectada por el desequilibrio de poder él argumenta a favor de la ley de la jungla: "retornemos a los buenos tiempos en los que el empleador podía dominar a los empleados atándolos a contratos abusivos".

Desafortunadamente esta es la realidad de la opresión en contra de la cual tenemos que luchar, y en efecto el mundo del profesor Epstein es más real de lo que uno podría imaginarse. Es suficiente ver la realidad en las minas, plantaciones, zonas económicas especiales, etc. Propiedad simple y contratos muy simples triunfan ahí ¿es esto eficiente? El tipo de darwinismo que Epstein aboga en nombre de la eficiencia económica es inhumano.

Resulta más importante la pregunta que plantean sobre la relación entre desarrollo y medio ambiente, y no creo que en absoluto sea una buena idea deshacerse del Derecho Público o del gobierno. Creo que la idea de deshacerse del Derecho Público es equivocada. Si lo haces y reduces el gobierno y la regulación para tener un sistema que funcione en contra de las externalidades —polución, desastres ambientales, explotación laboral, etc.— evitando la anarquía, se necesitaría tener un sistema de cortes que funcione

como el sistema norteamericano. Por razones estructurales y culturales eso no es una posibilidad en la tradición del Derecho Civil, ni en Europa ni aquí. Tampoco es necesariamente deseable. Creo que tenemos que mantener el Derecho Público, la regulación administrativa, las instituciones que son capaces de redistribuir la riqueza, necesitamos más gobierno en vez de menos, necesitamos pagar más impuestos y no menos, necesitamos redescubrir el poder de las políticas de participación para el bien común. No existe razón real alguna por la cual el sector privado deba servir el interés común mejor que el factor público, el sector privado puede ser muy eficiente, pero su propósito es servir al interés privado. No creo que exista algún contenido intelectual real en argumentar *a priori* a favor de la privatización.

5. En el contexto de las conferencias sobre los veinte años del Código Civil peruano, en el cual algunos abogados proponen realizar pequeñas reformas o, incluso, promulgar un nuevo Código; ¿qué tan importantes son las normas para determinar la realidad? ¿No deberíamos enfocarnos también en la cultura?

Creo que el Código Civil peruano puede ser importante como un ejercicio simbólico ya que contiene ideas de funcionamiento social, ideas sociales del Derecho y, en algún sentido, simboliza la posibilidad de que la cultura legal funcione para obtener justicia social, lo cual es realmente importante. Sin embargo, en la práctica es derrotado por la realidad peruana ya que en el nivel más bajo la mayoría de peruanos no vive aplicando el sistema legal formal. Así, la mayor parte de la población del centro del país o de las periferias de las grandes ciudades aplica sistemas legales informales, tal vez legados de la era de la pre-codificación o, incluso, algún legado Inca.

Existen muchas clases de reglas de Derecho informal, Derecho tradicional, que no necesita de jueces o abogados. Estas reglas simplemente funcionan como un sistema legal tradicional que ocupa gran parte del sistema legal. Por encima del Código existe esta gran capa de Derecho "imperial": el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, las grandes firmas norteamericanas, etc., que producen un sistema legal formal que no tiene nada de social, es sólo la estructura legal del imperialismo económico. Además esa capa no tiene nada que hacer con el Código. Así, el Código es derrotado por arriba y por abajo.

La base es ocupada por el Derecho informal y la parte superior por la capa de derecho internacional que es gran medida *americanized*. En el poco espacio medio que queda se encuentra este Código que es simbólico para la cultura legal, tiene algunas ideas, involucra

algún contenido social, pero no creo que haya cumplido algún rol hasta ahora en resistir la penetración de modelos de Derecho neoliberales.

De esta forma, el Derecho privado es producido por el Fondo Monetario Internacional a través de los programas de ajustes estructurales y no tiene nada que ver con responsabilidad social, ellos sólo quieren que les devuelvan el dinero, así que es una especie de nuevo esfuerzo colonial para la extracción. El Fondo no se preocupa si el Código pretende crear una sociedad de personas que vivan juntas en una forma socialmente responsable.

En términos generales, creo que dado el estado de la cuestión resulta de importancia que los peruanos empiecen, finalmente, a trabajar con otros académicos latinoamericanos en Chile, Argentina, Brasil, Ecuador, Bolivia, Uruguay, etc., para que se entiendan y entiendan sus intereses, la realidad del Derecho latinoamericano, y paren de importar Derecho de las antiguas colonias de occidente. Tal vez, dentro de este diálogo, una legislación realmente efectiva y socialmente responsable, que resista la arrogancia del neoliberalismo, pueda ser creada; tal vez incluso un código, que después de todo es una constitución económica.

