



Leysser León Hilario (*)

El efímero encanto de “nuestro” Law and Economics

The ephemeral charm of “our” Law and Economics

Un testimonio(**)

Resumen: Este artículo es un testimonio que presenta una reflexión hecha a título personal por el autor, la cual aborda de manera crítica el rol que el Análisis Económico del Derecho ha venido desarrollando en la formación de abogados en las facultades de Derecho de nuestro país. Asimismo, opina que esta corriente se ha alejado de sus postulados lógicos iniciales para terminar siendo no más que un débil sostén del liberalismo económico, lo cual ha despojado de sentido al Análisis Económico del Derecho en el Perú.

Palabras claves: Análisis Económico del Derecho - Liberalismo económico - Testimonio - Libre mercado - Educación

Abstract: This paper is a testimony, which displays the author's personal opinion on the role that Law and Economics has been developing in the way future lawyers are being academically trained in our Law schools. Also, the author expresses that this current of thought has disentangled itself from its original postulates to support the pillars of economic liberalism, which has left Law and Economics at a loss of purpose in our country.

Keywords: Law and economics - Economic liberalism - Testimony - Free market - Education

(*) Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Scuola Sant'Anna di Pisa (Italia). Profesor ordinario asociado de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor contratado de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, de la Universidad de Piura-Sede Lima, de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Academia de la Magistratura. Socio de la Asociación Italiana de Derecho Comparado. Asociado Senior de Ferrero Abogados.

(**) En estas páginas, que reflejan mis opiniones personales y no comprometen a ninguna de las instituciones a las que pertenezco, doy forma y orden, además, a los esquemas que me sirvieron de guía para mi ponencia sobre el declive del análisis económico del derecho en el Perú, expuesta en el Seminario, de equívoco título, *Lo tradicional vs. lo económico*, organizado por la Revista Forseti, publicación de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (también en la experiencia jurídica estadounidense, por cierto, se ha opuesto lo “tradicional” al “análisis económico”, pero para cotejar las perspectivas sobre la responsabilidad extracontractual de los jueces Benjamin Cardozo y Richard Posner; así, CUNNINGHAM, Lawrence A. *Traditional versus Economic Analysis: Evidence from Cardozo and Posner Torts opinions*. En: *Florida Law Review*. Volumen 62. 2010; pp. 1 y siguientes). En el debate, realizado el 26 de noviembre de 2013, participé mi apreciado amigo y colega de docencia Gustavo Miró Quesada Milich, posgraduado en la UC Berkeley School of Law y profesor de Análisis Económico del Derecho.

El efímero encanto de “nuestro” Law and Economics *The ephemeral charm of “our” Law and Economics*

La dirección editorial de una revista universitaria del medio, especializada en la divulgación de estudios de análisis económico del derecho (en adelante “AED”), me remitió hace algún tiempo una muy gentil invitación para elaborar un artículo y destinarlo a sus páginas. Pese a no ser un exponente de dicho movimiento ni mucho menos un experto en economía, esboqué estos apuntes, hoy *asilados* en IUS ET VERITAS, en su versión definitiva, y los remití a mis invitantes, quienes me hicieron saber, poco después, su decisión de no incluirlos en su publicación.

Mi modesto propósito fue historiar brevemente y con lenguaje sencillo, dejando para otra sede y momento la profundización y la documentación⁽¹⁾ de mis opiniones y cuestionamientos, el itinerario del AED en el Perú, y buscar, pese a la anunciada infecundidad de la pesquisa, las razones de la levedad con que los portavoces actuales de esta perspectiva, o quienes pretenden pasar por tales, abordan en todos los medios de comunicación los problemas (no sólo jurídicos) de nuestro país y del mundo.

