

Recensió a ' *Law's Order, What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*', de David D. Friedman

Pablo Salvador Coderch

- **David D. Friedman, *Law's Order, What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2000, \$20.97.**

1. POSTner

És possible Posner després de Posner? David Friedman acaba de demostrar que gairebé: *Law's Order* és probablement la introducció a l'anàlisi econòmica del dret més suggestiva dels darrers anys. En això i en d'altres coses - com la correcció del seu anglès i la polèmica d'algunes de les seves tesis -, el llibre de Friedman és un successor brillant de l'*Economic Analysis of Law*, Richard Posner 5th ed., Aspen Publishers, New York, 1998.

Però ja he escrit que només gairebé. *Law's Order* és més breu que *Economic Analysis of Law*. L'obra comença amb una reflexió d'unes 100 pàgines sobre la teoria (caps. 1 a 9), que per a Friedman és, bàsicament, teoria dels preus: l'autor esmenta la teoria de jocs només per escriure immediatament i injustament que, a la realitat, no funciona ("*game theory ... is ambiguous until you assume away large parts of the problem in the details of how you set it up*", pàg. 86). La resta del llibre tracta dels drets de propietat (capítols 10 i 11), els contractes (cap. 12), la família (cap.13), el dret de danys (cap. 14), el penal (cap.15), competència (cap. 16), un *excursus* molt breu sobre normes socials (cap. 17: els casos del país sense rei, Islàndia, segle X fins mitjans del XIII, del dret penal sense presons però amb força i *transportation*, Gran Bretanya fins el 1830, i el - pel que sembla - inevitable dels grangers del *Shasta Valley*, novament sobre dret de danys i dret penal (cap. 18: un dels més creatius i oberts) per finalitzar amb un homenatge al mateix Posner (cap. 19: anàlisi de la conjectura de Landes/Posner sobre l'eficàcia del *Common Law*).

2. Entre dos mars

Una particularitat també primordialment positiva de *Law's Order* consisteix en què els seus candidats a llegir-lo gairebé poden elegir entre comprar la versió en paper o - si tenen molta paciència i força temps - consultar-lo a la xarxa (www.best.com/~ddfr/laws_order/, i no www.best.com/~ddfr/laws_order/), com recomana la pàgina 6 de l'edició en paper). S'ha d'advertir que l'edició en suport paper necessita la xarxa, ja que l'autor hi ha penjat cites, els *links* a llibres i articles, els casos, els apèndixs matemàtics i - implausiblement - alguns comentaris addicionals. L'obra sencera està així entre dos móns que es necessiten recíprocament.

És això dolent? Potser més d'un cibernauta irredempt cregui que Friedman s'ha quedat entre dues aigües. És possible, però els llibres virtuals són encara molt poc manejables, el

de Friedman està destinat primàriament a l'ensenyament de l'anàlisi econòmica del dret per a estudiants de dret americans - és a dir, pel nostre equivalent a postgraduats - i, en una aula amb gent que interactua, el llibre imprès és encara millor eina que l'ordinador. No pas per molt temps, suposo. En qualsevol cas, el lector farà bé en consultar els materials de la xarxa.

3. Menyspreu de la justícia

Com Posner, Friedman a vegades tendeix a l'improperi propalat en perfecte anglès. Potser la més injuriada de totes les entitats sigui una que Friedman considera poc menys que imaginària, la Justícia: *Law's Order* es proposa, escriu, analitzar els sistemes legals tot preguntant quines conseqüències tindrà la seva aplicació en un món on els individus racionals adequin el seu comportament a les regles amb que s'enfronten (pàg. 4). Aleshores, a l'objecció que això prescindeix de la justícia, l'autor respon que "*justice does not give an adequate account of law, both because it is irrelevant to a surprisingly large number of legal issues and because we have not adequate theory of what makes some rules just and some unjust*" (pàg. 5). Friedman és conseqüent amb aquest punt de partida i la seva anàlisi del dret penal assumeix que s'han de mesurar de la mateixa manera els costos i els beneficis de l'homicida i de la seva víctima: si això produeix l'efecte que l'homicidi és dolent (més costos socialment que no pas beneficis), el resultat és interessant, però si produeix l'efecte contrari, potser encara ho és més (pàg. 230). Això és econòmicament correcte, però resulta insuficient per a un jurista: hom pot dir, com a mínim, que aquesta forma de veure les coses margina l'anàlisi dels processos de formació i canvis de les preferències. Però l'autor té raó en una cosa: l'al·legació de l'anomalia moral que el jurista sol esgrimir és, majoritàriament, una pobra coartada davant de la dificultat d'abordar una anàlisi rigorosa de les conseqüències reals d'un o d'un altre comportament.

