

Comentarios sobre la coyuntura nacional y el impacto del Análisis Económico del Derecho en las instituciones públicas^(*)

ENRIQUE ALBERTO GHERSI SILVA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho Civil por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Miembro de la Royal Economic Society del Reino Unido.
Socio principal del estudio Gheresi Abogados.



(*) *ADVOCATUS* agradece a sus Miembros Asociados Jorge Francisco Lazo Lema, José Alfredo Agreda Pastor, Luis Karim Escobar Cachay por su contribución en la elaboración de las preguntas de la presente entrevista, la conducción de esta y su posterior transcripción.

RESUMEN:

En la presente oportunidad, *ADVOCATUS* tuvo el agrado de reunirse con el destacado abogado nacional Enrique Gherzi, especializado en Análisis Económico del Derecho — AED y coautor del libro “El otro sendero” —1986—, quien amablemente nos concedió una entrevista en la cual, partiendo de un enfoque amplio que recoge el AED y el *Public Choice*, expuso sus apreciaciones sobre temas coyunturales tales como la corrupción, la falta de representación política, la reforma universitaria, entre otros, así como sobre los aportes del AED en las instituciones públicas.

Palabras clave: Análisis Económico del Derecho — AED, teoría de la *Public Choice*, aportes del AED, corrupción, representación política, reforma universitaria, propiedad del subsuelo.

ABSTRACT:

On this occasion, *ADVOCATUS* had the pleasure of meeting with the prominent national lawyer Enrique Gherzi, specialized in the Law and Economics and co-author of the book “El otro sendero” —1986—, who kindly granted us an interview in which, starting from a broad approach that includes the Law and Economics and the Public Choice, he presented his appreciations on current issues such as corruption, the lack of political representation, university reform, among others, as well as on the contributions of the Law and Economics in public *institutions*.

Keywords: Law and Economics, Public Choice theory, Law and Economics contributions, corruption, political representation, university reform, subsoil ownership.

1. ¿Cuáles cree que han sido los mayores triunfos del *Global Economics del Análisis Económico del Derecho — AED en las instituciones jurídicas de nuestro Perú?*

Yo diría que, básicamente, la jurisprudencia de Indecopi (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual) y de los organismos reguladores de los mercados.

La recepción del AED ha sido muy intensa a nivel académico. Sin embargo, es muy poco profunda a nivel judicial. En ese ámbito, por ejemplo, es posible afirmar que no se sabe qué es el costo, qué es el precio, ni mucho menos qué es la tasa de interés.

No obstante, a nivel de los organismos reguladores de los mercados —tales como Osiptel (Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones), Ositran (Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público), Osinergmin (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería), Indecopi, etc.—, debido a que en estos hay mucha gente que estuvo expuesta a la teoría económica, ya sea por su labor diaria o estudios de posgrado, existe un desarrollo interesante del AED, ello en la jurisprudencia administrativa que estos

entes emiten. Esto pues, en dicha jurisprudencia se verifica la utilización intensiva de la metodología del AED. Por ejemplo, en la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de Indecopi, todo se resuelve con AED.

2. Desde un punto de vista de la *Public Choice*, ¿cuál es la raíz de la corrupción en el Perú? ¿Es atribuible a nuestra conducta como humanos? ¿O es que existen incentivos perversos en nuestro sistema?

Antes que nada, cabe mencionar que este tema abarcaría una charla más larga. Incluso he escrito anteriormente un ensayo que trata este tema, llamado “Economía de la Corrupción”, por ahí lo pueden encontrar en las redes.

Respondiendo a tu pregunta, diría que los dos. Esto pues, el ser humano se mueve por incentivos. Entonces, si estos son perversos, el ser humano actuará perversamente. En ese sentido, si tienes un sistema institucional costoso, ineficiente, que tiende a favorecer conductas antisociales, la gente va actuar racionalmente, ello entendiendo la racionalidad con valoraciones subjetivas. Es decir, el ser humano actúa de acuerdo con lo que cree que le conviene, aunque no sea así.

Por tanto, si tienes muchos incentivos perversos

sos, como los hay en el Perú, tienes a mucha gente actuando fuera de la ley. Por ejemplo, un ejemplo emblemático es la economía informal en nuestro país. Lo que, incluso, nos lleva a reflexiones de carácter moral. En ese sentido, teniendo en cuenta que un 80% del país actúa fuera de la ley, te tienes que preguntar lo siguiente: ¿qué está mal? ¿La gente o la ley? El AED sugiere que lo que está mal es la ley, porque las personas al actuar por incentivos simplemente evalúan lo que les conviene en un contexto institucional ineficiente.

Considero que para combatir la corrupción lo más pertinente es hacer modificaciones legales que tiendan a reducir el costo de la legalidad, de tal forma que se alinee los incentivos de las personas con el interés público.

3. Con relación a la Reforma Universitaria —que por cierto ha sido muy discutida en estos últimos tiempos— y el estado actual de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria —SUNEDU, ¿cree usted que debe regularse la educación?

Sinceramente, no creo en la Sunedu, porque, desde que existe, las universidades se han convertido en una burocracia horrorosa.

Al contrario, creo en la libre competencia. Debería haber la libertad de crear y elegir la universidad que uno quiera. Asimismo, no debería haber ninguna con reconocimiento oficial. El reconocimiento debería ser concedido por el propio mercado.

Por ejemplo, si una universidad provoca que una persona al graduarse tenga pocas oportunidades laborales o menor paga respecto a otros graduados, entonces se creará la discriminación necesaria para que otros decidan no ir a esa universidad. Esto último sin necesidad de que se quite ninguna licencia, lo cual, evidentemente, no constituye una decisión por parte de la burocracia.