Me he limitado a contar, entonces, sin mayores pretensiones que las de llamar a la reflexión a los lectores que así lo tengan a bien, la historia personalísima y resumida, no de un acto repentino de apostasía, sino más bien de un progresivo “desencanto”. Lo que aquí se narra responde nada más que

a la necesidad por mí vívidamente sentida de exponer cómo el AED, de ser un recurso persuasivo y muy apreciado en las aulas universitarias en la última década del siglo XX, con el cual se forjaban perspectivas críticas en la enseñanza y práctica jurídica, ha pasado a revelar en nuestros días, desde la óptica del testigo que presta declaración, naturalmente, su verdadera faz de discurso legitimador de un orden económico y jurídico global del que democráticamente se puede (y para quien escribe, se debe) discrepar, en tanto represor de las identidades nacionales, perpetuador de la desigualdad en todos los planos y, en una palabra, “injusto”⁽²⁾.

He omitido voluntariamente referirme a estudios específicos en los que se plasman los lugares comunes o premisas del AED en versión peruana⁽³⁾, todos los cuales comprueban su afinidad con los dogmas que aquí se cuestionan. Excede de los fines de mi trabajo, asimismo, el desmentido o réplica a los puntos de vista de los exponentes locales del AED sobre instituciones jurídicas en particular.

- (1) El tiempo transcurrido desde la preparación del primer borrador del trabajo y su versión definitiva me ha permitido, sin embargo, incorporar notas bibliográficas esenciales.
- (2) No un orden o estado de derecho “*non iure*” ni “*contra ius*”, ni “antijurídico” ni “ilícito”, sino “inequitativo” o “desigual”, en otras palabras, en la perspectiva que puede derivarse de la obra de RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Edición revisada. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999; especialmente: p. 52 y siguientes (donde se enuncian los dos principios de la justicia); Id., *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press, 1996; especialmente: pp. 3 y siguientes (donde se repasa la concepción original de tales principios); Id., *Justice as Fairness - A Restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, especialmente, pp. 39 y siguientes, (siempre en relación con este punto); o de las contribuciones de los Premios Nobel de Economía: STIGLITZ, Joseph E. *El malestar en la globalización*. Traducido por C. Rodríguez Brown. Madrid: Santillana, 2007; especialmente, pp. 429 y siguientes; Id., *El precio de la desigualdad*. Traducido por A. Pradera. Madrid: Taurus, 2012; especialmente, pp. 101 y siguientes; y SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2009; especialmente, pp. 53 y siguientes (sobre Rawls y la idea de “justice” como “fairness”); o del ensayo del historiador JUDT, Tony. *Algo va mal*. Traducido por B. Urrutia. Madrid: Taurus, 2010; especialmente, pp. 25 y siguientes. Véase, asimismo: MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Traducido por D. Shannon. Dordrecht: Springer, 2009; especialmente, sobre Rawls, pp. 121 y siguientes; y sobre Posner, pp. 143 y siguientes; en ambos casos con importantes apuntes críticos. Para la completitud del análisis, es útil consultar, por todos: KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. *Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice*. En: *The Journal of Legal Studies*. Volumen 32. 2003; pp. 331 y siguientes.
- (3) Un elenco bibliográfico muy completo fue, en su momento, el acopiado y críticamente interpretado por MERINO ACUÑA, Roger. *¿Recepción o resistencia?: Americanización y análisis económico del derecho en el Perú*. (2008) En: *The Cardozo Electronic Law Bulletin*. Volumen 14. Disponible en web: <http://www.jus.unitn.it>. El AED es ciertamente “publicitario” de las



Leysser León Hilario

I.

“El análisis económico del derecho ha facilitado la reflexión sobre el papel del mercado en el mundo del derecho, sobre las técnicas de interpretación de las normas, sobre el diseño de nuevas intervenciones legislativas y regulatorias; y sobre todo: ha inducido al jurista a tomar en cuenta el substrato económico como un factor indefectible de la legislación y de la aplicación de la ley”⁽⁴⁾.