4. Coase encara

En el capítol 4 Friedman recita el *mantra* de l'anàlisi econòmica del dret: allò important són els costos de transacció, *stupid!* L'exposició seria rodona si no anés seguida per un dens capítol 5: Friedman no ha volgut prescindir de tot el *holdout*, dels errors judicials o de la idea de bé públic; i probablement aquest capítol és útil a l'aula (encara que, novament, es pot parlar de passada d'*strategic bargain*, pàg. 51 i deixar al marge tota la teoria de jocs?). I es que tots dos capítols deixen entreveure algunes de les impressionants habilitats dialèctiques de Friedman el professor: fent classe, preguntant i atorrollant, ha de ser com a mínim agut i penetrant fins al moll de l'ós i el seu llibre és primàriament una eina de treball per tot un semestre acadèmic. Ara bé, tractar d'utilitzar-la a Espanya com a introducció a l'economia per a estudiants de primer o segon de dret seria com picar amb el cap contra la paret: s'ha de saber força dret per extreure totes les potencialitats del llibre.

5. *Sobretot assegurances*

Vegem-ne una: si vostè pregunta a un polític o a un periodista professional si s'ha de permetre o no que els ciutadans adults d'aquest país es puguin sotmetre, si ho desitgen, a proves genètiques confidencials que permetin detectar la seva propensió a desenvolupar alguna malaltia, és molt probable que la resposta que obtingui sigui afirmativa. Però si, tot seguit, els pregunta si les companyies d'assegurances podran sotmetre a qui vulguin contractar amb elles una assegurança de vida a les mateixes proves, crec - em temo- que la resposta serà negativa i amb èmfasi adverbial afegit: "No, en absolut". Llàstima: els qui tinguin propensió i ho sàpiguen es voldran assegurar; els qui no en tinguin i també ho sàpiguen, no s'asseguraran mai. Això es diu selecció adversa, però les respostes hipotètiques dels nostres polítics i periodistes són només una adversitat: si les generacions futures passen per aquest llibre o per un altre de semblant, les coses aniran indubtablement millor. Friedman ho sap, però ell també és socràtic i no només en el mètode. El capítol 6, que tracta de l'assignació de risc mitjançant regles legals, és un dels grans encerts del seu llibre.

6. *Per què la temptativa no és impune?*

Una de les aportacions més fecundes de l'anàlisi econòmica a la reflexió jurídica és el seu enfocament conseqüencialista: què esdevindrà a la realitat si apliquem una o altra regla de dret? Però això exigeix una anàlisi *ex ante* i no *ex post* de les regles en qüestió: castigar les temptatives d'assassinat implica prevenir resultats més desagradables pel procediment de sancionar comportaments que incrementen la probabilitat del fet en qüestió. Això mateix es pot dir de les multes per excés de velocitat. El capítol 7 de *Law's Order* s'ocupa d'aquests temes planerament i amb bon to; el seu lector entendreà per què, per exemple, les sancions *ex post* han de ser més greus que les sancions *ex ante*, però tal vegada trobarà a faltar una referència a la tendència d'alguns jutges i de molts jurats a aplicar regles de dret fent ús d'informació disponible únicament *ex post* (*Hindsight rule*).

7. *Per un mercat d'expectatives de dret*

És difícil saber quant val la vida encara que tots adoptem més precaucions i cura quan afrontem riscos augmentats de perdre-la. D'altra banda, una vella aporia de la indemnització per danys morals consisteix en què les víctimes potencials no estan en principi disposades a assegurar-se contra la seva producció o, almenys, no ho estan a fer-ho íntegrament - vegeu Fernando Gómez, [Dany moral \(www.indret.com\)](http://www.indret.com) - ja que el descens de la capacitat de gaudir d'una suma de diner que experimenta la víctima de danys com ara la paràlisi o la mort d'un ésser estimat és tant gran, que la quantitat de diner necessària per compensar-lo supera allò que estaria disposat a pagar *ex ante*. El dany moral és així un exemple clar de com de difícil resulta a vegades prevenir *ex ante* l'accident i compensar *ex post* a la víctima. En el capítol 9, s'aborden aquestes temes clàssics del dret de danys amb les dues qualitats bàsiques que caracteritzen a l'autor de l'obra comentada:

- Primera, hàbil ús de la llengua: frases com "El problema [del valor de la vida] no és multiplicar per infinit sinó dividir per zero" diuen molt, ho fan molt bé i gasten mot poc espai-temps.
- Segona, propostes de solucions que apel·len a la intel·ligència del lector: atès que les víctimes potencials de danys morals no estan disposades a comprar una assegurança, potser sí que ho estarien a *vendre-la*. Per què no permetre que els qui se sotmeten a riscos molt seriosos de patir danys morals no vinguin les seves expectatives de dret a reclamar a empreses especialitzades en reclamar pels danys causats si s'arriben a produir?

