

ECONOMÍA Y DERECHO: BUSCANDO EL EQUILIBRIO

MESA REDONDA^(*)

FREDDY ESCOBAR ROZAS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Postgrado en Contratos Financieros, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España.
Maestría en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard.
Profesor de Derecho Civil Patrimonial en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor del Curso de Análisis Económico del Derecho en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - LPC.

MARIO CASTILLO FREYRE

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Civil Patrimonial en la Universidad de Lima.
Profesor de Derecho Civil Patrimonial en la Pontificia Universidad Católica de Lima.
Profesor de Derecho Civil Patrimonial en la Universidad Femina del Sagrado Corazón.

ENRIQUE GHERSI SILVA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Economía y Derecho de la Universidad de Lima.
Profesor Visitante de la Universidad Francisco Marroquín (Guatemala).
Profesor Honorario de la Universidad Luce Vicente Rocaforte (Guayaquil).
Académico Adjunto del Cato Institute (Washington).
Miembro de la American Law and Economics Association.

MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Civil Patrimonial en la Universidad de Lima.

LEYSSER L. LEÓN

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Doctor en Derecho Civil por la Scuola Superiore S.
Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia).
Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1. ¿Considera que es correcta la explicación de que en un mundo de recursos escasos y necesidades humanas ilimitadas, el Derecho solo serviría si se permite alcanzar los objetivos deseados al menor costo posible, y que hay objetivos que no pueden alcanzarse sin importar la buena disposición de quienes redactan las normas o quienes la aplican?

ESCOBAR: Esa explicación es correcta. Si los recursos son escasos, el objetivo que la

sociedad persiga, sea cual sea, debe ser alcanzado al menor costo (social) posible, pues resulta inmoral e ineficiente desperdiciar innecesariamente lo poco que hay. Si el Derecho no trata de maximizar la utilidad, que no es otra cosa que gastar lo menos posible para obtener los resultados más provechosos, habrá fallado tanto desde el punto de vista moral como económico.

En cuanto a la buena disposición de quienes redactan las normas, está claro que dicha actitud es loable pero absolutamente insu-

(*) La presente sección estuvo a cargo de Raúl Peña Claro, alumno de Séptimo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y miembro de la Comisión de Estudios de **ADVOCATUS**. Agradecemos a Eduardo Córdova Saki y Álvaro Arbúski Soriano, miembros de la Asociación ADV Editores, por su ayuda en la elaboración de la misma.

ficiente. Las personas reaccionan ante las normas (legales, sociales, etc.) de distintas maneras, en función de una serie de factores cognitivos y psicológicos (aversión, neutralidad o preferencia al riesgo; toma de decisiones bajo el binomio "ganancia"- "pérdida" o bajo la idea del "resultado esperado"; etc.). Estos factores no pueden ser eliminados por ley; nos gusten o no, existen, son reales y hay que enfrentarlos. Por lo tanto, legislar sin tratar de imaginarse (con la ayuda de los economistas y demás científicos sociales) cuál va a ser incentivo o el desincentivo que la norma probablemente genere en el mundo real es algo que linda con la estupidez. Las buenas intenciones son solo eso; si fueran suficientes podríamos descartar a los científicos sociales y ponernos en manos de alguien parecido a Walt Disney.

CASTILLO: Antes de empezar a responder esta interesante cuestionario, quiero agradecer la iniciativa de los miembros de la Revista **ADVOCATUS**, integrada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, por promover este sano intercambio de ideas entre personas que, como es obvio, no pensamos igual.

Y es que la Universidad debe ser sinónimo de pluralidad de ideas y de rechazo a visiones monocordes u oscurantistas de los fenómenos sociales y jurídicos.

Así de libre tiene que ser la Universidad; así de libre tiene que ser el pensamiento jurídico; así de libres tienen que ser las múltiples formas de entender el Derecho.

Por ello, es evidente que no puede haber una sola manera de comprender los fenómenos jurídicos; y, menos aún, una sola manera de poder explicar el Derecho desde fuera del propio Derecho, condicionándolo como ciencia de segundo orden.

Yo tengo una posición muy clara y firme respecto del Análisis Económico del Derecho, la misma que he desarrollado por escrito y en extenso en un libro, cuya autoría comparto con mi amigo y colega, el doctor Ricardo Vásquez Kunze. El libro se titula *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*; y fue editado en noviembre del

año 2004 por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Dicho esto, procedo a contestar las preguntas formuladas.

Para responder a esta pregunta, lo primero que debe hacerse es formular la pregunta previa de para qué sirve el Derecho y, evidentemente, el Derecho sirve para crear un orden mínimo de coerción que permita la convivencia en sociedad.

Esto equivale a decir que el objetivo del Derecho es otro del planteado en la pregunta.

Ahora bien, ese orden social mínimo se caracteriza principalmente por limitar de manera coercitiva las necesidades humanas, y solo luego por desincentivar económicamente muchas de estas necesidades.

Como es evidente, no existe una manera de convivir pacíficamente en un mundo de escasos recursos y de necesidades humanas ilimitadas, que limitando —a través del Derecho— estas necesidades.

Por lo demás, es evidente que siempre he recusado la visión sesgada a través de la cual se intenta explicar la función del Derecho desde la economía, perspectiva que pretende condicionar el orden jurídico a aquello que se considere económicamente correcto.

La Economía es una ciencia que, como todas, es desarrollada por seres humanos; y, en función de esta circunstancia ineludible, todo análisis económico tiene implícita una alta probabilidad de estar errado.

No solo eso, sino que también existen dentro de la economía muchas escuelas y perspectivas teóricas y prácticas que, ante un caso concreto, conducen a los economistas a tener sobre un mismo problema más de una perspectiva de solución correcta; y muchas de estas perspectivas son diametralmente opuestas.

Y si esto ocurre con los análisis económicos que hacen los economistas, ya se puede imaginar el lector qué ocurre con los pseudos análisis económicos hechos por abogados que no son economistas.

GHERSI: No. La afirmación es pretenciosa e inexacta. No hay nada en la teoría económica que lo sugiera. En primer lugar, el concepto de costo es subjetivo y no objetivo. La gente actúa creyendo que lo hace porque se beneficia, pero ello no significa que se beneficie efectivamente ni que lo haga al menor costo posible. La función económica del derecho consiste en reducir los costos de transacción, según Coase. Esto significa reducir la cantidad de tiempo e incrementar la cantidad de información. No significa que las cosas se hagan al menor costo posible.