Guido Alpa

Son los comienzos de la década del noventa. El profesor del primer curso de Derecho Civil es un reciente posgraduado en la *Yale Law School* y miembro de un famoso estudio de

abogados de la capital, que coloca en el centro de sus primeras lecciones un concepto novedoso para los alumnos: la “relación jurídica”⁽⁵⁾. Para las clases sucesivas se leen y retienen varias normas del Código Civil, que el docente va descubriendo para nosotros y ejemplificando con casos muy ilustrativos y abreviados de aplicación, los cuales, impresos en papel *bulky*, conforman los “materiales de enseñanza”: sobre esas normas versarán los controles de lectura y los exámenes.

Han pasado dos años desde la caída del Muro de Berlín⁽⁶⁾ y los peruanos llevamos un año

bondades y de la descontada (para sus difusores) eficiencia de los modelos jurídicos del *common law* estadounidense, pero no debe desconocerse (y de hecho, no lo desconoce Merino Acuña) que en países con nivel de desarrollo ínfimo, como el nuestro, la *Americanization* no ha necesitado ni siquiera de aquel discurso, pues el derecho estadounidense se ha impuesto en múltiples áreas simplemente por la fuerza misma del control económico (paradigmático es el caso del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos). Véase, al respecto, las notas históricas y críticas reunidas en el volumen de RENDÓN, Silvio. *La intervención de los Estados Unidos en el Perú*. Lima: Editorial Sur, 2013. La desafiante interrogante a resolver, consultando esta última obra, es cómo siendo tan antigua la injerencia estadounidense en nuestro país, el derecho civil consiguió abrirse paso y ha logrado, aunque sea de forma precaria, sobrevivir.

- (4) ALPA, Guido, Prefazione. En Id. y otros (al cuidado de), *Analisi economica del diritto privato*. Milán: Giuffrè, 1998; pp. IX-X.
- (5) Tema al que el profesor ha dedicado su ya célebre tesis de licenciatura: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *La relación jurídico patrimonial - Reales vs. Obligaciones* (1990). Reimpresión, Lima: ARA Editores, 1991; obra a la que se pone punto final (ivi, p. 363) con estas palabras: “nuestra conclusión es la necesidad de hacer que nuestros sistemas jurídicos toquen piso, asuman su compromiso con la realidad y alcancen así el objetivo de una auténtica convivencia social entre los seres humanos”. Muchos años después, sin embargo, el propio autor, practicando conscientemente o inconscientemente un ejercicio de desmitificación, comenta sobre su citado libro: “el trabajo trata de encontrar la base de la distinción entre los derechos reales y las obligaciones, distinción que había buscado infructuosamente en posiciones dogmáticas y conceptuales que poco o nada habían ayudado a la comprensión real del problema. La búsqueda de la distinción parecía un ejercicio de mera lógica, abstracto y poco vinculado a la realidad social en la que estos derechos se movían. Las discusiones entre quienes defendían una u otra posición se parecían a la situación de dos calvos peleándose por un peine. Mucha discusión para ‘peinar’ una peluca, la realidad, totalmente ausente”. Así: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *El cazador del arca perdida*. En: AVENDAÑO VALDEZ, Jorge y otros (editores). *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009; t. I, p. 100.
- (6) Un artículo posterior de Bullard comenzaría con expresiones celebratorias de este hecho histórico, con referencias a la “caída estrepitosa de los modelos intervencionistas y estatistas” y asimilando el Muro de Berlín a un “monumento a la incompetencia de los estados socialistas”: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *La legislación antimonopólica y el mito del Muro de Berlín*. En: *Themis*. 2da. época. No. 30. Lima: 1994; p. 243 y siguientes. Pasados casi cinco lustros de la jornada berlinesa del 9 de noviembre de 1989, sin embargo, la lectura correcta de aquel acontecimiento es la que se ofrece en JUDT. *Op. cit.*; pp. 135 y siguientes. La caída del Muro de Berlín, en pocas palabras, y como nos hace notar el prestigioso historiador, no fue seguida ni siquiera por aquella era de “tranquilidad idílica” que muchos auguraban, tras el final de la “guerra fría”. En realidad (ivi, pp. 136, 141): “los años que van de 1989 a 2009 fueron devorados por las langostas (...) (A) pesar de las presuntas ‘lecciones’ de 1989, sabemos que el Estado no es completamente malo. Lo único peor que demasiado gobierno es demasiado poco: en los Estados fallidos las personas padecen tanta violencia e injusticia como bajo los gobiernos autoritarios (...)” (las cursivas son añadidas). En igual sentido, con énfasis en la experiencia rusa, donde “la economía de mercado se ha revelado incluso peor de lo que habían predicho sus dirigentes comunistas”: STIGLITZ. *El malestar en la globalización*. *Op. cit.*; p. 40.