8. *Intermezzo: publicitat*

No puc dir el mateix de les pàgines 103 a 111 del llibre, un *intermezzo* introductori al sistema legal nordamericà esperable d'un seguidor del millor Posner, però també perfectament prescindible: segons sembla, allò primer i principal és que es digueren poques coses d'interès sobre el dret americà abans de 1958, any en que inicià el seu camí el *Journal of Law and Economics*, i segon, que el sistema legal en qüestió es redueix al *Common Law*. El lector farà bé en saltar al capítol 19, on es discuteix la conjectura posneriana sobre l'eficiència del *Common Law* per passar finalment a l'Epíleg del llibre, pàgines 318-319. A la pàgina 317, la confessió modesta i humana: "L'economia no és ni un conjunt de preguntes ni un conjunt de respostes; és un intent de comprendre el comportament". Fent-ho, confesso els meus prejudicis de jurista madur: quant més llegeixo als economistes, més busco als psicòlegs, però quan més els llegeixo, més enyoro als etòlegs. No hem, però, de desesperar-nos: sabem més que fa trenta anys, quan jo encara estudiava. Els lectors joves d'aquest llibre el superaran en deú.

9. *Propietat i contractes*

El capítol 10 de *Law's Order* és una descripció estàndard de la teoria dominant sobre drets de propietat, una bona introducció de lectura recomanable fins i tot per a estudiants de llicenciatura que no estiguin interessats en l'anàlisi econòmica del dret. L'única extravagància del capítol és una especulació literària sobre els pobres gossos domèstics (pàgs. 118-119) i l'origen de la propietat privada, el grau de plausibilitat de la qual recorda vagament al de les conjectures oníriques sobre la tribu primitiva, formulades a la Viena de la *Belle Époque*. I encara que Friedman reconeix els seus excessos i ens n'adverteix (pàg. 119), hom no sempre està segur d'haver encertat en reconèixer quan l'autor escriu seriosament i quan no.

En qualsevol cas, la discussió sobre els drets de propietat se centra - o es redueix - en el capítol 11 als de propietat intel·lectual i industrial i allò millor és sempre un bon atac: Friedman planteja bé el seu cas contra la propietat intel·lectual - l'increment del nombre de lectors de *Law's Order* no augmenta els costos d'haver-lo escrit - i quelcom semblant passa amb *InDret*. Sempre provocador el professor Friedman repta als seus lectors a cada pàgina.

El capítol 12 de *Law's Order* tracta dels contractes. En un contracte, les parts que el formalitzen estableixen dues llistes: a la primera hi figuren els comportaments que hauran de dur a terme o bé abstenir-se'n en funció de les condicions que han inclòs a la segona. Les dues llistes poden ser més o menys llargues, però sempre són incompletes, ja que - entre d'altres coses - contractar és una activitat costosa. Els contractes i el dret de contractes existeixen per dues raons fonamentals: primera, permeten passar de la prestació a l'obligació, és a dir, de la permuta al crèdit (no hi hauria prestamistes si no hi hagués forma d'exigir el compliment de l'obligació del prestatari de restituir el capital rebut); segona, perquè permeten passar de les prestacions purament genèriques a les estrictament personalitzades (que possibiliten el *hold up*: si Balthus es compromet a pintar-me un retrat a l'oli, però el dret de contractes no existeix, si jo compleixo primer, no tinc cap garantia d'obtenir el quadre, però si Balthus comença a pintar abans que jo pagui, ell serà qui resti exposat a no cobrar).

En principi, la condició necessària per tal que es formalitzi un contracte entre A i B és que A tingui drets de propietat sobre un recurs que B podria rendibilitzar millor. Però Friedman, que no ignora pas aquesta orientació intuïtiva, prefereix arrencar de la idea que un contracte és un sistema d'assignació de riscos (pàgs. 161 i seg.), punt de vista coherent amb la importància que, a *Law's Order* s'atribueix al risc moral i a la selecció adversa, però que tal vegada enfosqueix una mica una anàlisi fonamentalment correcte. David D. Friedman és, per aquest ordre cronològic, químic, físic, economista i professor d'anàlisi econòmica del dret: a vegades, la manca d'una educació estrictament legal fa de *Law's Order* un llibre ordenat de manera peculiar. El capítol 12 comença tractant de la reputació com a sistema d'assegurar el compliment de les promeses, segueix amb raons a favor i en contra de la llibertat contractual, salta aleshores a una discussió sobre l'amenaça i el rescat - amb un *excursus* relatiu als avantatges o inconvenients associats a la decisió d'extradir a vells exdictadors com el general Augusto Pinochet (pàgs. 152-153), per acabar amb el tema central de discussió de l'anàlisi moderna del dret de contractes: com aconseguir que el sistema d'incentius al compliment de l'obligació del deutor no provoqui un excés de confiança en el creditor?