ORTEGA: Debo confesar que no me quedan del todo claro los alcances de la afirmación, pero creo que podemos enfocarlos conforme a lo siguiente. El Derecho, la Economía, la sociología, la medicina, la física, la química y, en general, toda disciplina científica debe estar finalmente orientada a una meta muy específica: vivir mejor, alcanzar niveles de vida que nos permitan un desarrollo más armónico, con nosotros mismos, entre nosotros y finalmente con nuestro entorno natural. Enfocar las cosas desde dicha perspectiva no significa desconocer lo que es obvio: los recursos materiales son limitados, de manera que deben ser empleados de la manera más eficiente, esto es, reduciendo costos innecesarios que muchas veces impiden el acceso a esos recursos, eso es una simple cuestión de sentido común. Desde esa perspectiva, el Derecho, como disciplina social debe asegurar que el intercambio, cuya finalidad es finalmente satisfacer necesidades, sea eficiente; sin embargo, el Derecho no puede quedarse en un simple regulador, en una suerte de garante, sino que debe impregnar ese intercambio de una "conciencia", de esas reglas o principios que son comúnmente aceptados por todos, y que derivan en que no cuestionemos la legitimidad de una determinada norma. Sin embargo, y aquí viene probablemente la parte más controvertida sobre la materia, no le corresponde al Derecho señalar lo que las personas, o los agentes del mercado, deben o no deben hacer. Por más que considero que el Derecho no puede ser ajeno a la Moral, también creo no puede confundirse con ella. Es la Moral, la ética social, la que nos auxilia para identificar

lo que entendemos socialmente como correcto o no; no podemos confundir nuestros valores o moral privada con la social, aunque en realidad la primera debería llevarnos a la segunda. La generación de "una buena disposición" es un tema esencialmente moral, lo que ocurre es que al legislador, que no es sino la sociedad abstracta en un mundo del "debe ser", va a tener que apelar en algunos casos a reglas con un componente moral para legitimarlas. Y es que la ley no solo regula fenómenos económicos, sino que regula esencialmente relaciones humanas donde hay en juego muchas veces distintos valores; por lo tanto, hay que optar por aquello que sea eficiente, pero que ante todo corresponda a la conciencia social.

LEÓN: Me parece que esta visión, a pesar de obedecer a una premisa correcta, termina describiendo al Derecho como un instrumento para la realización de los objetivos económicos.

La premisa correcta es que las decisiones jurídicas, normativas, judiciales o de cualquier índole, pueden tener incidencia en la vida económica, en cuyo caso, naturalmente, es imprescindible esa disposición que se subraya en quienes tienen a su cargo la elaboración o aplicación de la normativa.

Pero el Derecho no se limita a presentar potencialidades para el logro de fines económicos —de bienestar, como se suele decir—, sino que también aspira a la realización de valores que no pueden expresarse en términos económicos ni uniformes para todas las realidades.

Un magistrado que concede un resarcimiento de naturaleza civil por la violación de un derecho de la personalidad, por ejemplo (la intimidad, la imagen y voz, la identidad personal, etc.), propicia con su decisión la afirmación y el arraigo del derecho de que se trate, lo cual resulta esencial para la estabilidad social de países con escasa promoción de la tutela jurídica de la persona humana, como el nuestro.

2. Una de las propuestas del Análisis Económico del Derecho es que los jueces promuevan la eficiencia económica y la maximización de la riqueza a través de sus decisiones. ¿Cómo podría aplicarse esto a

nuestro sistema de justicia donde el carácter uniforme que debería tener la jurisprudencia es contradictorio con la eventual resistencia de los magistrados a cumplir con la jurisprudencia vinculante ya sea por una discrepancia fundamental del criterio o por considerar que este sistema afecta su independencia interna y su labor interpretativa?

ESCOBAR: La pregunta requiere una corrección previa. El AED no promueve la maximización de la riqueza, sino la maximización del bienestar (social). La riqueza define la cantidad de recursos con los que cuentan los integrantes de la sociedad. El bienestar define el grado de satisfacción de aquellos sujetos. Obviamente, las personas experimentan mayor satisfacción cuando tienen acceso a mayor número de recursos. Sin embargo, es perfectamente posible que en un punto determinado las personas prefieran no acceder a mayores recursos debido a motivaciones puramente morales. Este sería, por ejemplo, el caso en el cual la sociedad prefiere dejar de obtener ingresos por la explotación de una mina con tal de preservar un área arqueológica representativa de la cultura ancestral. Lo que el AED hace es sugerir la regla legal más apropiada para maximizar el bienestar social (riqueza + preferencias morales), que no es otra cosa que el agregado del bienestar individual de cada uno de los integrantes de la sociedad. Por tanto, el AED toma en cuenta las preferencias morales que la sociedad expresa respecto de la decisión de pasar del estado de riqueza A1 al estado de riqueza A2. Si es que no existe una objeción moral gravitante en términos de agregado social (esto es, una objeción moral que, en base al equilibrio intergeneracional, provoque un resultado neto en el cual la satisfacción sea mayor a la frustración), el AED recomienda dar el paso que maximice la riqueza, pues entiende (de la mano de la filosofía dominante de Rawls) que en tal caso la riqueza coincide con el bienestar.

Hecha la aclaración, paso a responder la pregunta. La propuesta de que los jueces maximicen el bienestar social a través de sus decisiones es coherente en el marco del Common

Law por razones obvias. Acá, esa propuesta tendría que ser reformulada de modo que el paso de la maximización del bienestar social lo tenga el legislador y no el juez. ¿Por qué? Muy simple. Si el juez local a duras penas entiende la letra de la ley, ¿podemos confiarle una tarea tan compleja como la de la maximización del bienestar social?

CASTILLO: Los jueces deben aplicar la ley y hacer justicia a través de sus resoluciones. Es evidente que el objetivo de justicia que se persigue lograr a través de las resoluciones judiciales, no necesariamente deberá encuadrarse dentro de lo que se pueda considerar como maximizador de la riqueza. Lo que ocurre es que los jueces tienen que resolver de acuerdo a Derecho, y en Derecho no necesariamente va a tener la razón aquella parte que pueda ser beneficiada por una resolución que convenga económicamente más a la sociedad en su conjunto.

Para ello, sólo bastaría poner un ejemplo. Imaginemos un proceso judicial en el que se pretende la resolución de un contrato. En este caso, tal vez sea económicamente más rentable que el referido contrato se resuelva para que se puedan construir alrededor del problema y de las relaciones comerciales, nuevos contratos que determinen escenarios mucho más eficientes, económicamente hablando. Sin embargo, de eso no se trata, sino de saber si jurídicamente hablando corresponde o no que quien reclama la resolución de ese contrato tenga derecho a que se le otorgue tal resolución.