El efímero encanto de “nuestro” Law and Economics *The ephemeral charm of “our” Law and Economics*

padeciendo las consecuencias de las medidas económicas de *shock* dispuestas por el gobierno fujimorista, pero no hay visos en el profesor de Derecho Civil I de actitudes radicales o de cuestionamientos al orden jurídico, político y económico global o nacional imperante⁽⁷⁾. La metodología y la didáctica son impecables, pero el horario de las clases, al comenzar la tarde, dos veces por semana, desfavorece la atención de aquellos discentes, alejadísimos, con todo, de esos modernos y molestos distractores que son los *cellphones*, los *smartphones*, las *tablets* y las *social networks*. La modorra impiadosa del atardecer estraga a aquellos treinta individuos que con el estudio del Título Preliminar del Código Civil y del régimen de los derechos de la personalidad, inician su carrera en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tres años más tarde, el mismo profesor, cuya fama como abogado y como animador de debates universitarios (sobre la transferencia de propiedad, la responsabilidad civil, el incumplimiento de obligaciones, la contratación en masa, la competencia económica, la naciente tutela del consumidor, etc.) se ha acrecentado exponencialmente

y mercedamente, pese al corto tiempo transcurrido, tiene a su cargo el dictado de un curso electivo de Análisis Económico del Derecho, por él promovido y fundado⁽⁸⁾ en nuestro Ateneo. El sílabo anuncia el nivel de exigencia: se leerán aproximadamente cien páginas por clase⁽⁹⁾ y se recomienda la inscripción sólo a aquellos estudiantes “verdaderamente interesados” en la materia. Las lecciones son fascinantes. El método expositivo (o “magistral”, como se le suele llamar, por error persistente y a estas alturas imperdonable) es relevado a un segundo plano: el desarrollo y la profundización de los temas del curso es confiado, innovadoramente, a las intervenciones de los propios estudiantes, alentadas por el profesor o por su hábil jefe de prácticas. Es una ocasión para familiarizar a los alumnos además, según se nos refiere, con la pedagogía de las *law schools* de Estados Unidos, donde la lectura de la bibliografía para cada sesión no es evaluada