Respecto a ello, lo que me preocupa de la burocracia es que no decide por consideraciones

del mercado, lo cual vendría ser lo ideal, sino por cuestiones políticas o incluso en base a prejuicios. Por ejemplo, puede suceder que a la burocracia no le agrade el propietario de una universidad y, solo por ello, decida no otorgarle licencia para que opere. En conclusión, simplemente, eso de quitar licencias no funciona.

4. Desde un enfoque más amplio, ¿por qué los peruanos no nos sentimos representados por nuestros políticos? ¿Cuáles son las principales fallas que encontramos en nuestro sistema?

Sinceramente, desconozco si no nos sentimos representados por nuestros políticos. Esto pues, nosotros somos los que finalmente los elegimos. Sin embargo, lo que sí es cierto, es que existe un error en el diseño institucional. Es decir, no es un problema de las personas, sino de la manera en la que elegimos a nuestros representantes.

Hoy en día se cuenta con un sistema de voto proporcional con cifra repartidora, además de un sistema de representación plurinominal; en conjunto, ineficientes. Esto pues, produce fraccionamiento, debido a que, al tener un sistema plurinominal, tienes a un montón de representantes por cada distrito. Ergo, no sabes quién exactamente es tu congresista. Lo ideal sería contar con un sistema de representación uninominal, donde sepa quién te representa.

Por ejemplo, en Estados Unidos, donde se maneja dicho sistema, uno sabe exactamente quién es su congresista. Ello es mucho más eficiente. Incluso, y esto es muy habitual, las personas les escriben a sus congresistas para quejarse de alguna situación injusta, además de solicitarles apoyo. Es una suerte de: “Oye, yo he votado por ti, tienes que defenderme, tú eres mi congresista”. Y también es habitual que, en estas situaciones, los congresistas den la cara por sus representados frente a otras autoridades o terceras personas. Lo cual no es tráfico de influencias, sino una forma de representación política eficiente.

Lo anteriormente mencionado no pasa en el Perú. En nuestro país se ha roto la represen-

tación política. Por ejemplo, en Lima uno no sabe por quién votó, se tienen 44 congresistas y ninguno es de alguien en específico, lo que me lleva a formular la siguiente pregunta: ¿de quién son? Pues yo diría que de nadie, de ellos mismos.

En ese sentido, considero que es necesario cambiar el sistema de voto y de representación en el Perú.

Frente a la problemática, creo necesario cambiar el sistema de representación, de un sistema plurinominal a uno uninominal. Asimismo, pasar de un sistema de voto proporcional por cifra repartidora a uno de mayoría simple, si quieres hasta dos vueltas, como se hace en Francia. Así, no solo se sabe quién es tu representante, sino también que es el mayoritario. Ello quiere decir que, por ejemplo, no basta sacar dos votos para tener derecho a cinco curules. En ese caso, no se admite a nadie y va a segunda vuelta. Es decir, los congresistas y el presidente se deben elegir de la misma manera. Y que, además, respecto a los parlamentarios, contar con un sistema de representación uninominal. En conjunto, se generaría una legitimidad enorme a la estructura política.

Sin perjuicio de lo anterior, quisiera mencionar el caso de Chile, que tiene un sistema de representación curioso, el binominal, el cual es reconocido desde Constitución, que por cierto sigue vigente. Este sistema es una manera eficiente de dar representación a las minorías. Sin duda, el sistema uninominal y binominal —estilo chileno— son mucho mejores que el plurinominal.

Sin embargo, lamentablemente, nuestro sistema es similar al italiano, país donde se prioriza el caos, el mismo que ha tenido cuarenta y dos gobiernos desde la II Guerra Mundial, así como el Perú ha tenido cinco presidentes en cuatro años. Hemos batido un récord mundial.

En conclusión, si alguna reforma se tiene que hacer debe ser del régimen político, que es lo que no funciona.

5. Respecto a la propiedad de subsuelo, ¿por qué se dice que en el Perú se incurre en una tragedia de los comunes cuando se habla de este tema? ¿Cómo se podría mejorar la extracción de los recursos naturales?

Hoy en día hay mucha diferencia en encontrar oro o petróleo en Perú que hacerlo en Estados Unidos. Esto pues, mientras que en nuestro país te vuelves pobre o sigues en las mismas condiciones, en Estados Unidos te vuelves rico. Porque, en nuestro país, los recursos naturales son del gobierno. Ello aunado al hecho que es posible que terceros invadan de forma informal tu propiedad.

El gobierno en vez de negociar con los propietarios del subsuelo a fin de explotar los recursos mineros o acuíferos que este tenga, lo dan en concesión a quien les da la gana, a las grandes mineras. Esto último es una forma de tragedia de los comunes, porque estás separando la propiedad del suelo con la propiedad del subsuelo.

En conclusión, considero que se les debería pagar a los verdaderos dueños de los recursos y no la caridad que se les da ahora, simplemente se les estaría dando su plata. En ese sentido, creo fervientemente que las zonas más pobres del Perú, el callejón minero, deberían ser las más ricas. Yo no le tengo miedo a la riqueza, al contrario, le temo a la pobreza. Para ello, creo pertinente que se debería realizar un cambio constitucional y permitir que la riqueza del Perú, minera y acuífera sea de los dueños de la tierra. Incluso se podría dar la potestad a la comunidad de no optar por explotar el recurso. Aunque, seamos sinceros, sabemos de que sí lo harán si les da una suma razonable. Hoy en día los comuneros ven como pasan millones y millones de soles por sus narices, mientras les falta un hospital, es decir, sin que los beneficie de alguna forma.

El gran acto de justicia social que aún está pendiente es devolverle la riqueza al pueblo. Y con ello seguir la filosofía de Juan Bautista Alberdi: "Gobernar es enriquecer al pueblo".