Un razonamiento similar podríamos aplicar a aquellos casos en los cuales estemos en presencia de indemnizaciones de orden laboral, por ejemplo, en donde muy probablemente no converja a los intereses de una empresa el tener que desembolsar determinadas sumas de dinero, en vez de hacerlo.

No obstante ello, estos razonamientos de orden económico deben ser ajenos a la asignación de los derechos, en la medida de que podrían llegar a constituir elementos perturbadores en materia de las consideraciones que deben guiar la aplicación de la ley y la obtención de la justicia.

Por otra parte, pensar que criterios de esta naturaleza deban primar en las resoluciones

judiciales de los tribunales peruanos, implica un alto y sorprendente grado de desconocimiento de la realidad de nuestro país. Ello, en la medida de que si ya los problemas son notorios con la aplicación nada uniforme de criterios jurídicos, no habría que hacer mucho esfuerzo para imaginarse cómo esa realidad empeoraría notoriamente y hasta se convertiría en caótica, si es que le agregáramos el condicionamiento económico (con las infinitas formas que se tienen de apreciar un problema desde la Economía) para llegar a una solución jurisprudencial.

De otro lado, la pregunta que se formula hace referencia al carácter uniforme que debería tener la jurisprudencia en el Perú. Considero que, en efecto, éste constituye uno de los mayores retos y deudas que tiene para con la sociedad la administración de justicia nacional y, en especial, la Corte Suprema. No cabe duda de que la jurisprudencia vinculante, hace al país y al Derecho más estable y previsible.

GHERSI: Esa propuesta no existe. Es falso que el AED proponga que los jueces "promuevan la eficiencia económica y la maximización de la riqueza a través de sus decisiones". Esta propuesta está equivocada. Responde a una lectura superficial y desaprensiva de Posner. Él no dice que los jueces promuevan la eficiencia y la maximización, sino que los jueces tienden a decidir dándole la razón a la parte que maximiza la utilidad. Lo que Posner describe es un hecho social que se produce independientemente de la voluntad de los jueces. Él dice que los jueces tienden a resolver así. Hace una descripción positiva de un fenómeno. No hace una propuesta normativa. No dice cómo deben ser las cosas sino cómo son.

ORTEGA: Por mi experiencia profesional me atrevo a concluir que muchas veces los jueces no son conscientes del enorme poder que tienen y del gran impacto de sus decisiones; sin embargo, no poseo información suficiente para concluir que los jueces ofrecen "resistencia" a cumplir con la jurisprudencia vinculante.

Creo que el tema radica esencialmente en cierta preocupación común: la previsibilidad de las resoluciones judiciales. Las leyes

representan normas generales que tienen que aplicarse a los casos concretos, siendo que ante una misma situación, más allá de quienes sean los actores, la solución jurídica debería ser la misma, y para ello resulta muy "eficiente" estructurar el sistema de administración de justicia sobre la base de precedentes vinculantes. Sin embargo, no creo que eso signifique limitar el accionar de los jueces; por el contrario, para considerar que no se aplica el precedente tendrá que realizarse una adecuada fundamentación, destacando aquellas situaciones singulares que así lo justifican. No debemos olvidar que el juez es quien aplica finalmente la ley, la aplica al caso concreto, la "humaniza", por lo que no creo que pueda pretenderse seriamente limitar su discrecionalidad o accionar, creo que un juez siempre debe tener las herramientas para optar por lo que considera la solución más justa, porque al final "soluciona" problemas entre personas. Creo que es cuestión de que se inicie, con la preparación del caso, sin tantas improvisaciones como a veces advertimos, una sostenida campaña sobre la materia, y para ello tienen mucho que decir la propia Corte Suprema de Justicia, y esa campaña pasa necesariamente por destacar las ventajas de un sistema de precedentes, crear conciencia, porque los cambios no se imponen, sino que hay que generarlos con un compromiso de los actores, si el juez no cree en lo que se le propone, fracasará el cambio propuesto.

En ese contexto, cuando me refiero a jueces me refiero finalmente a quienes se encuentran en una instancia suprema, cuyas decisiones se identifican con el aparato de justicia mismo; esos jueces deben ser conscientes que sus resoluciones generan consecuencias en el sistema económico, pero también en otros campos, de manera que la legitimidad de sus decisiones no sólo radica en que sean "racionales" económicamente, sino que sean compatibles con la conciencia social, porque lo que hunde a una nación es el desaliento antes que la pobreza, de qué me puede servir una "solución" racional cuando es injusta o contraria a los valores comúnmente aceptados, cuando se coloca en el mismo plano a quienes no están en el mismo plazo en términos reales, sea por ejemplo en el manejo de información.

LEÓN: Vamos por partes. En el Perú no existe ni existirá jurisprudencia "vinculante", en el estricto sentido con que se comprende y presenta esta figura en el Derecho de Estados Unidos, por ejemplo. Esta forma de organizar y conformar el sistema jurídico de un país no es propia de nuestro ordenamiento ni necesariamente favorable para su desarrollo.

Cierto es que los tiempos han cambiado. Otrora, la defensa de esta conclusión, que a mi parecer no encierra ninguna dificultad, se solía apoyar en la pertenencia del ordenamiento nacional a la tradición del Derecho Civil, la cual, a diferencia del *Common Law*, se caracteriza por la codificación y la preferencia por formas estatutarias de legislación. Esta forma de ver las cosas tenía el problema de postular la existencia de "tradiciones" (afirmadas, por lo tanto) en un país con menos de doscientos años de vida independiente. Hoy, este tipo de justificativos son fácilmente refutados, ante la ductilidad que el Derecho peruano muestra para amoldarse a modelos jurídicos anglosajones.

La verdadera razón de la inexistencia de la jurisprudencia vinculante (y de su ineficiencia, en caso de que fuera promovida legalmente) es que la educación universitaria en todos sus niveles, y la preparación técnica de los magistrados no considera ni requiere oficialmente el estudio de los precedentes judiciales. Es absurdo creer que el Perú pueda sacar provecho de la jurisprudencia vinculante cuando los profesores universitarios y de la Academia de la Magistratura, y por ende sus alumnos, desconocen los fallos acumulados sobre las distintas materias.