- (7) Hoy, por si fuere necesario precisarlo, ningún curso de Derecho Civil (ningún curso universitario, en realidad) puede ser “neutral”, “aséptico”, ajeno a la realidad política, social, económica, ni, en el Perú, al pluralismo cultural.
- (8) Sobre el nacimiento de esta cátedra universitaria, véase el testimonio del propio BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *¿Qué tan buen economista es Jorge Avendaño?* En: AUTORES VARIOS. *Homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004; t. I, pp. 73 y siguientes.
- (9) Me informaron, hace poco, que en el marco de las elecciones para representantes estudiantiles de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, un candidato propuso la reducción de los “exagerados” e “impiadosos” requerimientos de lectura de algunos profesores. Supongo que, merced al juego de la oferta (“política”) y la masiva demanda (de “des-ilustración”), habrá salido elegido.
El carácter “memorístico” de los controles de lectura sobre textos de doctrina (usanza irrenunciable de los docentes en mi época de estudiante) ha facilitado las críticas de los fundamentalistas más noveles del “libre mercado de la educación”, sin que parezca importarles mucho ubicarse, en este plano, en el mismo nivel que quienes predicán, así de simple, la degradación de la enseñanza universitaria (estudiantes de pregrado, candidatos a “magisteres” o a “doctores” enemigos de toda indicación bibliográfica, quienes ahora cuentan, por cierto, con centros de estudios a su exacta medida). Pero el valor de la estimulación de la memoria, sin ser yo un practicante muy devoto del tipo de evaluaciones en mención, merece ser repensado; más todavía si se tienen en cuenta las sabias advertencias de ECO, Umberto. *Caro nipote, studia a memoria*. En: *L'Espresso*. suplemento del diario *La Repubblica*, edición del 3 de enero de 2014, disponible en web: <http://espresso.repubblica.it>. Eco culmina así esta carta, dirigida a su nieto: “Otros amigos tuyos, que no cultivarán su memoria, habrán de vivir, en cambio, una sola vida: la de ellos”. Véase también: ECO, Umberto y Jean-Claude CARRIÈRE. Nadie acabará con los libros, entrevistas realizadas por J.-P. de Tonnac. Traducido por LOZANO MIRALLES, H. *Lumen*. Buenos Aires: 2010; p. 63 y siguientes. En esta última obra (ivi, p. 70), Eco sentencia: “Estoy absolutamente de acuerdo en decir que la cultura no reside en saber la fecha exacta de la muerte de Napoleón. Basta saber dónde encontrarla en tres minutos. Pero no hay duda de que todo lo que sabemos de forma autónoma, incluida la fecha de la muerte de Napoleón, el 5 de mayo de 1821, nos da cierta autonomía intelectual”.
- (10) HONDIUS, Ewoud. *The Impact of American Law and American Legal Theory: Threat or Incentive?* En: FAUVARQUE-COSSON, Bénédict. *Al cuidado de De tous horizons – Mélanges Xavier Blanc-Jouvan, Société de Législation Comparée*. París: 2005;



Leysser León Hilario

con aquellos “controles” que se siguen utilizando en nuestros centros de estudios, pero condiciona, de todas formas, el aprovechamiento y el seguimiento de las lecciones.

II.

“Americans should first and foremost be complimented with the prominence they have given to law and legal theory. Their national law schools, Berkeley, Columbia, Harvard, NYU, Yale and the like, belong to the World’s great institutes of learning. They have also succeeded in providing the world with a great set of new ideas. The legal realists, discrimination and the law, gender and law, critical legal studies, law & economics are some obvious examples”⁽¹⁰⁾.

Ewoud Hondius

Muchos de los estudiantes de aquella generación siguen, con sincero convencimiento, al profesor de Derecho Civil y de AED en su visión, esa sí, abiertamente predicada censora de los dictados, usos y prácticas de la “doctrina” o, por mejor decir, de lo que él piensa que es la doctrina⁽¹¹⁾: libros, ensayos, notas a pie de página, materiales de enseñanza saturados de conceptos que la “juristería”⁽¹²⁾, a la usanza de la *Begriffsjurisprudenz* germana decimonónica, utiliza para crear galimáticamente más y más conceptos, y para perfeccionar una maraña de razonamientos circulares que desconciertan al público lector⁽¹³⁾. Y de esta

pp. 272 y 273. Lo que realza Hondius en estas líneas, con toda justicia, como ha hecho también, finamente, MONATERI, Pier Giuseppe. *Jumping on someone else’s train. Il diritto della fine della modernità*. En: *Rivista Critica del Diritto Privato*. Año XIX. No. 1. 2001; p. 133, es el “pluralismo metodológico” estadounidense.

