

La historia del Análisis Económico del Derecho en el Perú



FABIO NÚÑEZ DEL PRADO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Maestría en Derecho por la Universidad de Yale.



SUMARIO:

- I. Breve reseña de la historia del AED.
- II. Las primeras semillas del AED en el Perú.
- III. La sistematización, consolidación y difusión del AED en el Perú.
- IV. Las críticas al AED en el Perú.
- V. Los aportes del AED al Perú.
- VI. Conclusión: Algunas sugerencias para seguir consolidando el AED en el Perú.

RESUMEN:

A través del presente prólogo el autor repasa la historia del Análisis Económico del Derecho — AED en el Perú, desde su arribo de la mano de figuras como Enrique Ghersi o Hernando de Soto, pasando por su difusión por parte de autores como Alfredo Bullard, hasta los resultados prácticos que esta corriente ha tenido en el país con la creación de INDECOPI o el proceso de simplificación administrativa. Asimismo, el autor desarrolla sugerencias que permitan consolidar la presencia y aumentar la eficiencia del AED en el ámbito nacional.

Palabras clave: Historia del AED en el Perú, aportes del AED, consolidación del AED, análisis costo-beneficio, eficiencia y maximización de la riqueza, herramientas económicas.

ABSTRACT:

Through this prologue, the author reviews the history of the law and economics in Peru, from its arrival with the help of figures such as Enrique Ghersi or Hernando de Soto, through its dissemination by authors such as Alfredo Bullard, to the practical results that it has had in the country with the creation of INDECOPI or the process of administrative simplification. Likewise, the author develops suggestions that allow consolidating the presence and increasing the efficiency of the law and economics at the national level.

Keywords: History of the law and economics in Peru, contributions of law and economics, consolidation of law and economics, cost-benefit analysis, efficiency and wealth maximization, economic tools.

Me gustaría empezar agradeciendo a la Revista *Advocatus* por haberme invitado a elaborar el prólogo de su próxima edición sobre Análisis Económico del Derecho — AED¹. Es todo un honor. Ya que la edición que me honran prologar está vinculada a la Economía, me gustaría empezar contándoles que los estudiantes no cumplen un rol muy relevante en la difusión de esta disciplina. Son los profesores quienes tienen el monopolio de las revistas como el *Quarterly Journal of Economics*, *American Economic Review*, *Econometrica*, entre otros. El resultado: publicar un *paper* en Economía es un auténtico dolor de cabeza. Entre el *submission* y la fecha de publicación pueden pasar dos o hasta tres años.

La labor de difusión de la disciplina jurídica que realiza *Advocatus* desde 1998 es encomiable. Desde mi punto de vista, realizan esta tarea con tanta rigurosidad, celeridad y profesionalismo como cualquier otra revista de derecho editada únicamente por profesores. *Advocatus* es sin duda un medio de expresión que canaliza la vocación de investigación y difusión del Derecho.

Son innumerables las veces en que he citado artículos de *Advocatus* en arbitrajes internacionales de máxima relevancia, o los he utilizado en los compendios de lecturas de los cursos que tengo a mi cargo. De hecho, fue en *Advocatus* en que leí el texto que más me inspiró cuando era estudiante. Se trata del debate entre Giovanni Priori y Eugenia Ariano sobre la doble instancia que se publicó en la edición N° 9. Fue tal el impacto que tuvo este texto en mí que me motivó a elaborar una tesis de pregrado titulada “Análisis Económico de la Doble Instancia” bajo la asesoría de Giovanni Priori, que luego se convertiría en mi primer libro.

Advocatus es también un semillero jurídico. Desde mi punto de vista, los mejores abogados de la Universidad de Lima pasan siempre por *Advocatus*. Y estoy convencido de que *Advocatus* les provee varias de las herramientas para triunfar en la profesión como liderazgo, trabajo en equipo, creatividad, organización, calidad en el producto final, etcétera.

A fin de elaborar un prólogo que aporte a la

1. Este prólogo está basado en entrevistas que realicé a Alfredo Bullard (3 de febrero del 2023) y Enrique Ghersi (6 de febrero del 2023). Agradezco a los profesores Bullard y Ghersi por toda su disposición.

disciplina, me he tomado la libertad de entrevistar a autoridades del AED en el Perú como Alfredo Bullard y Enrique Gherzi, y he elaborado una breve reseña de la historia del AED en el Perú. Luego, he pasado revista de las críticas más contundentes que se han hecho contra el AED en el Perú y, si bien encuentro muchas interesantes, me he permitido rebatir varios de los argumentos. En la siguiente sección, he enumerado algunos de los aportes que, directa o indirectamente, ha realizado el AED al Perú. Finalmente, he realizado algunas sugerencias para que el AED pueda sofisticarse aún más y lograr con mayor efectividad su propósito.

I. BREVE RESEÑA DE LA HISTORIA DEL AED

En la segunda mitad del siglo 20, la disciplina jurídica era bastante propicia para integrar enfoques interdisciplinarios. Con Oliver Wendell Holmes en la Corte Suprema estadounidense como referente, los realistas legales empezaron a criticar intensamente la visión formalista del Derecho, argumentando que la ley en sí era, en gran medida, indeterminada².

Las bases del AED se cimentaron en la Universidad de Chicago en las décadas de 1940 y 1950 cuando economistas empezaron a enseñar en la Escuela de Derecho. En concreto, Aaron Di-

rector empezó a enseñar en la Escuela de Derecho a partir de 1947. Durante este período, Director inició discusiones interdisciplinarias con profesores y estudiantes —dentro y fuera de las aulas— con un fuerte contenido económico —especialmente en temas vinculados a *antitrust*—³, e incluso fue el primer editor del *Journal of Law and Economics*⁴.

Fue precisamente en el *Journal of Law and Economics* en que en el año 1960 Ronald Coase publicó "*The Problem of Social Cost*"⁵. Una de las más importantes contribuciones de este trabajo fue la introducción del concepto de "costos de transacción" a otras disciplinas como la propiedad, el derecho contractual y la responsabilidad civil —en que la aplicación de los principios económicos no parecía tan obvia—⁶. Así, Coase estableció un marco para la asignación de reglas de propiedad y responsabilidad en términos económicos que hoy en día se conoce como el Teorema de Coase.⁷ Es verdad que en 1937 Coase ya había escrito un ensayo titulado "*The Nature of the Firm*" en que el concepto de costos de transacción era transversal a todo el ensayo. Sin embargo, a pesar de que hoy en día se asocia mucho "*The Nature of the Firm*" con el AED, no es este el trabajo al que se le considera el documento fundador del AED. Probablemente porque, a diferencia de "*The Problem of*

-
2. Martin Gelter and Kristoffel Grechening. *History of Law and Economics. Preprints of the Max Planck (Institute for Research on Collective Goods Bonn 2014)* 2.
 3. Al respecto, Posner —que recibió una fuerte influencia por parte de Aaron Director— ha señalado que "*the seminal figure in this branch of law and economics is, I believe, Aaron Director, whose students and disciplines have fundamentally altered the received views on the antitrust significance of tying arrangements, reciprocal buying, predatory price cutting, vertical integration, and other business practices*". Richard Posner. "The Economic Approach to Law". *Texas Law Review* N° 53 (1975) 758.
 4. Martin Gelter and Kristoffel Grechening. *Encyclopedia of Law and Economics*. (Nueva York: Springer, 2014) 3.
 5. Ronald Coase. "The Problem of Social Cost." *The Journal of Law & Economics* 3 (Octubre 1960): 1–44. <http://www.jstor.org/stable/724810>.
 6. Martin Gelter and Kristoffel Grechening. *Encyclopedia of Law and Economics*. (Nueva York: Springer, 2014) 3.
 7. Coase demostró que, en caso de costos de transacción insignificantes, eventualmente se logrará un resultado eficiente a través de negociaciones privadas entre las partes, independientemente de la asignación inicial de derechos de propiedad o responsabilidad del sistema legal. Richard Posner. "The Economic Approach to Law". *Texas Law Review* N° 53 (1975) 758.

Social Cost” no tuvo una repercusión muy significativa en la propiedad, el derecho contractual y la responsabilidad civil, que fueron las áreas más relevantes del AED en sus inicios.