Desde luego que los magistrados pueden promover la eficiencia económica, y sería ideal que lo hicieran, pero en el estado de cosas reinante, la mejor forma para inculcar serían las cátedras universitarias, los debates en congresos de estudiantes y de académicos, así como las obras de consulta. Si se aprecia bien, las sentencias de la Corte Suprema, que son las de publicación obligatoria en el Diario Oficial, muestran una creciente tendencia a remitir al pensamiento de autores nacionales y foráneos, a tal punto que en muchos casos se podría afirmar que la "doctrina" actúa, contrariamente a su naturaleza, como verdadera "fuente" del Derecho.

En el campo de la responsabilidad civil, por ejemplo, opino que los comentarios jurisprudenciales críticos en revistas especializadas son una buena herramienta para ejercer una especie de "control" de la eficiencia deseada. Como ocurre en otros países, este "control" también debería aplicarse a los laudos arbitrales. Imaginemos la lectura en estos términos que merecerían laudos claramente ineficientes, injustos y muchas veces condenables como el del "caso Ivcher", o la reciente sentencia de la Corte Suprema que exime a la compañía minera Yanacocha de toda responsabilidad por daños personales y al medio ambiente, ocasionados por un derrame de mercurio.

3. Prohibir el intercambio de ciertos bienes escasos como las partes del cuerpo humano en un país donde a pesar de esta prohibición existe un mercado oculto por la presencia de personas dispuestas a negociar e intercambiar, ¿no hace a estas normas inútiles e ineficientes?

ESCOBAR: Depende de qué partes del cuerpo. Claramente la existencia de un mercado negro para ciertas transacciones sobre algunas partes del cuerpo humano demuestra que el intercambio de esos objetos es beneficioso para compradores y vendedores. Estos, sin embargo, no viven solos. Compradores y vendedores forman parte de una sociedad y, por tal razón, su conducta puede afectar la vida misma de los demás (externalidades negativas). En esta línea, si la sociedad, en términos de agregado de preferencias individuales, no presenta objeciones morales a las transacciones sobre ciertas partes del cuerpo, entonces no hay razón económica ni moral alguna para prohibirlas.

Yo tengo la impresión de que en general las sociedades occidentales no tienen objeciones morales contra las transacciones sobre la sangre y sobre ciertos órganos y tejidos (riñón, por ejemplo). Por tanto, las normas que prohíben esas transacciones son claramente ineficientes, pues, en lugar de permitir el nacimiento de una situación de bienestar social superior, empeoran el *status quo* al estimular la creación de mercados negros con costos son muy altos y garantías nulas.

En caso, sin embargo, que una sociedad específica -en términos de agregado- repudie una transacción concreta (la venta de un ojo o de un brazo), el *welfare economics* sugiere prohibir dicha transacción, ya que sólo de ese modo se maximizará, en términos de resultado neto, el bienestar social (si bien los interesados en efectuar la transacción en cuestión se verán perjudicados, todos los demás integrantes de la sociedad se verán reconfortados con la solución).

CASTILLO: Esta es una pregunta sofista. El argumento de que existen normas prohibitivas inútiles porque lo prohibido se produce de todas formas en la realidad, implicaría como consecuencia última que el Derecho no debería existir, ya que el 100% de las conductas prohibidas por el Derecho se producen ilegalmente en la realidad.

El Derecho no es una reproducción de la realidad sino todo lo contrario. Casi todo el Derecho se expresa a través de una proposición específica: esto debe ser así o, esto no debe ser así. El deber ser implica una concepción del mundo, de la vida y de los intereses humanos. En otras palabras, es una cuestión de política (jurídica). Esta política, por supuesto, puede ser distinta de acuerdo a la posición del interlocutor.

La discusión sobre si esto debe ser así o no es siempre una discusión política, no jurídica.

GHERSI: No. Tal cosa no existe. El derecho es puramente instrumental. No tiene objetivos. Los que tienen objetivos morales son las personas que lo utilizan. El derecho es un bien de capital: es solo un medio puesto a disposición de las personas para que éstas tomen las decisiones que más les convenga tomar.

ORTEGA: El empleo de ciertos términos, como racional (o irracional), útil (e inútil) puede representar toda una forma de ver el mundo. Yo me adscribo a una forma de ver el mundo que denuncia el creciente utilitarismo, que rechaza la idea que todo está en venta, que todo tiene un precio. Esa tendencia la vemos en pequeños detalles en nuestro día a día, inclusive en la propia universidad, en donde cierta formación humanística es sacrificada por ser considerada poco útil (eufemismo, ya que en el

fondo se considera inútil), y no porque se sostenga explícitamente tal cosa, sino que se deriva del orden propuesto. Se busca la rentabilidad, se asocia éxito con lo material, y tengo una larga lista que comentar. Hay cosas que deben estar en nuestro dominio aun cuando para muchos no sean útiles, en el sentido de que no pueden extraerle una ventaja material. El tema del comercio del cuerpo humano es algo emblemático. ¿Debe permanecer prohibido o, abriendo las puertas del Derecho de par en par, debemos aceptarlo y regularlo para evitar abusos?, ¿se puede ofertar un corazón de la misma manera que oferte una casa?, ¿o un vientre de la misma manera que un depósito? Creo que es cuestión de perspectivas. Desde mi punto de vista acá hay un tema que trasciende al Derecho en sí mismo, y es el tema de la dignidad del ser humano y que, en función a ello, no puede ser limitado a un bien, a una cosa, enajenándose, alquilándose o lo que sea. Es un tema filosófico, por no decir que es, para mí, inclusive religioso. Y lo religioso no va en cuerda separada. Creo que en la conciencia social, se rechaza que las partes del cuerpo humano tengan el mismo tratamiento que el de un animal. Creo que en este campo hay evidentemente una impregnación entre el Derecho y la Moral, la moral colectiva, social. Pero soy consciente que es un tema apasionante en donde uno a veces está en el borde mismo y se siente legislador y tentado a imponer su criterio, sus creencias, olvidando que lo que puede ser auténtico o verdadero según mi cosmovisión a lo mejor no lo es para el otro. Reconozco que es una zona conflictiva, confío finalmente en esa conciencia social, a la cual no debemos contaminar con utilitarismo, materialismo, hedonismo, sino alimentar sobre la base de otros valores que nos permitan trascender de nuestras limitaciones materiales.

Por lo tanto, atendiendo a lo preguntado, como el Derecho trasciende a la simple lógica del intercambio, hay materias en que debe regular las cosas sobre la base de ciertas concepciones del mundo. Pero hay que generar conciencia del por qué, y no solo imponer, porque de lo contrario norma y realidad estarán separadas, generando inseguridad, conflictos,

dolor. Hay que educar, hay que formar sobre valores.