- (11) Imagen que de la ilustrada referencia al *juristische Begriffshimmel* de Jhering, en BULLARD GONZÁLEZ. *La relación jurídico patrimonial*. *Op. cit.*; p. 223; ha pasado a un etiquetamiento descalificador unánime, por parte de muchas “provincias”, contra el cual se ha pronunciado firmemente, aconsejando prudencia y tolerancia, OSTERLING PARODI, Felipe. Prólogo, en CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Analizando el análisis: Autopsia del análisis económico por el derecho civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004; pp. 14 y 15. Para tener una idea de lo que Bullard considera “doctrina” o “dogmática”, basta leer las acusaciones que dirige contra los redactores del Código Civil de 1984, por haber bloqueado los “progresismos verdaderos” de la reforma propuesta por Fernando de Trazegnies Granda para el régimen de la responsabilidad extracontractual. Véase: BULLARD GONZÁLEZ. *El cazador del arca perdida*. *Op. cit.*; pp. 110 y 111. Se debe responder a esta inexacta apreciación, sin embargo, que si algo brilló por su ausencia en la redacción de las normas del Código Civil fue, precisamente, la doctrina y, con ella, el análisis genuinamente dogmático, cuyo objetivo esencial es la coherencia del sistema jurídico. De útil consulta, en cuanto a este punto, son las obras de ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972). Traducido por S. Patti y G. Zaccaria, reimpresión; Nápoles: Esi, 1983; pp. 86 y siguientes; y CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza* (1983). Traducido al cuidado de G. Varanese. Nápoles: Esi, 2009; pp. 12 y siguientes. Fuera de esta precisión, también he lamentado y lamento, como BULLARD GONZÁLEZ. *Op. ult. cit.*; p. 111, la desatención de los codificadores de 1984 frente al anteproyecto del profesor De Trazegnies, y he cuestionado la utilidad del “daño a la persona”, pero sin necesidad de culpar injustamente, ni mucho menos de estoquear, como el Quijote a los cueros de vino, a la “dogmática”, o a lo que se tenga por tal. Permítaseme remitir, en este sentido, a LEÓN HILARIO, Leysser. *Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del daño a la persona en el derecho civil peruano* (2003). Y, *Equívocos doctrinales sobre el daño moral* (A propósito de un reciente artículo) (2004), ambos en LEÓN HILARIO, Leysser. *La responsabilidad civil - Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 2da. edición. Lima: Jurista, 2007; pp. 223 y siguientes, 283 y siguientes.
- (12) “Juristería” es la palabra que algún autor ha propuesto para traducir el término alemán “Juristereí”, que Goethe utiliza en la primera parte de Fausto. Es una expresión que, especulando sobre la intención goethiana (pero a la vez dejando a un lado que *Juristereí* y *Jurisprudenz* son equivalentes en el idioma alemán del siglo XIX), combina “jurisprudencia” (*Jurisprudenz*), o sea, “ciencia del derecho” (*Rechtswissenschaft*), con “hechicería”.
- (13) Pero cabe preguntarse si no se tratará de un problema de la abogacía en general. ¿No decía González Prada, más de un siglo atrás, que “al oír las disertaciones jurídico-legales de un doctor, nadie se pone de acuerdo con nadie y las sencillísimas cuestiones de hechos se transforman en difusas e irresolubles altercaciones de palabras. Si hay reunidas quinientas personas, surgen cuatrocientos noventa y nueve maneras de solucionar. Nos parece que en la torre de Babel no hubo confusión de

El efímero encanto de “nuestro” Law and Economics *The ephemeral charm of “our” Law and Economics*

forma, aunque los estudiantes no son capaces de advertirlo en aquel momento, se corean en tierras peruanas, no más que eso, las críticas del movimiento conocido como “realismo jurídico estadounidense” (*American legal realism*) contra los males del formalismo, conceptualismo, logicismo y, en suma, de los vicios “cientificistas” típicos de la “*mechanical jurisprudence*”⁽¹⁴⁾.

El deseo, igualmente noble, de recorrer el camino del mentor, lleva a casi todos sus seguidores, estoy seguro de que involuntariamente, a imitarlo y repetirlo, a convertirse en sus

“provincias”⁽¹⁵⁾, y a ambicionar legítimamente la realización de estudios de posgrado en universidades estadounidenses⁽¹⁶⁾, aunque en muchas de las *law schools* elegidas la perspectiva de *law and economics* no tuviera (o no tuviera tanto) desarrollo⁽¹⁷⁾.