En 1961, Calabresi publicó en *Yale Law Journal* uno de los artículos más influyentes de responsabilidad civil titulado “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*” en que argumentó que el concepto de ‘risk distribution’ no tenía una definición unívoca, y utilizó análisis económico para demostrar cómo las diferentes concepciones de “*risk distribution*” afectaban la formulación de reglas de responsabilidad civil⁸. Durante la siguiente década, Guido —como él mismo pide que lo llamen— publicó varios trabajos muy influyentes como “*The Cost of Accidents*” (1970) —que es calificado por la literatura como un clásico— y quizá su artículo más emblemático titulado “*Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*” (1972), escrito en co-autoría con Douglas Melamed.

Existe un consenso en que “*The Problem of Social Cost*” (1960) y “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*” (1961) son los documentos fundadores del AED. Esto es aceptado incluso por Richard Posner —a quien se le considera el tercer fundador del AED— pues en un artículo titulado “*The Economic Approach to Law*” publicado en 1975 catalogó a los artículos de Coase y Calabresi como los documentos que cimentaron las bases de lo que él denomina “*the new law and economics*”⁹.

Es importante tener en cuenta que, si bien “*The Problem of Social Cost*” lleva la fecha de 1960, la edición del *Journal of Law and Economics* en el que aparece no se publicó hasta 1962, lo que

evidencia que no existió ningún tipo de influencia mutua entre Coase y Calabresi, y que su publicación coetánea fue una mera coincidencia. Lo curioso es que, a pesar de haber sido escritos virtualmente al mismo tiempo, muchas de las ideas que se pueden encontrar en los trabajos de Coase y Calabresi coinciden. De hecho, Calabresi cuenta que él fue el primero en escribir un artículo introduciendo el concepto de ‘costos de transacción’, pero que un profesor suyo lo convenció de no publicarlo.

El caso de Guido Calabresi es especialmente relevante para los estudiantes de las Facultades de Derecho del Perú porque, a diferencia de Ronald Coase —que publicó “*The Problem of Social Cost*” a los 50 años—, Guido publicó “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*” tan solo tres años después de haberse graduado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale. En otras palabras, Guido publicó uno de los documentos fundadores del AED con menos de treinta años. Este es un mensaje muy importante para los estudiantes y los recién graduados de las universidades del Perú para que no tengan miedo a expresar y publicar sus ideas, incluso cuando sientan que les faltan años de experiencia. El hecho de no estar contaminados por el Derecho los coloca en una situación privilegiada para criticar las instituciones legales, no tanto desde la perspectiva jurídica, sino desde el sentido común.

El esfuerzo más significativo por sistematizar el AED lo realiza Richard Posner en 1972 con la publicación de su tratado “*Economic Analysis of Law*”¹⁰, convirtiéndose así en un pionero del AED. La gran contribución de Posner fue someter prácticamente todo el sistema jurídico a un escrutinio económico, incluyendo el derecho

8. Guido Calabresi. “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”. *Yale Law Journal* N° 70 Ed.4 (Marzo, 1961) 499-553.

9. Sobre el particular, Posner ha señalado que “the new law and economics dates from the early 1960s, when Guido Calabresi’s first article on torts and Ronald Coase’s article on social cost were published. These were the first attempts to apply economic analysis in a systematic way to areas of law that did not purport to regulate economic relationships Richard Posner. “The Economic Approach to Law”. *Texas Law Review* N° 53 (1975) 758.

10. Richard Posner. “Economic Analysis of Law” Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1972.

constitucional, el derecho procesal, el derecho corporativo, el derecho de familia, el derecho tributario, el derecho laboral, y un largo etcétera. Entre otras importantes ideas, Posner argumentó que muchas de las instituciones del sistema legal se entienden y explican mejor como esfuerzos para promover la asignación eficiente de recursos.

La relevancia de Richard Posner no solo se debe a la calidad y al carácter controvertido de sus publicaciones, sino también a la cantidad. De todos los fundadores del AED, Posner es sin margen de dudas el más prolífico. Ha publicado cerca de 40 libros en jurisprudencia, economía, análisis económico del derecho, economía de la justicia, entre otros temas relevantes. Esto debe explicar, en gran medida, por qué la *Journal of Legal Studies* lo ranqueó como el jurista más citado de todo el siglo 20.

Algunos podrían preguntarse con razón por qué se considera a Richard Posner como uno de los fundadores del AED si es que sus publicaciones aparecieron más de diez años después que las de Coase y Calabresi. Lo cierto es que, si bien los documentos fundadores del AED fueron *"The Problem of Social Cost"* y *"Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts"*, el AED no se convirtió en un movimiento hasta 1970. Priest afirma que la influencia de estos artículos en la década de los sesenta fue limitada, y que más bien fueron Calabresi con *"The Cost of Accidents"* (1970) y Posner con *"Economics Analysis of Law"* (1972) quienes lograron que la comunidad legal prestase atención al enfoque económico. Y así, durante las décadas de 1970 y 1980, el interés en el AED explotó a un ritmo sin precedentes en el pensamiento legal americano. De ahí que, a pesar de haber llegado bastante después, a Posner se le considere también como uno de los fundadores del AED¹¹.

Posner también argumenta —y con bastante razón— que la lista de los fundadores del AED

estaría incompleta sin Gary Becker, a quien se le otorgó el premio Nobel de Economía en 1992 por ampliar el análisis económico a un espectro más amplio de comportamientos humanos fuera del mercado, como el crimen, la discriminación racial y relaciones de familia. Su ensayo titulado *"The Economic Approach to Human Behavior"* publicado en 1976 ha sido uno de los trabajos más influyentes en el AED.

No cabe la menor duda de que los centros intelectuales más importantes del AED han sido Chicago y Yale. Existen varias fricciones en la forma en que se entendía —y entiende— el AED en estas dos escuelas de pensamiento. El AED en la Escuela de Chicago se caracteriza por tener un discurso positivo, pues se analizan los hechos como son y no como deberían ser. La Escuela de Derecho de Yale, por el contrario, se caracteriza por realizar un discurso normativo, esto es, determinar el deber ser. Otra diferencia relevante es que Chicago es una universidad de derecha que siempre ha abogado en favor de la maximización de las libertades económicas. Yale, por el contrario, es una universidad de centro izquierda que, además de promocionar el AED, siempre ha estado preocupada por resolver problemas distributivos. Independientemente de las preferencias políticas e ideológicas, en ambas universidades el AED nació y floreció.

II. LAS PRIMERAS SEMILLAS DEL AED EN EL PERÚ

Las primeras semillas del AED en el Perú se pueden encontrar en *"El Otro Sendero"* de Hernando de Soto, Enrique Gherzi y Mario Ghibellini publicado en 1986. Luego de su paso formativo en el Diario la Prensa, Enrique Gherzi impulsó en el Instituto Libertad y Democracia una utilización intensiva del AED a la investigación de la economía informal. El AED, entonces, tuvo un camino inusual en el Perú. Primero se aplicó a la investigación de la realidad social y, años más adelante, llegó a la cátedra universitaria.

11. George L. Priest 'The Rise of Law and Economics: A Memoir of the Early Years', in Francesco Parisi and Charles K. Rowley (eds), *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers*, Chapter 14, Cheltenham, UK and Northampton, MA, (USA: Edward Elgar Publishing 2005) 350-82.

Una de las ideas fuerza de “El Otro Sendero” es que “la legalidad es un privilegio al que sólo se accede mediante el poder económico y político”¹² y que, en consecuencia, “a las clases populares no les queda otra alternativa que la ilegalidad”¹³. Cuestiones que pueden parecer tan sencillas como tener un taller legalizado, disponer de una vivienda oleada y sacramentada por la ley o abrir una tienda, constituyen un proceso kafkiano en el Perú. Es una situación lamentable porque, en una realidad como esta, no son las clases populares las que deciden vivir al margen de la ley. Es más bien la elefantiásica burocracia estatal la que los condena a vivir permanentemente fuera de ella. Mario Vargas Llosa decía en el prólogo de “El Otro Sendero” que la informalidad es una réplica de las clases populares contra ese sistema que las ha hecho tradicionalmente víctimas de una suerte de *apartheid* económico y legal¹⁴.

Las ideas de “El Otro Sendero” se encuentran fuertemente influenciadas por el AED y, en concreto por los premios Nobel de Economía Ronald Coase (1991), Douglas North (1993) y Friedrich Hayek (1974). Analizando “El Otro Sendero” bajo la teoría de Coase, los autores identificaron que, como la legalidad tiene altos costos de transacción, los pobres no tienen más alternativa que refugiarse en la informalidad como mecanismo de supervivencia. Al tener la ilegalidad bajos costos de transacción, las clases populares pueden celebrar acuerdos mucho más eficientes que repercuten directamente en su bienestar personal.