LEÓN: Este problema se presenta en todos los países, sólo que en el nuestro el factor pobreza hace que existan personas públicamente dispuestas a vender partes de su cuerpo, con prescindencia de las tutelas constitucionales, civiles y penales que el ordenamiento prevé en dicho ámbito. En muchas partes del mundo existen leyes, algunas muy severas, que prohíben y sancionan las transacciones económicas de datos personales, por ejemplo, pero eso no ha sido un impedimento eficaz para que los datos —y hoy se habla de "cuerpo electrónico"— se compren y se vendan.

No creo que las normas en materia, sin embargo, puedan ser calificadas en términos de utilidad o ineficiencia. En un país donde mucha gente no tiene nada, literalmente hablando, el saberse propietarios de "algo", aunque se trate de las partes del cuerpo humano, determinaría, predictiblemente, un comportamiento censurable.

Fuera de lo anterior, modificar las normas sobre el punto involucraría cambiar todo el régimen constitucional de protección de la persona humana, en atención al menoscabo a la dignidad personal que representaría el reconocimiento legal de la posibilidad de comercializar partes del cuerpo humano.

4. ¿Considera que el incremento de la literatura sobre el Análisis Económico del Derecho y la importancia que ha tomado el tema en la enseñanza del Derecho, hará que a futuro los abogados, razones y busquen soluciones desde un criterio más económico que moral? ¿Qué ventajas o perjuicios podría ocasionar esto en nuestro sistema de justicia?

ESCOBAR: Esta pregunta también requiere una aclaración previa. La teoría económica no es ajena a los sentimientos morales de las personas, pues, como la teoría filosófica, aquella persigue (aunque con mejores herramientas, en mi opinión) el bienestar del ser humano (en sociedad). Por tanto, el incremento del empleo de la literatura económica no puede producir otra cosa que ventajas. En efecto, esa

literatura nos permite entender cómo actúan las personas en la sociedad y, de este modo, anticipar cuáles serán los incentivos positivos y negativos que las reglas generarán en la comunidad. Asimismo, esa literatura nos permite elegir a la regla más eficiente de cara al objetivo que nos hayamos planteado, sin que importe la tendencia política del mismo. Es cierto que la gran mayoría de exponentes del AED se afilia a una teoría política que privilegia la libertad individual y el mercado; pero es cierto también que las herramientas que ese método proporciona pueden ser perfectamente empleadas por quienes se afilian a teorías políticas opuestas a la mencionada. Si no lo creen, lean en la web de Harvard la descripción del curso "Left Wing Law and Economics" a cargo de Duncan Kennedy.

En mi opinión, el empleo de la literatura económica es el único camino que existe hoy para trascender la simple explicación formal que escuchamos en las aulas universitarias. Para mí, circunscribirse a una lectura legal de las normas, desconociendo la compleja problemática de la efectividad individual y social de las mismas, resulta —para estar a tono con la pregunta— inmoral. Si el Derecho únicamente consistiera en analizar la naturaleza jurídica de las cosas, entonces Thomas Reed Powell habría tenido razón al decir: "if you can think about something that is related to something else without thinking about the thing to which it is related, then you have the legal mind".

Aunque con esto estoy desviando la pregunta, me tomo la libertad de hacer notar dos cosas. Primero: ninguna facultad de Derecho del país ofrece un curso de filosofía moral; nuestro repertorio jurídico, lleno de textos en los que el autor no hace otra cosa que repetir con otras palabras lo que la ley dice, no muestra una sola reflexión trascendente sobre la moralidad de las normas. En este contexto, ¿tenemos legitimidad para rasgarnos las vestiduras por algo que solo conocemos por el nombre? Segundo: Protágoras, Hobbés, Hume y Warnock pensaban más o menos lo mismo respecto del problema que la moral debía resolver. Según esos filósofos, el problema en cuestión radicaba en componer los recursos escasos y las simpatías limitadas que usualmente generaban conflictos y, por ende,

frustraban la cooperación mutuamente beneficiosa. ¿Acaso no es ése el mismo problema que con honestidad (muestra sus preferencias políticas) y seriedad trata de resolver el AED?

CASTILLO: Esta pregunta parte de la premisa de que existe un criterio universal de lo económico y de lo moral.

Pero esto es falso. Ni existe una moral universal ni tampoco una verdad económica universal. De esto se sigue que tanto en lo moral como en lo económico la interpretación es lo que manda.

Por ejemplo: Si se considera que en un mundo de recursos escasos éstos deben ser asignados a su mejor uso posible, entonces esto podría considerarse moral en el sentido de que se ha hecho lo mejor para la sociedad (si es que se considera moral el beneficio del todo sobre la parte).

El problema está en saber cuál es el mejor uso posible para un recurso escaso. Y aquí no hay unanimidad, porque ello dependerá del enfoque económico que se adopte.

El Análisis Económico del Derecho, sólo es un enfoque, no el enfoque. Por lo tanto, el problema no es que los abogados razonen y busquen soluciones económicas o morales, sino qué enfoque económico y qué enfoque moral adoptan dentro de un universo jurídico que, no hay que olvidarlo, tiene su propia lógica conceptual.

GHERSI: Sí, eso espero. No creo que ocasione perjuicio alguno. El debate entre diferentes escuelas jurídicas, solo puede ser positivo.

ORTEGA: Creo que el AED es una herramienta valiosa e imprescindible en el estudio del Derecho, pero no es única herramienta; destaco su utilidad porque las normas muchas veces responden a realidades de gabinetes y no se contrastan con la necesidades del día de a día, de los agentes del intercambio, si se mensura, si se alcanza el efecto deseado de la manera más eficiente (¿Pudo haberse hecho de otra manera, igual de segura, pero más económica?). Como alguna vez he escuchado, el

drama de muchas leyes en el Perú es que son hechas por abogados, olvidando que hay otras aproximaciones a la realidad tan válidas como la nuestra.

El problema del uso de esta herramienta es que tiene que evaluarse metodológicamente su implementación en la enseñanza de la carrera; y ello supone que los profesores, más allá de nuestras propias convicciones, debemos ser lo suficientemente honestos en destacar ventajas y desventajas, de manera que los alumnos puedan formarse una opinión, sobre la base de que ya se encuentran en un adecuado nivel de maduración.

LEÓN: Desde los primeros trabajos difundidos en nuestro medio, el AED no ha cesado en su contribución a que la comunidad jurídica nacional reflexione sobre el efecto de las decisiones en los distintos planos jurídicos. Han pasado los tiempos de las paranoias frente al discurso ilseconómico, e incluso quienes adoptan una postura crítica ante el AED advierten la necesidad de conocerlo bien, de captarlo en su ordenamiento de origen, con las herramientas de la comparación jurídica, para someterlo a juicio con autoridad.