Aquí, me parece, tiene su raíz una confusión que nunca se terminaría de disipar. Porque cuando los nuevos posgraduados regresan de su estadía universitaria en el país del Norte, y

lenguas, sino mezcolanza y rebujiña de abogados”: GONZÁLEZ PRADA, Manuel. *Textos esenciales*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2009; p. 171. Y como quiera que fuere, la subrogación de los conceptos jurídicos por la terminología económica neoliberal no es garantía de un mejor entendimiento.

- (14) Hoy es obligatorio preguntarse si en el contexto de surgimiento del AED en el Perú existía entre nosotros, verdaderamente, algo que se asemejara, aunque sea remotamente, a la *mechanical jurisprudence*. Véase, para responder esta pregunta: POUND, Roscoe. *Mechanical jurisprudence*. En: *Columbia Law Review*. Volumen 8. 1908; pp. 605 y siguientes; LLEWELLYN, Karl N. *A Realistic Jurisprudence - The Next Step*. En: *Columbia Law Review*. Volumen 30. 1930; pp. 431 y siguientes; POUND, Roscoe. *The Call for a Realistic Jurisprudence*. En: *Harvard Law Review*. Volumen 44. 1931; pp. 697 y siguientes. En perspectiva histórica: HULL, Natalie E. H. *Reconstructing the Origins of Realistic Jurisprudence: A Prequel to the Llewellyn-Pound Exchange over Legal Realism*. En: *Duke Law Journal*. 1989; p. 1302 y siguientes. La “directa descendencia” de la rama “normativa” del AED, representada por Guido Calabresi, respecto del realismo jurídico, ha sido destacada por POSNER, Richard A. *The Present Situation in Legal Scholarship*. En: *Yale Law Journal*. Volumen 90. 1981; p. 1120. Véase, en este sentido: FARALLI, Carla. *The Legacy of American Legal Realism*. En: *Scandinavian Studies in Law*. Volumen 48. 2005; p. 80; GALLARATI, Alberto *L'analisi economica del diritto* (EAL). En: Id. y MATTEI, Ugo. *Economia politica del diritto civile*. Turín: Giappichelli, 2009; p. 11; y ahora, CHIASSONI Pierluigi. *El análisis económico del derecho*. Traducido por Félix Morales Luna. Lima: Palestra, 2013; p. 309.
- (15) En la primera de sus compilaciones ensayísticas, póstumamente publicada, Jorge Luis Borges se refiere al escritor español Diego de Torres Villarroel (1693-1770) como “provincia de Quevedo, más alegre y menos intensa que su trágica patria”. Y escribe: “Sobre los días y las noches de don Diego de Torres, sobre cada una de las páginas que trazó, la sombra del maestro pasa con la altivez de una bandada y con la certeza del viento”. Véase: BORGES, Jorge Luis. *Inquisiciones* (1925), reimpresión; Madrid: Alianza, 1995; pp. 15 y 16.
- (16) También ha habido y hay, evidentemente, quienes apuntan hacia este destino de posgrado por el solo hecho de percibir el “liderazgo” del derecho estadounidense. Como se ha hecho notar, este tipo de elecciones es influenciada “*by a broader cultural phenomenon that makes whatever is American more appealing to youngsters. This is true in the domain of fashion, of music, and eventually of law: they feel the leadership*”. Así: MATTEI, Ugo. *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law*. En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen 42. No. 1. 1994; p. 207. No es improbable, por otro lado, que esta *Americanization* de los modelos jurídicos del mundo esté vinculada con la “globalización” de la cultura *mainstream*, a la que ha dedicado un informadísimo estudio: MARTEL, Frédéric. *Cultura mainstream: Cómo nacen los fenómenos de las masas*. Traducido por N. Petit Fontserè. Madrid: Taurus, 2010; especialmente, pp. 415 y siguientes. Según FAUST, Florian. *Comparative Law and Economic Analysis of Law*. En: REINMANN, Mathias y Reinhard ZIMMERMANN (editores). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006; p. 864, es precisamente el haber devenido parte del *mainstream* lo que representa, para los padres estadounidenses del AEL, su victoria final.
- (17) Después de todo, en muchos casos, el objetivo era salir del Perú, a como diera lugar: sea con una beca, sea con una subvención estatal, en este último caso con el compromiso, en muchos casos olvidado e incumplido por los beneficiarios, de retornar y ponerse al servicio de los entes públicos que auspiciaron la postulación.
- (18) La “*implicit economic logic of the Common Law*” y la coherencia de éste para inducir a las personas a actuar de manera eficiente en el mercado y, más aun, al interactuar socialmente, son las premisas de POSNER, Richard A. *Economic Analysis*