El Derecho que ustedes han estado importando desde tiempos coloniales ha sido completamente funcional al proceso del capitalismo occidental. Continuar haciéndolo, es decir, importando Derecho es simplemente continuar importando el sistema legal que ha sido creado para favorecer un modelo de desarrollo internacional en el cual Latinoamérica es saqueada sistemáticamente de todos sus recursos. Lo importante es que ustedes establezcan una comunicación con otras culturas latinoamericanas, entiendan su propia realidad, creen alguna resistencia y construyan un sistema legal que integre fuertemente una nueva responsabilidad política en Latinoamérica.

Esto es importante y es el momento indicado para hacerlo ya que Estados Unidos está ocupado en Irak y no está prestando mucha atención a lo que ocurre acá por primera vez en cerca de doscientos años. Este es el momento para que los países deudores Latinoamericanos, ayudados por nuevas y creativas teorías legales, se nieguen a pagarle de vuelta al Fondo y se nieguen a seguir drenando los recursos de los pobres para cumplir con la deuda; en realidad es el momento de reclamar de vuelta —sobre la base de una teoría de restitución— lo que ha sido extraído en las centurias pasadas de seudo independencia. ¡Esto ciertamente sería un rol revolucionario para los académicos peruanos!

Preferiría ver a la cultura jurídica peruana expandiendo conexiones con otras culturas latinoamericanas y

creando ideas originales aquí, criticando un modelo de desarrollo que los está penalizando –y los ha estado penalizando desde siempre– en vez de ver un nuevo Código Civil en Perú.

6. En estos días el Gobierno peruano se encuentra negociando un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Uno de los puntos más duros de la negociación del Tratado es el relativo a las patentes médicas. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Creo que no deberían entrar en ese tratado de libre comercio con los Estados Unidos –y nadie debería– hasta que el desequilibrio de poder sea remediado. Considero que todo el asunto del libre comercio – básicamente desde que este país fue independiente– ha sido usado para impedir la creación de una economía local sostenible. Siempre que hubo algún intento para crear una industria local o para proteger la creación de algún desarrollo local unos tipos llegaban con la idea de mercados abiertos para destruir la posibilidad del desarrollo de Sudamérica, poniendo a los países uno en contra del otro, poniendo a las personas de la costa en contra de las personas del interior.

Sabemos que constantemente la política británica en Sudamérica ha sido la de presionar la apertura de los mercados ya que el mercado abierto demanda que los recursos que estaban aquí pueden ser extraídos y llevados a Europa por precios muy baratos. Así fue que tuvieron latifundios, y así fue que no tuvieron clase media. El interés de las potencias de occidente –que predicaban a los pobres el libre comercio mientras protegen su propio comercio– era mantener a las personas pobres porque al hacerlo aseguraban mano de obra barata para extraer materias primas y enviarlas a Europa. La estructura de comunicaciones y carreteras en Latinoamérica es la mejor evidencia de lo que estoy diciendo. Es más fácil ir a Europa que ir a Buenos Aires desde aquí o incluso al Perú del interior. La infraestructura, al igual que la ley, sirvió a los intereses de las potencias extranjeras, particularmente a los británicos, para extraer los recursos y enviarlos a Europa. Gran Bretaña se desarrolló gracias al oro, plata o guano latinoamericano, ¡sólo transferido nominalmente a los españoles porque ellos le debían dinero a los británicos! Todo esto en nombre del libre comercio.

Ahora mismo la propiedad intelectual occidental es como el nuevo latifundio, es nuevamente una forma de acumular nuevos recursos en las manos de un muy reducido número de poderes monopolísticos que están en los Estados Unidos. Estos poderes hacen *lobby* ante el congreso norteamericano –y controlan la Organización Mundial del Comercio– para establecer

reglas de patentes estrictas y duras. Pero una cosa es clara: no existe razón de eficiencia alguna en la propiedad intelectual, las personas del análisis económico del Derecho que defienden la propiedad intelectual son mentirosos, están recibiendo dinero de las grandes potencias para mentir. La propiedad intelectual es ineficiente. Un monopolio no puede ser eficiente. La propiedad intelectual sostiene una estructura de poder monopolístico, concentrando toda la riqueza en las manos de un número muy reducido de actores económicos que controlan tanto el centro como la periferia. Así que si yo fuera ustedes me mantendría afuera de esa estafa llamada tratado del libre comercio.

Estoy a favor de los actos de resistencia. ¡Estuve muy contento de encontrar mientras viajaba por el Perú que todos los DVDs y CDs han sido pirateados! Tal vez exista una buena teoría en no pagar la deuda externa como existe una para la piratería, la resistencia a los derechos de autor. Si los países latinoamericanos se conectan, conversan entre ellos y se dan cuenta que son mercados potencialmente fuerte e importantes, con un potencial liderazgo inteligente, con muchas cosas que son positivas, la actitud y el curso de los eventos pueden cambiar. Lo que hoy parece necesario (como respetar la propiedad intelectual y cumplir con la deuda) podría presentarse de una forma más contingente.