Las decisiones inspiradas en la moral son intuitivas, y por lo tanto, hacen que la argumentación, incluso aquella que es ajena a los discursos del AED, sea objeto de una lamentable subestimación. Hoy las sentencias de la Corte Suprema en materia de contratos y responsabilidad civil, por ejemplo, suelen contener una robótica invocación de categorías inexistentes y carentes de sustento legal entre nosotros, como la "teoría de los actos propios" o el "daño al proyecto de vida". Si se lee con detenimiento, todo lo que hace la magistratura en estos casos es invocar semejantes expresiones como palabras mágicas, respectivamente, para imponer comportamientos a alguna de las partes contractuales, o para infiar el monto de los resarcimientos que se conceden.

5. Es indiscutible que las normas jurídicas generan costos y beneficios para la realización de determinadas acciones, de esta manera el Derecho se torna susceptible de poder ser estudiado bajo los principios y métodos de la Teoría Económica, ¿hasta qué

punto resulta beneficioso este estudio de lógica económica en las instituciones jurídicas?

ESCOBAR: La teoría microeconómica estudia el comportamiento de las personas, de las empresas y de las instituciones, los procesos de toma de decisiones en la familia, los centros laborales, el mercado y el gobierno, las reacciones racionales e irracionales de los individuos, etc. Su influencia en el ámbito de la política legislativa es absolutamente poderosa. Ningún científico político serio ignora, al momento de diseñar las reglas legales, el material que la teoría microeconómica le presenta. Estudiar Derecho desde la perspectiva económica nos ayuda a entender por qué funcionan o no funcionan las reglas legales. Con ese dato, podemos realizar los ajustes que se requieran para lograr los objetivos políticos que como sociedad queremos alcanzar (en mi caso, por ejemplo, esos objetivos son tres: igualdad de oportunidades, respeto a la libertad individual y garantía de que uno puede tomar una parte importante de los beneficios que consiga con su propio esfuerzo).

Dicho esto, quizás resulte necesario hacer una precisión. El análisis económico de las instituciones legales depende de la información que brindan diversas disciplinas. En efecto, sin los datos generados por la psicología conductual, la sociología y la filosofía moral, el *welfare economics* carecería de la información necesaria para sugerir las reglas y soluciones más eficientes. Por tanto, quien crea que el AED aboga por materializar las relaciones y recursos, simplemente no ha entendido el asunto. Y si no creen lo que afirmo, revisen *"Ethics, Inventing Right and Wrong"* (1977) de J. L. Mackie. En este libro, el conocido filósofo australiano encuentra conexiones sorprendentes entre la filosofía moral y la teoría de juegos!

CASTILLO: Esta pregunta parte también de una visión estrecha de lo que es costo y beneficio. ¿Costo y beneficio en qué sentido? Esa es la pregunta real que se debe hacer con relación al hecho indiscutible de que las normas jurídicas generan costos y beneficios para determinadas acciones.

Entonces, ¿De qué costos y beneficios hablamos? ¿Del costo-beneficio político? ¿Del costo-beneficio moral? ¿Del costo-beneficio

cultural? ¿Del costo-beneficio social? ¿Del costo-beneficio ecológico? ¿Del costo-beneficio-económico?

Como se aprecia, hay muchas ópticas con las que se puede ver el costo-beneficio de una norma jurídica.

En ese sentido puede resultar beneficioso un estudio complementario al jurídico siguiendo la lógica de cualesquiera de estas lógicas. Pero cosa muy distinta es que el estudio complementario del Derecho por cualesquiera de estas ópticas se convierta en el estudio del Derecho. Esto significaría que el Derecho no puede estudiarse a sí mismo, es decir, el absurdo de que no puede existir un estudio jurídico del Derecho.

Por otra parte, esta pregunta lleva implícito el criterio de subordinación que el Análisis Económico del Derecho pretende en nuestro país ejercer sobre el Derecho. Y no solo eso, sino que además implica una visión totalizante y condicionante del propio Derecho.

Es algo así como decir que el Derecho sólo sirve en tanto y en cuanto coincide con mis razonamientos de orden económico. Y digo mis razonamientos en la medida de que, como ha sido expresado anteriormente, no existe un solo razonamiento económico que explique un determinado problema social. Es muy común que ante un fenómeno concreto de la economía, un economista liberal nos dé una determinada respuesta y será muy probable que dicha respuesta discrepe radicalmente de otra que nos pueda dar un economista de signo ideológico diferente, como por ejemplo, uno de izquierda.

En ese sentido, los dos podrán sostener válidamente modelos económicos que consideren eficientes, de modo tal que si el Derecho estuviese al servicio de un análisis económico, en el ejemplo concreto, un mismo problema podría tener, al menos, dos soluciones que se consideren apriorísticamente eficientes.

A mi entender, resulta claro que intentar explicar todo fenómeno jurídico desde una perspectiva económica, es tan absurdo como querer ver y entender el mundo únicamente a través del fondo de una botella de vidrio.

GHERSI: El Derecho es costoso. Lamentablemente, eso no es obvio. Los abogados creen que el derecho es gratuito, tal como los economistas. Son en realidad, muy pocos economistas los que se han dado cuenta de que ello no es así, y muchos menos abogados. Creo, que introducir esta noción solo puede ser beneficioso porque hará que los abogados y los economistas cobren conciencia del carácter limitado del derecho.

ORTEGA: Costos y beneficios, fortaleza y debilidades, ventajas y desventajas, creo que hay temas que no son privativos de una determinada aproximación o enfoque del fenómeno jurídico. Creo que una formación académica en la que se busca desarrollar el sentido común, el criterio, para evaluar situaciones y proponer soluciones, en que se analizan las cosas desde diferentes perspectivas, entre ellas la racionalidad económica, implica que uno haga uso indirecto del AED, pero creo que no todo se puede reducir al AED, ni creo que el propio AED pretenda tal cosa, al final se trata solo de un diagnóstico, rescato su utilidad más no su suficiencia. El diagnóstico de una determinada situación va a derivar en alternativas de solución, y optar tiene ya una carga muchas veces ideológica. Yo puedo ser consciente de que la norma no es "racional", pero por decisión política puedo optar por una solución que responde a cierta carga valorativa, porque a mi entender lo que pretendo regular trasciende del efecto simplemente económico. Si el legislador es consciente del tema, creo que el AED habrá cumplido su función instrumental.