“El Otro Sendero” también se vio muy influenciado por las ideas de Douglass North por su estudio del impacto de las instituciones en el desarrollo de los países. North argumentaba que, para que florezca una economía de merca-

do, deben existir ciertas instituciones políticas, legales y sociales¹⁵. En ausencia de instituciones que garanticen el respeto a la propiedad privada, el cumplimiento de los contratos, y la internalización de externalidades —mediante reglas de propiedad y responsabilidad—, las sociedades no prosperan.

Este fue precisamente el problema destacado en “El Otro Sendero” cuando se habló del Estado peruano como uno mercantilista que repartía monopolios, concesiones y privilegios a los más favorecidos y, en consecuencia, anulaba la posibilidad de que se forjasen instituciones sólidas. Y es esta falta de instituciones la que condena al Perú al fracaso y al estancamiento.

Finalmente, “El Otro Sendero” también recibió influencia por parte de Friedrich Hayek. Y es que “El Otro Sendero” es un ensayo sobre la informalidad. Y la idea Hayekiana del orden espontáneo, evolutivo y competitivo es la esencia misma de la informalidad. Hayek argumenta en “*Rules, Legislation and Liberty*” (1973, 1976 y 1979) que el derecho es un orden espontáneo. Y precisamente lo que se puede apreciar en “El Otro Sendero” es que los informales habían creado espontáneamente su propio Derecho. No era un Derecho en el sentido tradicional del término. Era praxeológico y se había creado como producto de la competencia y la interacción entre los informales. Como se puede apreciar, incluso en ausencia del Estado, los informales habían creado un conjunto de reglas que les permitía adaptarse y sobrevivir.

En definitiva, “El Otro Sendero” colocó las primeras semillas del AED en el Perú, y lo hizo con un impacto enorme porque fue un producto de exportación mundial. Vargas Llosa cuenta en “El Pez en el Agua” todas las acrobacias que

12. Hernando de Soto, Enrique Ghersi and Mario Ghibellini. *El Otro Sendero. La Revolución Informal*. (Editorial el Barranco, 1986) XVIII-XIX.

13. *Ibidem*, p. XIX.

14. *Ibidem*, p. XI.

15. Douglass C. North. “*Institutions*”. *Journal of Economic Perspectives* N° 5.1. (1991): 98.

tuvo que realizar para que fuese difundido en *The New York Times* y en otros diarios de circulación mundial. De hecho, “El Otro Sendero” es leído en las mejores Facultades de Derecho de los Estados Unidos. Es más, como veremos en una siguiente sección, esta obra tuvo influencia en algunas de las reformas legislativas que se implementaron en las décadas de los noventa como, por ejemplo, la exigencia de realizar un análisis costo-beneficio en los proyectos de ley y la implementación de INDECOPI.

III. LA SISTEMATIZACIÓN, CONSOLIDACIÓN Y DIFUSIÓN DEL AED EN EL PERÚ

La Escuela de Derecho de la Universidad de Yale cumplió un rol fundamental en la difusión del AED en el Perú. En 1988 Beatriz Boza estudió su LL.M. en Yale en que llevó el curso de “Torts” con Guido Calabresi, uno de los fundadores del AED. Al culminar su LL.M., Beatriz Boza fue muy insistente con Alfredo Bullard —quien en realidad tenía pensado ir a hacer su maestría a España— en que tenía que hacer su LL.M. en Estados Unidos y, concretamente, en la Escuela de Derecho de Yale. Para lograr persuadirlo, le empezó a enviar artículos de Guido Calabresi que ella había leído en su clase de “Torts” como, por ejemplo, *“Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”*.

Frente a ese contacto inicial con el AED, Alfredo Bullard quedó fascinado y empezó a leer otros trabajos como *“The Cost of Accidents”* y *“The Problem of Social Cost”*, que lo motivaron a aprender más sobre AED. Alfredo Bullard siempre tuvo una vocación e inquietud por lo multidisciplinario. Incluso, antes de estudiar Derecho, en distintas etapas de su vida quiso estudiar literatura o antropología. De ahí que los trabajos de Calabresi y de Coase le hayan causado tanto impacto.

La suma de todas estas circunstancias determinó que Alfredo Bullard decidiese estudiar en Estados Unidos y postulase a la beca Fulbri-

ght con una propuesta sobre AED. Cuenta Alfredo que mientras preparaba su postulación, saliendo de un almuerzo de profesores, pidió a Jorge Avendaño —entonces Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP— que estaba interesado en dictar el curso de AED antes de irse de maestría para entender cómo podría luego adaptar el curso en función a las asignaturas que llevase en el LL.M. Jorge Avendaño —como era de esperar— le dio su máximo respaldo¹⁶.

Y así fue como Alfredo Bullard dictó el curso de AED por primera vez en 1990 bajo la denominación de “Temas de Derecho Civil”. Por supuesto que se trató de un curso bastante menos sofisticado que el que empezó a dictar después de su LL.M. y que continúa dictando hasta el día de hoy. Alfredo no había leído a muchos autores de AED en ese entonces, por lo que la primera versión de su curso de AED se basó únicamente en autores como Guido Calabresi, Ronald Coase y Mitchell Polinsky.

Mientras Alfredo Bullard preparaba su postulación a Fulbright y a las maestrías en Estados Unidos, estaba haciendo su LL.M. en Yale. Fernando Cantuarias en 1989. Aunque menos visible, Fernando también tuvo bastante influencia en el desarrollo del AED en el Perú. Luego de culminar su LL.M. en 1990, Fernando regresó al Perú y empezó a dictar un curso titulado “Nuevas Tendencias del Derecho de Persona y Familia” en que utilizaba en sus clases las ideas de Gary Becker sobre el análisis económico en las relaciones de familia. También escribió algunos artículos como por ejemplo “Retracto: Réquiem de un Derecho Económico y Social” o “La Función Económica del Derecho: A Propósito de los Derechos de Prenda e Hipoteca” en que aplicó un análisis funcional citando a Posner, a Coase y a otros especialistas del AED. De hecho, el tratado que publicó varios años después titulado “Arbitraje Comercial y de las Inversiones” (2007) estuvo inspirado por varios economistas, lo que fue destacado por Nicolas Ulmer en el *Book Re-*

16. Alfredo Bullard. “¿Qué tan buen economista es Jorge Avendaño?” Homenaje a Jorge Avendaño Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (2004) 75.

view del libro publicado en *Arbitration International* de Oxford University¹⁷.

En agosto de 1990, Alfredo Bullard inicia su LL.M. en la Escuela de Derecho de Yale en que llevó varios cursos con profesores que utilizaban mucho el AED en sus clases. Entre ellos, cabe resaltar “Torts” con Guido Calabresi, “Contracts” con Alan Schwartz, “Antitrust” con George Priest, “Law and Economics” con Susan Rose Ackerman, “Corporations” con Henry Hansmann y “Democracy and Capitalism” con George Priest y Owen Fiss. Alfredo cuenta que recibió una enorme influencia de esos profesores y, de hecho, varios de los artículos que escribiría más adelante sobre AED estarían inspirados por temas que desarrollaron sus profesores en los cursos.

A su regreso a Lima en 1991, Alfredo se convirtió en el gran impulsor del AED en el Perú. Retomó el curso de AED y, desde entonces, ha venido dictando el curso todos los años. Centenares de estudiantes han pasado por sus aulas y han tenido la oportunidad de aproximarse al Derecho desde una perspectiva diferente. Durante varios años, Alfredo dictó también cursos de derecho civil como responsabilidad civil y contratos, que eran en buena cuenta cursos de AED. Fue también profesor de AED en otras universidades latinoamericanas como la Escuela Superior de Economía y Negocios en El Salvador, y ha participado en decenas de conferencias en América Latina aprovechando todas las oportunidades para difundir las ideas del AED.