El capítol 13, sobre família, sexe i nadons és una extensió de l'anterior. Al cap i a la fi, el matrimoni i les relacions paramatrimonials són contractes de tracte successiu però amb particularitats notables: asimetria entre les inversions específiques del matrimoni que fan l'home i la dona, pes important de les normes socials, increment històric dels costos d'oportunitat de la maternitat i de la cria dels fills, etc. No obstant, el tractament de la matèria és breu i, novament, anecdòticament excèntric: que Friedman ens expliqui en aquest capítol les seves desventures en una agència d'acolliment de gats on ell i la seva família foren sotmesos a un pseudoescàner psicològic (pàgs. 184-185) explica, potser, més coses sobre la seva ideologia anarcoconservada que no pas de l'economia de l'adopció de nens.

En general, els capítols de *Law's Order* sobre contractes constitueixen una eina útil per introduir-se en la seva anàlisi econòmica, així com en la discussió dels casos més clàssics, però, - com ja he esmentat en l'apartat 1 d'aquesta recensió, es troba a faltar un enfocament des de la teoria de jocs, tot i que aquesta llacuna sigui més notable en altres capítols del llibre, com el 16, sobre el dret de la competència.

10. Il·lícits civils i penals: indemnitzacions i sancions

Els capítols 14, 15 i 18, sobre dret de la responsabilitat civil, dret penal i la relació entre tots dos inclouen algunes de les millors pàgines del llibre: l'anàlisi unitària del dret de danys (pàgs. 197-201), comú a negligència i responsabilitat objectiva, i basat en la idea que la primera abasta les precaucions observables (la qualitat del comportament), mentre que la segona inclou les inobservables (com la quantitat de comportament) pot ser discutit (no sempre el nivell de l'activitat és observable), però aporta un argument més a les tesis dels qui creiem que la idea de deure de precaució és comú a negligència i a responsabilitat objectiva i que, a més, apareix de manera redundant en tres moment de l'anàlisi doctrinal clàssic: en seu d'infracció del deure de cura, en matèria de causalitat i quan es defineix el dany (vegeu, a InDret, [Causalitat i responsabilitat](#)).

De manera semblant, tot el contingut del capítol 15, sobre dret penal, constitueix un intent aconseguit d'analitzar el dret penal tenint en compte els costos de castigar, així com el fet de no ser raonable incórrer en el cost de prevenir infraccions quan el que aquestes infligeixen és inferior (pàgs. 226 i seg. i *infra*, pàgs. 283-284). Que després els lectors puguin discrepar de la tesi de Friedman sobre còmput de totes les satisfaccions obtingudes pel criminal amb la comissió de l'acte pel qual se'l castiga ja es quelcom que hem comentat críticament a l'inici d'aquesta breu recensió i quelcom similar es podria dir de la seva postpositivista propensió a escandalitzar al lector políticament correcte: el mínim que es pot afirmar de la seva digressió sobre la possible conveniència o inconveniència d'introduir un mercat d'òrgans d'executats a la pena capital amb l'objecte de reduir els costos de les execucions (pàg. 237) és que, avui per avui, Friedman el professor tal vegada no faria un bon jutge, ja que, a vegades manifesta, com a mínim, indiferència davant del sentit comú. Tal com esmentàvem al principi, no tenim teories sobre la dinàmica de les preferències dels individus en una societat donada, però en absència de coneixements certs sobre la matèria, és potser raonable conjecturar que el sentit comú ens dona un indicador acceptable dels consensos socials bàsics sobre una o una altra idea normativa, és a dir, de les preferències socials sobre la matèria. Si això és així, el bon jutge és qui al millor saber li afegeix la prudència del sentit comú.

En qualsevol cas, paga la pena llegir *Law's Order*, que és probablement una de les millors introduccions a l'anàlisi econòmica del dret que s'han escrit, ho està en un anglès magnífic, es pot complementar amb un bon aparell analític ofert gratuïtament al lector a la xarxa, està al dia i, en darrer lloc, està també ple de bones idees. Fins i tot aquelles que l'autor s'esforça per aplicar i presentant-les com a *shoking* acaben resultant únicament xocants. Millor així.