LEÓN: Los mejores exponentes nacionales del AED han tenido el mérito de avanzar, respecto de sus predecesores, en la explicación estrictamente económica de las instituciones jurídicas. En comparación con los discursos pioneros de comienzos del decenio 1990-2000, de los que puedo dar el mejor de los testimonios como estudiante formado en la época, hoy los trabajos de investigación de los cultores del AED exhiben una gran atención a la parte económica. Me parece que esto ha favorecido la especialización y ha producido el efecto favorable de quitar del camino,

gradualmente, a aquellos que decían practicar el AED, pese a conocerlo solamente de oídas o por la obra de sus difusores peruanos. No tengo dudas de que el papel de estos últimos personajes contribuyó en gran medida a la resistencia de un gran sector de la doctrina a remedios jurídicos económicamente fundamentados que, en la práctica, son muchas veces exactamente coincidentes con las consagradas en las normas o las promovidas por la doctrina.

El refuerzo de la parte económica en los "nuevos" especialistas del AED hace que el discurso gane en técnica y con ello se refuerza su capacidad persuasiva. El efecto que se genera es equivalente al que obtendría un especialista en Derecho Constitucional que conociera el origen civilista de los "derechos fundamentales" que predica, defiende y aplica desde su tribuna, o el de un penalista que haga gala de formación sociológica. No hay que olvidar que vivimos una época en que la interdisciplinariedad se ha vuelto identificadora de una educación de mejor calidad.

6. Hacer que los proyectos de ley contengan un análisis costo beneficio de la norma, ¿asegura que si fueran aprobados tendrán mayor calidad en el sentido que serán más eficientes en su aplicación?

ESCOBAR: Si ese análisis se realiza correctamente, el funcionamiento de las normas sería obviamente superior. Yo veo, sin embargo, dos problemas serios en nuestro medio. Por un lado, no podemos asegurar que con los sueldos que ofrece, el Estado reclute a las personas apropiadas para realizar el análisis en cuestión. Por otro lado no sabemos cuál es la idea política que sustenta lo que se denomina "beneficio". Sin capacidad intelectual y sin uniformidad política respecto de lo que deseamos como sociedad, es difícil garantizar que el análisis costo-beneficio genere una mejoría en la calidad de las leyes.

CASTILLO: Es evidente que el hecho de que los proyectos de ley contengan un análisis costo-beneficio de la futura norma que se plantea aprobar, ha devenido en la práctica en un saludo a la bandera, en la medida de que la inmensa mayoría de tales proyectos prescinde, en lo absoluto, de cualquier análisis costo-beneficio.

limitándose a señalar –en dos o tres líneas– que el proyecto será *altamente beneficioso para la sociedad y que no irrogará gastos al erario público*.

El evidente que la inmensa mayoría de legisladores no entiende los alcances de lo que debería constituir un análisis económico de la norma.

Sin embargo, aun en el supuesto de que sí tuvieran claro ese criterio, ello tampoco aseguraría que el análisis económico que se hiciera en cada uno de estos proyectos sería el correcto. Decimos esto, en la medida de que cada parlamentario podrá asesorarse –y de hecho lo haría– con un grupo de profesionales en materia económica que, lo más probable, compartan sus propias tendencias políticas. De esta forma, probablemente, el tener verdaderos análisis económicos de las normas no nos garantizaría siquiera la uniformidad de criterios en relación a las mismas, así como tampoco el que los criterios empleados en ellas –todos apriorísticamente favorables a su aprobación– tengan en la práctica óptimos resultados.

Dentro de tal orden de ideas, a pesar de que nos encontraríamos hipotéticamente en un escenario económico ideal de propuesta legislativa, difícilmente ese escenario sería monocromático y, al final, toda decisión para aprobar o rechazar una norma, estaría basada fundamentalmente en la decisión política que es, aquí en el Perú y en cualquier parte del mundo, la que prima.

GHERSI: Estos estudios son una payasada. No sirven para nada. Son interpretados como que no irrogan gasto fiscal, cuando lo que pretendían es otra cosa.

ORTEGA: El tema costo/beneficio a nivel legislativo no asegura mayor calidad, y sabemos que muchas veces se presenta cualquier cosa a título de justificación porque en rigor no hay un criterio estandarizado sobre la materia; pero creo que es un criterio válido y útil para que el Estado conozca de antemano el impacto económico, presupuestal de la medida, de ser el caso, y el efecto económico en general.

LEÓN: Creo que cualquier respuesta a esta pregunta termina distorsionándose en un

país cuyos representantes parlamentarios ya incluyen, por imposición, un "análisis costo-beneficio" de sus proyectos de ley, normalmente limitado a un párrafo, mal redactado, donde el "costo" se considera superado al constatar la existencia de vacíos legales o al no haber incompatibilidad con normas anteriores.

Desde luego que un verdadero análisis costo-beneficio sería de gran apoyo para tener mejores normas. Hace dos años, por ejemplo, se copió un proyecto de ley del Ministerio de Transportes de Argentina destinado a combatir el spam. La norma era tan mala que los propios argentinos tuvieron el escrúpulo de enviarla al archivo. Algún congresista peruano la «descargó» a través de la Internet, y ahora esa es nuestra ley reguladora del uso del correo electrónico comercial no solicitado, que no crea ningún estímulo atendible o razonable –eficiente– para que los spammers se abstengan de saturar las cuentas de todos los usuarios.

7. Se dice que una buena ley es aquella que facilita las actividades económicas, garantiza derechos y proporciona incentivos suficientes para una toma de decisiones; en suma, propende a la eficacia en la interacción humana para generar riqueza, ¿qué solución se puede dar a tantas normas que son solo instrumentos de redistribución de la riqueza y que en muchos casos complica a la sociedad con excesivas regulaciones y reglamentaciones que finalmente las tornan ajenas a la realidad?

ESCOBAR: No voy a insistir con la diferencia entre riqueza y bienestar, por que pienso que el punto ya ha sido aclarado. Con esa salvedad paso a responder la pregunta. Considero que la redistribución de la riqueza es esencial, de otro modo la sociedad no se podría sostener en el tiempo. Nos guste o no, todos los habitantes de un país aspiran a acceder a los distintos recursos que la sociedad desarrolla (desde dinero hasta cultura, pasando por salud). Si existe desigualdad y el Estado no trata de eliminarla, la sociedad va a estar permanentemente expuesta a riesgos de conmoción interna. Por lo tanto, hay que redistribuir la riqueza.