Culminado su LL.M., Alfredo empezó también a publicar una enorme cantidad de artículos inspirados en el AED, dentro de los cuales cabe destacar “Un Mundo sin Propiedad” (1991), “Ronald Coase y el Sistema Jurídico” (1991) “Causalidad Probabilística” (1992), “Al Fondo Hay Sitio”

(1992), “¿Hay Algo Imprevisible?” (1993), y varios otros que ha continuado publicando hasta la fecha. La suma de los más de veinte artículos que había publicado sobre AED hasta el año 2003 fueron la base para la publicación de su libro titulado “Derecho y Economía: El Análisis Económico de las Instituciones Legales”, que ha sido uno de los libros más citados y con mayor impacto en el Perú y América Latina.

Si es que los autores de “El Otro Sendero” —y, en gran medida, Enrique Ghersi— fueron quienes colocaron las primeras semillas del AED en el Perú, Alfredo Bullard fue el gran impulsor de su sistematización, consolidación y difusión. Varios de los abogados más brillantes del Perú fueron sus estudiantes y la mirada funcional con la que varios de ellos se aproximan al Derecho en la actualidad estuvo enormemente influenciada por él. Los textos de Alfredo son leídos en todas las Facultades de Derecho del Perú, y son constantemente citados por abogados, jueces y árbitros en procedimientos administrativos, procesos judiciales, arbitrajes domésticos, y arbitrajes internacionales. Su portafolio académico es también leído y comentado en otros países de América Latina y Europa.

Sea a través de sus clases o de su producción académica, el impacto que ha tenido —y sigue teniendo— Alfredo Bullard en el desarrollo del AED en el Perú es enorme. Tan es así que ha recibido los premios “Robert Cooter” y “Andrés Roemer” que otorga la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía —ALAC-DE, en mérito a su dedicación a la investigación y difusión del AED en la región. Enrique Ghersi piensa que Alfredo Bullard fue “el gran impulsor de la recepción del AED en las Facultades de Derecho del Perú”¹⁸, y que “se debe a él la enorme popularidad del AED entre los estudiantes de derecho”¹⁹. Por su parte, el historiador Carlos

17. Nicolas Ulmer. *Book Review del libro Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. *Arbitration International* N° 24.4 (2014) 624.

18. Entrevista realizada a Enrique Ghersi Silva el día 6 de febrero del 2023.

19. *Ibidem*.

Ramos Núñez señala que Alfredo Bullard es “el exponente peruano más llamativo de *law and economics*”²⁰.

Además de colocar las primeras semillas del AED en el Perú con “El Otro Sendero”, Enrique Ghersi cumplió también una labor titánica en la sistematización, consolidación y difusión del AED en el Perú y en América Latina. Dictó durante varios años el curso de AED en las Facultades de Derecho de la PUCP, la Universidad de Lima, la Universidad Francisco Marroquín y otras universidades latinoamericanas. Además de “El Otro Sendero”, ha escrito tres libros y una veintena de artículos que están inspirados en el AED, dentro de los cuales destacan “El Costo de la Legalidad” (1991), “La Privatización del Mar” (1998), “La Regulación de Mejoras desde el Punto de Vista Económico” (2004), “Una Introducción al Análisis Económico del Derecho” (2002), “Diálogo entre el Juez y el Profesor” (2005), “El Problema de la Equivalencia de las Prestaciones” (2005), “El Carácter Competitivo de las Fuentes del Derecho” (2007), “Barras Bravas: Teoría Económica y Fútbol” (2011), entre otros.

Enrique ha difundido las ideas del AED a través del empuje de innumerables iniciativas organizadas por instituciones internacionales en las que él ha cumplido un rol muy importante. A manera enunciativa, cabe resaltar la difusión de las ideas del AED en su calidad de Vicepresidente de la *Mont Pelerin, Adjunct Scholar* del *Cato Institute, Adjunct Scholar* del *Independent Institute* y Director de CITEL. En el año 2011, recibió el Doctorado Honoris Causa de la Universidad Francisco Marroquín por su “dedicación y entrega a la noble causa de la libertad y al imperio de la razón”, y en el año 2012 recibió el Premio Andrés Roemer otorgado por ALACDE debido a sus contribuciones al AED.

Yo tuve el privilegio de poder llevar el curso de AED que tanto Alfredo como Enrique dictaban en la Facultad de Derecho de la PUCP. Me ma-

tricolé en uno y el otro lo audité como alumno libre durante el mismo semestre. Sus cursos tenían el mismo nombre, pero tenían muy poco en común. El curso de Alfredo Bullard era un estudio del AED —tal y como había sido desarrollado en Norteamérica— para analizar los alcances de su aplicación en el sistema jurídico peruano. El curso se centraba, en esencia, en el derecho civil patrimonial —propiedad, contratos y responsabilidad—, reservando algunas clases al final para analizar otros temas como el *Public Choice*, las relaciones de familia, el derecho procesal, el derecho penal, etcétera. En mi opinión, el curso de Alfredo está en gran medida inspirado en los aportes de las Escuelas de Chicago y de Yale.

El curso de Enrique podría haberse llamado también “Filosofía Liberal del Derecho”. Por supuesto, que Enrique ahondaba también en el legado de Coase, Calabresi y Posner, Polinsky, Buchanan, entre otros. Sin embargo, desde el inicio del curso, Enrique distinguía entre dos escuelas de pensamiento que habían sido muy importantes para el desarrollo del AED: (i) la Escuela de Chicago y (ii) la Escuela Austriaca de Economía. Enrique siempre se ha definido a sí mismo como un austriaco, y esa es probablemente la razón por la cual, además de estudiar en el curso “*The Problem of Social Cost*” de Coase, “*The Cost of Accidents*” de Calabresi o “*The Economics of Justice*” de Posner, también hacía un barrido tanto por la Escuela Austriaca de Economía como por la Escuela Escocesa, dentro de los cuales destacaba los trabajos de innumerables autores como Friedrich Hayek, Ludwig Von Mises, Carl Menger, Adam Smith, David Hume, Adam Ferguson, entre otros. Si bien estos autores no son tradicionalmente considerados como autores del AED, Enrique defiende que sus aportes han sido muy significativos. Los cursos de Alfredo y Enrique fueron muy interesantes, y tenían muy pocas intersecciones y lecturas en común. Es más, yo argumentaría que se complementaban perfectamente.

20. Carlos Ramos Núñez and Hans Cuadros Sánchez. *Crónicas de Claustro: Cien Años – Historia de la Facultad de Derecho de la PUCP*. (Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2019) 23.

El traer una corriente de pensamiento al Perú, y el defenderla con pluma y espada en artículos y libros, dentro y fuera de las aulas de clase, es una acción que puede tener un impacto enorme en los estudiantes y que incluso puede generar un efecto dominó en el tiempo. Y ello fue precisamente lo que ocurrió en el presente caso porque, a raíz de las enseñanzas y los textos de Alfredo Bullard y Enrique Gherzi, muchos de sus estudiantes —hoy profesores— empezaron a simpatizar con las ideas del AED. Es difícil determinar el nivel de influencia que tuvieron en cada uno de sus estudiantes, pero hay casos en que se pueden vislumbrar influencias directas como es el caso de la que tuvo Alfredo Bullard en Domingo Rivarola —con quien co-escribió un artículo titulado “Viendo Más Allá del Expediente” en 1998—, y la de Enrique Gherzi en Guillermo Cabieses —quien ha sido profesor de cursos de AED en la Universidad de Lima y en la Universidad del Pacífico por muchos años—.

En definitiva, tanto Alfredo Bullard como Enrique Gherzi cumplieron un papel fundamental en la recepción del AED en el Perú. Sobre todo, porque ambos enseñaron a sus estudiantes a mirar el Derecho desde una perspectiva funcional y los motivaron a querer conocer más sobre AED. Fue esta semilla la que motivó a muchos a estudiar AED en otros países. Por ejemplo, Mario Reggiardo hizo un Máster en Derecho y Economía en la Universidad de Hamburgo en el 2004 en donde tuvo la oportunidad de llevar clases con Hans-Bernd Schäfer, uno de los más importantes exponentes del AED en Europa. Desde su regreso a Lima, ha venido enseñando cursos de AED y de análisis económico del derecho procesal en la PUCP, la Universidad del Pacífico, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Escuela Superior de Economía y Negocios —El Salvador—. También participó en la traducción de un artículo de Hans-Bernd Schäfer titulado “*Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital*”, que es muy relevante porque demuestra que el Derecho también puede servir como motor para el desarrollo humano.