El poder de un demandado con una buena teoría legal es enorme, ¡cualquier abogado sabe eso! Una buena teoría de no cumplimiento de la deuda externa y no respeto a la propiedad intelectual potenciaría a los latinoamericanos. Ustedes tienen toda la razón del mundo para negarse a pagar la deuda externa porque el modelo actual de desarrollo es un fraude, esto es algo que creo desde el fondo de mi corazón. Un modelo de desarrollo más justo, que es algo absolutamente importante y necesario para que la humanidad sobreviva, sólo puede empezar de países como Perú donde las multitudes no tienen nada que perder y los líderes tienen que entender que la proporción de poder está cambiando.

En Latinoamérica se encuentra todo el potencial de una resistencia efectiva, ustedes tienen un nivel sorprendente de cultura común y de experiencias comunes –he estado en Colombia, Argentina, Bolivia, Méjico y Haití. La única razón para estar históricamente separados fue el colonialismo, no existe razón real. Ustedes realmente necesitan trabajar en crear instituciones comunes, instituciones de solidaridad, instituciones de personas, instituciones que sirvan a las personas antes que al lucro... no un tratado de libre comercio con la misma potencia que desde la doctrina Monroe (1823) ha trabajado para cerrarle el paso a su desarrollo y humillar a su gente.

7. ¿Existe otra forma de desarrollo diferente a la del mercado?

El mercado no tiene significado alguno, no existe tal cosa como "el mercado", existen mercados con diferentes características determinadas por diferentes marcos institucionales que tienen que servir ciertos propósitos. Un mercado es una institución y tiene que servir cierto propósito, si sirve el propósito entonces debemos tenerlo y alentararlo. El mercado es un medio no un fin en sí mismo. "El mercado", esta especie de idea universal, noción post 1991 del mercado como único camino al desarrollo, es sólo ideología, este es el tipo de cosas que una buena investigación sería en análisis económico del Derecho rechazaría. Lo que estoy diciendo es: existen mercados, diferentes tipos de mercados y pueden existir instituciones de mercado que sea importante mantener. Sin embargo, existen muchas instituciones fuera del mercado que es importante mantener. Déjenme ponerles un ejemplo, en este país el gran problema es el desempleo, hay mucha gente desempleada. Ahora bien, todas las recetas de reestructuración de mercado que provienen del Banco Mundial implican crear mayor desempleo, todas pretenden racionalizar la producción lo que significa echar a la gente de sus empleos. ¿Qué sentido tiene seguir recetas como esas? Estas recetas no sirven a los intereses de Latinoamérica, sirven a los intereses de la gente del norte que quiere mantener mano de obra barata y mucho desempleo para la producción en masa y la extracción de este país.

Así que no es "el mercado", esta es una falla del mercado, un mercado que sirve al imperialismo y no a las personas. Lo que necesitan hacer con las instituciones

de mercado es usarlas como un medio, pero no dejarlo todo a las fuerzas no reguladas del lucro, porque "el mercado" sólo significa que los más fuertes obtendrán aún más y los menos fuertes siempre menos.

8. El investigador peruano Hernando de Soto sostiene que es posible eliminar la pobreza de los países subdesarrollados formalizando la propiedad informal de las personas pobres de tal forma que puedan tener acceso al crédito. De su experiencia en países subdesarrollados y en temas de propiedad, ¿qué opinión le merece esta teoría?

Estoy en desacuerdo con el señor de Soto y he desarrollado este argumento en mi ponencia presentada en la conferencia sobre los veinte años del Código Civil. El problema real es que los pobres están tan desesperados, explotados y sin esperanzas en el hemisferio sur como que para que cualquier teoría como la de él funcione. La verdadera cuestión es la distribución básica, no el acceso al crédito. Si usted se muere de hambre, si usted vive con dos dólares diarios, si su casa es una pocilga, si se les niega la educación y cuidados básicos a sus hijos, usted no puede siquiera empezar a pensar de forma creativa y convertirse en un empresario. El argumento de Hernando de Soto –el cual, dicho sea de paso, es técnicamente equivocado desde el punto de vista legal– es nuevamente parcial e ideológico. Culpa a los pobres por serlo y a los subdesarrollados por el subdesarrollo, en vez de colocar la responsabilidad donde corresponde. El desarrollo occidental no habría sido posible sin abrir las venas de Latinoamérica. Todo es muy trivial. No existe misterio del capital alguno: occidente trata de impedir todas las alternativas.