Dicho esto, es claro que a nadie le conviene redistribuir migajas. La solución de las tensiones sociales no pasa por redistribuir lo poco que existe, sino por incrementar el nivel de riqueza y proceder luego a efectuar una redistribución que no paralice el crecimiento económico. Si solo redistribuimos lo que hay, el conflicto no va a desaparecer; al contrario, se va a agravar (así lo demuestra la historia de las guerras civiles en el mundo). La meta es, entonces, generar mayor riqueza y lograr que el plus generado sea accesible a mayores porciones de la sociedad, pero en un modo tal que los generadores de ese plus no queden desincentivados para continuar impulsando el proceso de desarrollo y crecimiento económico.

El camino para lograr lo que acabo de indicar es muy simple: hay que garantizar los derechos individuales y la posibilidad de capturar una parte importante de las ganancias generadas con el esfuerzo propio. Si esto no se hace, nadie tendrá incentivos para arriesgar capital y trabajo de cara al incremento de la producción. En esta línea, las normas sobre propiedad, contratos e interferencias no pueden ser redistributivas ni solidarias. Esas normas tienen que ser individualistas. La redistribución eficiente (esto es, la que elimina gradualmente la pobreza sin desalentar el crecimiento de la producción) debe ser realizada exclusivamente por el sistema tributario.

CASTILLO: Coincido en que un ordenamiento jurídico que facilite el desarrollo de un país no debe obstruir las actividades económicas, debe garantizar derechos y proporcionar incentivos suficientes para la toma de decisiones. Es indudable que ello siembra las condiciones para generar riqueza.

Sin embargo, estos temas hay que verlos con mucho cuidado, en la medida de que las normas legales tienen, en todos los países del mundo, un elemento ineludible de redistribución de la riqueza y de satisfacción de necesidades sociales a través del propio Estado. No nos olvidemos de que, dentro de una economía de mercado y dentro de una economía social de mercado, como ocurre específicamente con el

modelo constitucional peruano, el Estado, al igual que en todos los países del mundo, tiene toda una estructura legal en materia tributaria. Y los tributos, fundamentalmente, los impuestos, son normas de alto contenido redistributivo, pues los mismos facilitan que el propio Estado pueda satisfacer las necesidades básicas de la población más necesitada en materia de salud, administración de justicia y educación, a la par que permite al Estado cumplir con sus funciones —también básicas— de resguardo del orden interno y de defensa nacional.

En ese sentido y sobre todo en sociedades tan complejas, tan contradictorias y tan necesitadas de todo, como la peruana, yo no tengo prejuicio alguno en contra de normas que puedan calificarse como de contenido redistributivo; naturalmente, si los recursos que se obtienen se emplean de manera eficiente y a favor de quienes más los necesitan.

Un Estado democrático debe ser, esencialmente, un Estado solidario, en donde se combatan la extrema miseria y se aliente el urgente desarrollo de quienes más lo necesitan. Sólo así podremos empezar a tener ciudadanos comprometidos con el sistema democrático; cuando ellos comprendan que este sistema sirve para todos y, en efecto, comprueben que en democracia y dentro de una economía social de mercado, el Perú puede seguir progresando.

En síntesis, la redistribución que no afecte el desarrollo del citado modelo económico es el costo indispensable que dicho modelo económico tiene que pagar para poder subsistir.

GHERSI: No estoy de acuerdo con la definición de "buena ley" que constituye la premisa de esta pregunta. De hecho, no creo que haya "buena" ni "mala ley". La ley no tiene propósitos morales. No es ni buena ni mala. Es un bien de capital. Como un martillo, como una tijera, como un lapicero. Ni son buenos ni malos. Las buenas y malas son las acciones de los individuos que usan el derecho para satisfacer sus propios y particulares intereses egoístas.

Respecto de la pregunta misma, es claro que la legislación en el Perú es ineficiente. No pasaría absolutamente nada si la derogáramos toda

de un plumazo y empezamos de nuevo. Total, nadie la cumple

ORTEGA: Esa es una definición de ley por sus efectos, desde determinada visión de las cosas, una visión bastante material por cierto. Yo creo que las leyes pueden ser buenas o malas, pueden coadyuvar, pero no determinan nada, porque las leyes dependen para su aplicación de los jueces y de los propios miembros de la sociedad, una ley es buena o mala en el sentido de que es concordante o no con la conciencia social, pero otra cosa es su aplicabilidad. Por leyes no se gobierna ni se cambia al mundo, ni habrá redistribución alguna de riqueza, ni justicia social, ni verdadero acceso a la justicia, ni cultura e igualdad de oportunidades para todos. Eso no depende de una ley, eso depende de nosotros. En un inicio comenté que toda disciplina científica debe estar orientada a una meta muy específica: vivir mejor; alcanzar niveles de vida que nos permitan un desarrollo más armónico, con nosotros mismos, entre nosotros y finalmente con nuestro entorno natural. El problema es que, en nuestra sociedad, la ley es considerada buena cuando se ajusta a mi interés, no al interés del otro; no interesa que los escasos recursos estén superconcentrados en algunas manos y sean ajenos a las de tantos otros. El efecto de vivir mejor se conseguirá mediatamente cuando comencemos a reconocernos en el otro, y que ese otro tiene

tanto derecho como yo a aspirar por lo mismo, a tener las mismas oportunidades de alimentación, trabajo, educación, etc. Ningún derecho patrimonial es absoluto, todos se definen socialmente, y si eso no lo interiorizamos, estamos mal, porque el otro no existe simplemente, más aún en el Perú, que es un gran mosaico intercultural. Mientras eso no cambie, me resulta bizantina la discusión sobre si la ley es buena o mala, o si tenemos una superproducción legislativa que en muchos casos es francamente inútil, esencialmente formal, urbana, porque la ley la aplican los seres humanos y para los seres humanos, no para las cifras, no para las estadísticas, porque criterios de interpretación pueden haber tantos como economistas y abogados.

LEÓN: Me parece que para responder a esta pregunta basta con remitir a los detallados estudios que han puesto sobre el tapete la ineficiencia de la reglamentación vigente en nuestro medio para propiciar las inversiones locales y extranjeras. Hay que ser claros en destacar que los problemas en este ámbito los atraviesa el pequeño empresario nacional, a veces en medida no menor que el foráneo. Por otro lado, sin embargo, la extrema flexibilización regulatoria no tiene por qué conducir necesariamente a un resultado eficiente. Como en todos los casos en que se tiene que preferir una decisión, lo difícil resulta encontrar el equilibrio.