Sin lugar a duda las maestrías en Estados Unidos cumplieron un rol fundamental en la consolida-

ción del AED en el Perú. Muchísimos destacados estudiantes hicieron sus LL.Ms en Yale, Harvard, Chicago, Virginia y otras prestigiosas universidades, y llevaron cursos con destacadísimas personalidades como Richard Posner, Guido Calabresi, Alan Schwartz, Susan Rose Ackerman, Henry Hansman, Ian Ayres, Michael Polinsky, Richard Epstein, Eric Posner, Robert Cooter, Thomas Ulen, Steven Shavell, entre otros. Y al regresar al Perú incorporaron varios de los contenidos de AED que aprendieron en sus maestrías en los syllabus de los cursos que tenían a su cargo en el Perú. Por ejemplo, Freddy Escobar —que hizo su LL.M. en Harvard— ha dictado por muchos años un curso de contratos en que utiliza muchísima teoría filosófica, pero también económica. Huáscar Ezcurra —que hizo su LL.M. en Yale— dictó por varios años un curso de derecho concursal inspirado en AED, e incluso dictó el curso de AED. Durante varios años Christian Chávez —que hizo su LL.M. en Chicago— dictó un curso de contratos completamente inspirado en AED. Carlos Patrón —que hizo su LL.M. en Yale— utiliza un material de casos muy similar al que utilizaba Guido Calabresi en Yale. Enrique Pasquel —que hizo su LL.M. en Yale— dictó por muchos años un curso de Derecho Administrativo Económico en que aplicaba AED.

Con respecto al impacto de las maestrías, pienso que también es importante destacar la cercanía que preservaron profesores de la Escuela de Derecho de Yale con varios de sus estudiantes. Guido Calabresi ha preservado una extraordinaria relación con varios de sus exalumnos que lo visitan con frecuencia, e incluso tiene una muy buena relación con varios profesores de Derecho Civil que nunca llegaron a ser sus estudiantes. Pero la relación más cercana sin lugar a duda la forjó George Priest con varios de sus estudiantes como Alfredo Bullard, Beatriz Boza, Carlos Patrón, Fernando Cantuarias, Huáscar Ezcurra, Enrique Pasquel, entre otros. De alguna manera George fue mentor de varios de los LL.Ms peruanos que pasaron por la Escuela de Derecho de Yale. George siempre mostró un gran interés en el Perú y tuvo incidencia en varias de las reformas económicas que se implementaron a partir de los 90s, especialmente en el desarrollo de INDECOPI. La gratitud por parte

de sus “mentees” es inmensa, al punto que en el 2011 elaboraron un libro en su honor titulado “Reconstruyendo la Libertad”.

Los mismos estudiantes han cumplido un rol fundamental en la divulgación del AED. Y aquí tengo que destacar principalmente el rol de las revistas de derecho como *Advocatus*. Las revistas no solo le han dedicado ediciones enteras al AED, sino que han realizado traducciones importantísimas para difundir los trabajos más influyentes de autores como Guido Calabresi, Richard Epstein, Gary Becker, Richard Posner, Susan Rose Ackerman, Pietro Trimarchi, entre otros. Han organizado también decenas de congresos y debates que han tenido mucho impacto en el medio. Innumerables estudiantes realizan tesis de pregrado o postgrado utilizando como metodología el AED, y varios de esos trabajos han tenido muchísimo eco en el medio.

El desarrollo del AED en el Perú es un fenómeno inédito y no tiene parangón. Si uno viaja a cualquier otro país hispanoparlante, verá que el conocimiento del abogado común con respecto al AED es rudimentario. Cuando trabajé en Uría Menéndez en España hace algunos años, intenté incorporar a un memorial un argumento de AED citando a Coase. Los abogados españoles no tenían la menor idea de quién era este autor. El AED brilla por su ausencia en España.

Es difícil explicar por qué el impacto del AED en el Perú ha sido tan contundente. Como bien señala Alfredo Bullard, este tipo de fenómenos se debe a una conjunción de personas en el momento correcto. El AED, que duda cabe, surgió como un orden espontáneo, por lo que su evolución y desarrollo en el Perú se debe a la conjunción del esfuerzo de cientos de personas. Pero también es cierto de que, para que ello suceda,

fueron personas contadas con una mano las que empujaron un proceso de cambio dramático en la forma en que los abogados debían aproximarse al Derecho. Uno de ellos —coincido con Alfredo— fue Jorge Avendaño²¹ y los demás están bien reseñados en estas páginas.

IV. LAS CRÍTICAS AL AED EN EL PERÚ

El AED no ha estado exento de críticas. Muy por el contrario, ha sido el flanco de varios reproches por parte de académicos muy prestigiosos de la academia peruana. Quizá las críticas más agudas las realizó Mario Castillo Freyre —quien, por cierto, me parece un estupendo abogado— en un libro titulado “Analizando el Análisis: Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil”.

Debo empezar coincidiendo con el Dr. Felipe Osterling —quien prologa el libro “Analizando el Análisis”— en que el objetivo del Derecho no es la eficiencia, sino, antes que nada, la promoción y protección de los derechos y libertades individuales²². No creo, sin embargo, que ninguno de los precursores del AED en el Perú sostenga lo contrario. En ninguna de las clases de AED que llevé como alumno escuché a Alfredo Bullard o Enrique Gherzi argumentar que la eficiencia y/o la maximización de la riqueza eran el objetivo final del Derecho. Es verdad que ambos le dan a la eficiencia un valor más importante al que le dan otros profesores, pero creería que ambos coincidirían con el Dr. Osterling en que el objetivo del Derecho es, en última instancia, la protección de los derechos y las libertades individuales.

Coincido con el Dr. Osterling también en que el AED no ha llegado a sustituir al Derecho Civil, ni mucho menos lograr su destrucción²³. No

21. Alfredo Bullard. *¿Qué tan buen economista es Jorge Avendaño?* (Homenaje a Jorge Avendaño Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004), 75.
22. Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze. *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004) g11.
23. Sobre el particular, los profesores Castillo Freyre y Vásquez Kunze han expresado que “lo que en el fondo buscaban los partidarios del “Análisis” era la destrucción del Derecho Civil”. *Ibidem*, p. 19.

obstante, tampoco ha sido mi impresión que los precursores del AED hayan sostenido algo en ese sentido. Es verdad que los precursores del AED han cuestionado una veintena o treintena de normas, pero el Código Civil tiene 2122 artículos.

Lo preocupante sería el escenario inverso: que no exista crítica. Yo, por ejemplo, no estoy de acuerdo con las críticas que han realizado Alfredo Bullard o Enrique Gherzi a figuras como la lesión o la excesiva onerosidad de la prestación, pero la crítica es algo que saludo y celebro. Las normas —al igual que cualquier otra institución— deben estar sometidas constantemente a prueba ácida, a un escrutinio permanente que garantice que respondan efectivamente a las necesidades de la sociedad.

El AED llegó simplemente para ofrecer una mirada distinta a la visión tradicional del Derecho Civil. No creo que el AED y el Derecho Civil sean excluyentes. No es la una o la otra. Debiesen ser vistas como complementarias para que el operador jurídico pueda tener una visión más rica del Derecho. Por lo tanto, el AED no propone la derogación de todo el Código Civil ni mucho menos. Es simplemente una herramienta muy útil que permite comprobar si algunas de las normas del Código Civil son eficientes y funcionales. Por supuesto que, al momento de determinar si la norma debe o no ser derogada, se deben tener muchos otros criterios distintos a la eficiencia. El economicismo puro es algo que condeno, pero nunca he tenido la impresión de que los precursores del AED en Perú quieran persuadir a sus estudiantes de que el mundo debe ser simplificado al economicismo. Lo cierto es que el hecho de tener luces sobre la eficiencia y la estructura de incentivos que genera una determinada norma o una sentencia es tremendamente útil en el diseño de las instituciones legales.

Yo creo que la gran virtud del AED no fue proponerles a los estudiantes que analicen el Derecho desde la eficiencia, sino a que lo hagan desde fuera del Derecho. Es esa aproximación interdisciplinaria lo que logra que el análisis de las normas y los casos sea mucho más rico. El

Derecho no puede ser visto desde dentro de él, porque es una ciencia social y, para regular la conducta del individuo, es indispensable entender cómo interactúa en sociedad. La invitación a analizar el Derecho desde una perspectiva interdisciplinaria y funcional probablemente sea el aporte más relevante del AED en el Perú.

No es una coincidencia que, años después de que muchos estudiantes hayan pasado por el curso de AED, se hayan aventurado a empezar a estudiar el Derecho desde perspectivas interdisciplinarias distintas al AED como el Behavioral Law & Economics, Game Theory, Law and Political Economic, etcétera. Me cuenta Domingo Rivarola que, cuando regreso de su LL.M. de Virginia, le empezó a contar a Alfredo Bullard acerca de todo lo que había aprendido en su maestría sobre Behavioral Law & Economics, y que al inicio Alfredo era muy escéptico con esta nueva corriente de pensamiento. Hoy Alfredo ha co-escrito y editado un libro sobre “Análisis Psicológico del Derecho” y él mismo reconoce que él aprendió sobre Behavioral Law & Economics gracias a sus estudiantes como Jose María de la Jara y Milan Pejnovic, e incluso utiliza mucho análisis psicológico en los arbitrajes en que participa. Entonces, el AED generó un círculo virtuoso en que los profesores utilizaron el AED para enseñarle a sus estudiantes a analizar el Derecho desde fuera de él, y luego los estudiantes fueron más allá y ayudaron a sus profesores a ver el Derecho desde enfoques distintos al AED. El impacto del AED ha sido, entonces, enorme.

Por otro lado, recuerdo haber escuchado a un profesor de Derecho Civil en un Congreso de la Facultad de Derecho de la PUCP en el año 2012 afirmar que él estaba en desacuerdo con el AED, porque su metodología se basaba en un ‘análisis de probabilidades’ y que, si ello era así, pues entonces no se le podía considerar una metodología confiable. La verdad es que no sé bien de dónde extrajo esta supuesta relación directa entre el AED y el análisis probabilístico. Pensaría que en realidad es exactamente al revés. Los profesores americanos y europeos que aplican *law & economics* utilizan econometría y modelos matemáticos para demostrar que una

determinada institución reduce la eficiencia de un determinado sistema jurídico.

Pero, incluso asumiendo que el AED esté basado en un análisis probabilístico, me pregunta si acaso ese no es un problema del AED, sino del Derecho mismo. ¿No es acaso inevitable el análisis probabilístico en la aplicación del Derecho? ¿Acaso los presupuestos de las medidas cautelares como la verosimilitud del derecho o el peligro en la demora no encuentran sustento en un análisis probabilístico? ¿No sucede acaso lo mismo con el análisis del lucro cesante o la pérdida de la chance? ¿No hay un análisis probabilístico cuando se tiene que calcular el cálculo de la reducción de la indemnización por imprudencia de la propia víctima en virtud del artículo 1973 del Código Civil? El análisis probabilístico no es una propuesta del AED; es inherente al Derecho.

Una crítica adicional al AED lo realiza Eduardo Hernando Nieto en un artículo titulado “¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?”²⁴. La verdad es que encontré sus críticas muy poco convincentes. Al leer sus páginas, parecía que miraba al AED y a cualquier aproximación metodológica como si fuesen necesariamente excluyentes al mirar Derecho. Pero ninguno de los precursores del AED en el Perú ha argumentado que el AED es la madre de todas las metodologías y que es la única manera en la que debe ser analizado el Derecho. No es lo uno o lo otro. Son todas las metodologías a la vez.

Al momento de legislar es muy importante tener en cuenta criterios morales, pero también es muy importante determinar la eficiencia y el

impacto de las normas y/o decisiones jurisdiccionales en la realidad. Por ejemplo, está claro para mí que la lesión no tiene ninguna justificación económica²⁵, pero, a diferencia de varios de los precursores del AED, pienso que tiene un fundamento moral muy relevante. Puede que los porcentajes estipulados por el legislador estén equivocados e incluso sean totalmente arbitrarios. Sin embargo, la existencia de una norma que coloque límites a la autonomía privada para dejar claramente establecido que resulta intolerable que una parte explote a otra que se encuentra en un estado de necesidad apremiante, me parece tan ético como necesario.

Eso no significa que los artículos publicados por Alfredo Bullard y Enrique Gherzi criticando a la lesión desde el AED me parezcan inútiles. Todo lo contrario, enriquecen la discusión y ofrecen un prisma adicional desde el cual pueden ser analizadas las normas: la eficiencia. Habrá otras primas tan o más importantes que también tienen que ser colocadas siempre en la balanza, pero mientras más sean los lentes interdisciplinarios con los que puedan analizarse las normas, los casos y/o las decisiones jurisdiccionales, mejor.

Entonces, pienso que el profesor Hernando tiene toda la razón al afirmar que “es un error sostener que el AED puede configurar un orden superior en la tarea de concluir de manera armónica los problemas jurídicos”²⁶. El problema es que, al menos en el Perú, hasta donde llega mi conocimiento, nadie ha sostenido lo contrario.

Recientemente pude tener acceso a un libro titulado “Justicia, Derecho y Mercado” elaborado

24. Eduardo Hernando Nieto. *¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?* (Revista de Derecho THÉMIS N° 37, 1998) Ver también Eduardo Hernando Nieto. *El Análisis Económico del Derecho en Tiempos Neoconstitucionales*. (Revista de Derecho THÉMIS N° 62, 2012) Ver también Freddy Escobar vs. Eduardo Hernando Nieto. *¿Es el Análisis Económico del Derecho una Herramienta Válida de Interpretación del Derecho Positivo?* (Revista de Derecho THÉMIS N° 52, 2006).

25. Existen autores, sin embargo, que argumentan que existen bases económicas para cuestionar contratos que se sustentan en el aprovechamiento de una necesidad apremiante. Ver Steven Shavell. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge-London (The Belknap Press of Harvard University Press, 2004), 335.

26. Eduardo Hernando Nieto. *¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?*, 138.

por Betzabé Marciani, José Enrique Sotomayor y Leandro Cornejo que critican fuertemente el AED. Debo confesar que me pareció un trabajo muy serio que toda persona interesada en el AED debe de leer. Hay varios puntos con los que no estoy de acuerdo, sin embargo.

Cuando leí el artículo de la profesora Marciani mi impresión es que su propósito era más criticar al libertarismo que al AED. Había varias críticas a autores libertarios como Rothbard y Nozick que, si bien han sido muy influyentes en otras disciplinas, no han cumplido ningún papel relevante en el desarrollo del AED. Y creo que ahí está el meollo de la cuestión: AED y libertarismo tienen poco o nada que ver. El AED no está ideologizado. Sus presupuestos no son los presupuestos del libertarismo; son los presupuestos de la Economía. El AED no es una ciencia, dogma o doctrina. Es simple y llanamente una teoría de conducta para aproximarse a los fenómenos jurídicos. Tan útil como el Análisis Psicológico del Derecho, la Filosofía del Derecho, la Sociología del Derecho, el Derecho y la Literatura, entre otros.

En múltiples oportunidades he escuchado a personas criticar los principios del AED —*e.g.*, que los individuos actúan en función a incentivos, que las personas son racionales, que los individuos buscan maximizar utilidades, que el costo de algo es aquello a lo que se renuncia para obtenerlo, que las personas racionales piensan en términos marginales, entre otros— porque serían principios ‘neoliberales’, ‘reduccionistas’, e incluso ‘inmorales’. Pero esos principios no se los inventó Posner o Coase. Pocos no economistas saben quién fue Gregory Mankiw. Basta anotar por ahora que es profesor de Harvard University y uno de los economistas más influyentes del mundo. Y basta leer su texto titulado “*Ten Principles of Economics*” para advertir que estos principios —acusados de absurdos

y reduccionistas— son los principios más básicos del *mainstream* de la Economía y se enseñan en virtualmente todas las Facultades de Economía del mundo. Mankiw, por cierto, no es libertario; es Keynesiano. Argumentar que el AED es libertario es casi tan absurdo como argumentar que la Economía es libertaria.

También se critica al AED por su arrogancia en querer predecir el impacto del Derecho en la estructura de incentivos de las personas. Una vez más, ese no fue un invento del AED. Predecir conductas es la principal función de la Economía. Este fue uno de los principales aportes del premio Nobel de Economía Milton Friedman en un ensayo titulado “*The Methodology of Positive Economics*” en 1966. Entonces, el AED es simple y llanamente la aplicación de los principios económicos que se han forjado durante los últimos 250 años a la disciplina jurídica.

Tengo la impresión de que uno de los problemas de las críticas es que se equipara al AED con Richard Posner. Pero Posner es el extremo de los extremos. Autores como Guido Calabresi o Susan Rose Ackerman —a quienes tendría que catalogárseles como de centro izquierda— utilizan siempre el AED al aproximarse a las instituciones legales, y puedo asegurar que ninguno de ellos encuentra en el AED presupuestos libertarios. Como bien ha expresado Bruce Ackerman —probablemente el constitucionalista más influyente en los Estados Unidos—, el AED es “el desarrollo más importante de la academia jurídica en el siglo XX”²⁷. Y Ackerman no es libertario; es social demócrata.

La profesora Marciani argumenta también que el AED ha transitado por un proceso de desideologización²⁸. Con toda honestidad, no estoy familiarizado con ese proceso. Durante mi LL.M. en Yale pude conocer profesores de todas las generaciones e ideologías que aplican

27. Robert Cooter and Thomas Ulen. *Law and Economics* (Addison-Wesley, 6ta edición, 2016), 2.

28. Betzabé Marciani Burgos, José Enrique Sotomayor Trelles y Leandro Cornejo Amoretti. *Justicia, Derecho y Mercado: Una Investigación sobre el Análisis Económico del Derecho en el Perú* (Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002), 96.

el AED en sus clases. Los libertarios eran, por cierto, la minoría. Del total de profesores de la Escuela de Derecho de Yale, solo pude identificar a dos que tenían ideología libertaria. Y, a ojo de buen cubero, diría que más de la mitad utilizaba el AED en sus clases. Daniel Markovits —el discípulo más emblemático de Guido Calabresi, profesor joven y uno de los máximos exponentes del AED en Estados Unidos— publicó en el 2019 un libro titulado *“The Meritocracy Trap”* en que realiza una crítica destructiva del capitalismo, e incluso culmina el libro citando el *“Manifiesto Comunista”* de Karl Marx. Reitero, el AED no tiene ideología. Puede ser utilizada con la misma contundencia por un anarcocapitalista, un liberal, un socialdemócrata o un comunista.

La profesora Marciani también afirma que, a lo largo del tiempo, Calabresi ha tomado voluntaria y manifiesta distancia de muchos de los presupuestos filosóficos y axiológicos del AED²⁹. Con absoluto respeto, tengo que manifestar mi más abierta discrepancia. Tuve el privilegio de tener a Guido Calabresi como profesor de *“Torts”* hace poco más de cuatro años y he podido seguir en contacto con él durante los últimos tiempos. Mi impresión es que el Guido Calabresi que fue mi profesor en el 2018 fue el mismo que escribió *“The Cost of Accidents”* en 1977. A diferencia de un autor como Hayek que modificó constantemente sus planteamientos con el pasar de los años —y ello puede ser apreciado a través de sus obras—, Guido Calabresi siempre fue socialdemócrata y muy consecuente con sus ideas. Me llamó mucho la atención una cita en el libro de la profesora Marciani atribuida a Liborio Hierro en que este último afirmaba que Guido Calabresi no pertenecía a la Escuela del Análisis Económico. Una afirmación como esa me parece un despropósito. No solo forma parte de él; es su fundador.

Las preocupaciones de la profesora Marciani me parecen fundadas, pero temo que su crítica no es una crítica al AED, sino a la Escuela de

Chicago del AED —en que algunos profesores como Posner suelen tener posiciones bastante extremas— o quizá a ciertas personas concretas que, desde su perspectiva, ideologizan el AED y lo venden como un producto libertario. El problema es que la Escuela de Chicago —que, dicho sea de paso, tiene también profesores de AED muy ponderados— es una de las varias escuelas del AED. Existen varias otras como la Escuela de Yale, La Escuela del Capital Humano, la Escuela del *Public Choice* y la Escuela de los *Property Rights*³⁰.

Yo saludo las críticas de los profesores Marciani, Sotomayor y Cornejo al economicismo puro; a esas personas que Vargas Llosa ha llamado *“algoritmos vivientes”* porque quieren encontrar en la Economía la solución a todos los problemas. AED y economicismo están lejos de ser lo mismo. El AED se limita a ofrecer una perspectiva de análisis basada en la eficiencia y en el impacto que una institución jurídica puede tener en la realidad. No es parte de los presupuestos del AED que, si una determinada institución jurídica es ineficiente, ello implica *ipso facto* que debe ser eliminada o derogada. Pueden existir múltiples razones de carácter moral, psicológico y sociológico por las cuales esa institución jurídica específica debe seguir en vigencia. Y el AED mira con respeto y tolerancia esas otras aproximaciones porque sabe que el suyo es tan solo un enfoque. Un enfoque de muchos que deben ser analizados conjuntamente a efectos de determinar si una determinada institución jurídica resulta deseable en un sistema jurídico.

Entonces, si la crítica de la Profesora Marciani no es una crítica al AED como una forma de aproximación a los problemas jurídicos, sino una crítica a algunas personas concretas que quieren encontrar en el AED a la madre de todas las ciencias, y a la eficiencia como el fin último de la sociedad, pues entonces le doy toda la razón. No es para mí eso el AED, sin embargo. Y,

29. *Ibidem*, p. 96.

30. Enrique Ghersi. *Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*. (Revista *Advocatus* N° 7, 2002), 147.

al menos yo, no he escuchado a los precursores del AED en el Perú argumentarlo.

V. LOS APORTES DEL AED AL PERÚ

El AED ha tenido un impacto muy importante en la regulación y en la creación de instituciones en el Perú. A manera enunciativa mas no limitativa, algunos de los ejemplos más relevantes que he podido identificar son los siguientes:

- a. **Primero**, la introducción del análisis costo-beneficio —ACB—, en la labor legislativa. De acuerdo con el artículo 75 del Reglamento del Congreso, uno de los requisitos para la presentación de proyectos de ley es la existencia de un análisis costo-beneficio dentro de la exposición de la motivación de la propuesta³¹.

Esta fue una propuesta de Arturo Salazar Larraín, quien fue el mentor de varias personalidades que han tenido mucha incidencia en el desarrollo del AED como Enrique Ghersi, Mario Ghibellini, Iván Alonso, entre otros. Durante su gestión como congresista, Salazar Larraín propuso la incorporación del análisis costo-beneficio como filtro de la calidad de las leyes. En efecto, en noviembre de 1995 Arturo Salazar Larraín, Enrique Chirinos Soto y Rafael Rey Rey suscribieron el Proyecto de Ley N° 630 que planteaba modificar, precisamente, el Reglamento del Congreso.

La introducción del ACB fue un legado enorme para el Perú que tuvo sus raíces en

el AED. Lamentablemente, en el Congreso nunca lo han entendido y, cada vez que tienen que elaborar el análisis, se limitan a señalar “esta ley no irrogará gastos para el erario nacional y generará evidentes beneficios en la población”. Una torpe aplicación de una excelente idea.

- b. **Segundo**, la creación e implementación de INDECOPI sin duda también estuvo muy influenciada por el AED. La presencia de varios abogados en INDECOPI que simpatizaban con el AED como Alfredo Bullard, Alejandro Falla, Huáscar Ezcurra, Carlos Patrón, Enrique Felices, Enrique Pasquel, entre otros, determinó que mucha de la jurisprudencia del INDECOPI estuviese influenciada por el AED.

Basta con recordar la *ancillary doctrine* o doctrina de la complementariedad adoptado por la Sala de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual en el Caso CIVA³². La Sala adoptó este criterio utilizando el AED y teniendo como referencia la decisión estadounidense redactada por el juez Taft en el caso *Addyston Pipe & Steel*³³.

Por otro lado, en 1996 se creó la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, que tiene como principal función la eliminación de costos de transacción para ingresar a un mercado determinado. Este es un aporte que muchas personas le atribuyen a la Escuela de Chicago.

- c. **Tercero**, la creación e implementación

31. Al respecto, el artículo 75 del Reglamento del Congreso establece que “las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental”.

32. Miguel Ciccía Vásquez E.I.R.L. (CIVA) vs. Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A. *Resolución N° 206-97-TDC-INDECOPI*, 1997).

33. Bajo la categoría de *ancillary doctrine*, Taft incluyó los acuerdos desnudos de precios y los acuerdos desnudos de división de mercados. Pero sugirió en su decisión, que en algunos casos la aparente reducción de competencia justificada la aplicación de una regla distinta si dicha reducción tenía por objeto generar eficiencias en el mercado”. Alfredo Bullard y Alejandro Falla. “La Mujer del César... ¿Son los Acuerdos de Compras Conjuntas Ilegales según las Normas de Libre Competencia? (Revista *Ius et Veritas* N° 25, 2002), 191.

de COFOPRI también estuvo inspirada en ideas del AED, y probablemente fue una secuela de “El Otro Sendero”. En términos económicos, el objetivo de COFOPRI es reducir costos de transacción y definir claramente los derechos de propiedad mediante la entrega de títulos. Como no es difícil advertir, se trata de dos finalidades claramente económicas. COFOPRI busca reducir los costos de búsqueda, identificación, información, negociación y ejecución en el proceso de formalización. En efecto, el Decreto Legislativo N° 803 “declara de interés nacional la promoción del acceso a la propiedad formal y su inscripción registral con el fin de garantizar los derechos de todos los ciudadanos a la propiedad y a al ejercicio de la iniciativa privada en una economía social de mercado”.

- d. **Cuarto**, el proceso de simplificación administrativa que aconteció en la década de los ochenta estuvo inspirado también en ideas del AED. Así, el Estado, bajo la asesoría del Instituto Libertad y Democracia —ILD, promulgó una serie de normas dirigidas a generar un proceso de simplificación administrativa que buscaba reducir los costos de la actuación de la administración pública³⁴. De acuerdo con Bullard, este proceso se consolidó con la promulgación de la Ley de Procedimiento Administrativo General, que tendría una marcada influencia del AED³⁵.

Las iniciativas de simplificación administrativa inspiradas en el AED han continua-

do a lo largo del tiempo. En enero del 2017 se aprobó el Decreto Legislativo N° 1310 que aprobó medidas de simplificación administrativa, incluyendo *la obligación* de realizar análisis de calidad regulatoria para procedimientos administrativos. Incluso la norma señala que en el análisis de calidad regulatoria se evalúan principios como el costo-beneficio, necesidad, efectividad y proporcionalidad³⁶.

Alfredo Bullard afirma que los aportes del AED han sido incluso más significativos. Opina que el AED también ha tenido un impacto en (i) la creación de la hipoteca popular; (ii) la creación, implementación y desarrollo de jurisprudencia de los “Ositos” —OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS—; (iii) la promulgación del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada; y (iv) la promulgación de la Ley N° 27181, Ley General de Tránsito. En definitiva, el AED ha sido una herramienta tremendamente útil para implementar políticas públicas en el Perú.

VI. CONCLUSIÓN: ALGUNAS SUGERENCIAS PARA SEGUIR CONSOLIDANDO EL AED EN EL PERÚ

Hoy por hoy, el AED ha evolucionado muchísimo en países como Estados Unidos, Inglaterra y Alemania. En estos países el análisis económico de las instituciones legales no se realiza de forma argumentativa, descriptiva o analítica. La reducción de la eficiencia generada por una determinada institución legal se mide en base a data. Para hacer AED que supere los filtros

34. Alfredo Bullard González. *Análisis Económico del Derecho*. (Colección Lo Esencial del Derecho N° 35, 2018), 62.

35. *Ibidem*, p. 67.

36. El artículo 2.1 del Decreto Legislativo N° 1310 establece que “las entidades del Poder Ejecutivo deben realizar un Análisis de Calidad Regulatoria de todas las disposiciones normativas de alcance general, a excepción de las contenidas en leyes o normas con rango de ley, que establezcan procedimientos administrativos, a fin de identificar, reducir y/o eliminar aquellos que resulten innecesarios, injustificados, desproporcionados, redundantes o no se encuentren adecuados a la Ley del Procedimiento Administrativo General o a las normas con rango de ley que les sirven de sustento”. Por su parte, el artículo 2.2 expresa que “mediante el Análisis de Calidad Regulatoria se evalúan principios como el costo – beneficio, necesidad, efectividad, proporcionalidad, de las disposiciones normativas señaladas en el 2.1, conforme se establecerá en el Reglamento del presente Decreto Legislativo”.

de calidad en universidades estadounidenses, inglesas o alemanas es indispensable trabajar con estadística, matemática y econometría. Más aún si es que el AED que se pretende realizar es normativo.

No quiero que se me malinterprete. No pienso que los trabajos de AED que no cuentan con herramientas econométricas no aporten a la disciplina. Por supuesto que lo hacen. Sin embargo, el aporte es bastante más limitado porque, a pesar de que se pueda indicar en la introducción de sus trabajos que han logrado demostrar la ineficiencia de una institución, la verdad es que están lejos de haberlo logrado. Lo máximo que logran es identificar algunos *pointers* o *proxies* que sugerirían que una determinada institución legal podría ser ineficiente, o crear legítimas dudas con respecto a la funcionalidad de una institución legal. La sofisticación del AED exige que haya menos narrativa y más data para acreditar la ineficiencia de instituciones legales. Hayek argumentaba con razón que quienes realizan AED escriben literatura, mas no hacen teoría económica³⁷.

En mi opinión, el AED se puede sofisticar muchísimo más adoptando las siguientes medidas:

En primer lugar, creo que es muy importante que profesores de la Facultad de Economía empiecen a dictar en la Facultad de Derecho, y viceversa. El impacto puede ser enorme. Basta con recordar el impacto que tuvo el hecho de que la Escuela de Derecho de Chicago haya nombrado como profesores con *tenure* a los economistas Henry Simon en 1939 y a Aaron Director en 1949. Fue precisamente Aaron Director quien, junto a su cuñado Milton Friedman, influyó a toda una generación de juristas en Chicago. Algo así se podría replicar en el Perú. Creo que es importante que las Facultades de Derecho abran posiciones de profesor a tiempo completo para profesores de Economía.

Además, no solo es importante la interacción de estudiantes de Derecho con profesores de

Economía, sino también con estudiantes de Economía. Cursos como AED debiesen ser llevados al mismo tiempo por estudiantes de Derecho y de Economía. Muchas veces no es la interacción con el profesor lo que les abre la mente a los estudiantes, sino con sus propios compañeros. No solo para aprender teoría económica, sino para entender y aprender cómo razonan los economistas. La forma en que los Economistas se aproximan a los problemas suele ser bastante más efectiva que la metodología de los abogados.

Finalmente, creo que sería sumamente relevante que las universidades que cuentan con Facultades de Derecho empiecen a crear dobles titulaciones. En España esto es muy común. La mayor parte de universidades ofrece doble grados en Administración de Empresas y Economía, Estadística y Economía, Economía y Finanzas, Administración de Empresas e Ingeniería Industrial, y un largo etcétera. Y el Derecho no es la excepción.

Los mejores abogados que conocí en España habían cursado dobles titulaciones en Derecho y Economía, o Derecho y Administración de Empresas. Más que llevar más de cincuenta cursos de Derecho —en que el contenido de muchos ellos se puede aprender en la práctica—, pienso que sería bastante más útil que los abogados puedan optar por una segunda titulación ofrecida por la universidad como Derecho y Economía, Derecho y Filosofía, Derecho y Psicología, Derecho y Sociología, y un largo etcétera. Para un abogado que quiere dedicarse a la Filosofía del Derecho, resultaría bastante más provechoso llevar cursos de Filosofía Moderna y Ética en la Facultad de Filosofía que llevar cursos de Tutela Ejecutiva o Derecho Ambiental.

De igual manera, para un abogado que quiere profundizar en el AED, especializarse en Derecho Empresarial o en Arbitraje Internacional, resultaría bastante más provechoso llevar cursos de microeconomía, macroeconomía, estadística, econometría y contabilidad en la Facultad

37. Enrique Ghersi. *Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*. (Advocatus N°7, 2002)152.

de Economía. Por ejemplo, para un abogado que quiere dedicarse al Derecho Empresarial o al arbitraje, resulta fundamental contar con herramientas económicas y contables para poder leer estados financieros o calcular daños. Por su parte, para un abogado que quiere dedicarse a la academia y estudiar el AED, resulta fundamental contar con las herramientas económicas para entender cientos de papers de AED que se escriben con modelos matemáticos. No es una

coincidencia que la mayor parte de exponentes del AED en el mundo como Ronald Coase, Guido Calabresi, Robert Cooter o Ian Ayres sean economistas.

Aún falta mucho camino por recorrer, pero, como bien señala Joan Manuel Serrat, se hace camino al andar. Y la iniciativa de Advocatus de dedicarle una edición al AED es una estupenda noticia que debemos felicitar.