Leysser León Hilario

comienzan a difundir lo aprendido, ya no se puede distinguir entre quienes predicán mecánicamente la conveniencia de importar los modelos jurídicos estadounidenses, maquillados al efecto, como si todos ellos fuesen de inspiración “iuseconómica”, y quienes exponen los modelos jurídicos considerados “eficientes”, verosímelmente inspirados (y con creatividad, de vez en cuando) en el AED. Ello sin perjuicio, desde luego, que todos aquellos posgraduados hayan hecho suyo o no el adoctrinamiento que postula la superioridad o la ventaja del *common law* sobre el *civil law*, entre otros motivos, por “tender a la eficiencia”⁽¹⁸⁾. Y si por casi ciento cincuenta años de historia de codificación civil nadie, absolutamente nadie, se había preguntado qué hacíamos los peruanos copiando y aplicando normas jurídicas concebidas, sí, con la aspiración universalista heredada de la Ilustración, pero, en concreto, para organizar la vida y la interacción de ciudadanos franceses, suizos, alemanes, italianos, tampoco en este momento hay quien, de vuelta al país tras el interludio estadounidense, al dictar las lecciones o al escribir, advierta a sus discentes o lectores, o repare siquiera, en que las construcciones jurídicas vistas en “América”, como muchos de ellos llaman al país que los acogió, y sus respectivos planos, por admirables o hasta deseables que fueran, no eran

concebibles ni edificables ni recomendables en la realidad peruana.

III.

*“Two roads diverged in a wood, and I
I took the one less traveled by,
And that has made all the difference”⁽¹⁹⁾.*

Robert Frost

En paralelo, otros tantos estudiantes nos interesamos, no por tradicionalismo ni pensando en el derecho como un instrumento, ni obedeciendo a un modelo, ni por europeización⁽²⁰⁾, en conocer el origen de nuestras instituciones jurídicas. Vislumbramos, como punto de partida, el contraste entre las normas, las del Código Civil, y la realidad a la que ella se aplicaba. El camino para lograr ese conocimiento y desentrañar las razones y posibles soluciones a la divergencia es, intuitivamente, el trabajo intelectual. Sólo que las obras necesarias e imprescindibles, para

of Law. 8va. Edición. Nueva York: Wolters Kluwer, 2011; pp. 315 y siguientes. Pero la ventaja del derecho común anglosajón sobre el Derecho Civil ha sido también defendida con otros argumentos, aunque no menos difíciles de rebatir, por ejemplo, por CAPPALLI, Richard B. *At the Point of Decision: The Common Law's Advantage over the Civil Law*. En: *Temple International and Comparative Law Journal*. Volumen 12. 1998; pp. 87 y siguientes., quien centra sus consideraciones en la aplicación del derecho y concluye que “*the efforts of the civil law judge are stated synoptically, in stark comparison to the full-flowered opinions of U.S. common law judges*”. También: CROSS, Frank B. *Identifying the Virtues of the Common Law*. En: *Supreme Court Economic Review*. Volumen 15. 2007; pp. 51 y siguientes, con referencias a la obra de Friedrich A. von Hayek, a la que no pocas veces se hace referencia para fundamentar la primacía del *common law* sobre el *civil law*. En este último sentido: MAHONEY, Paul G. *The Common Law and Economic Growth: Hayek Might be Right*. En: *The Journal of Legal Studies*. Volumen 30; pp. 503 y siguientes. Sobre el particular, permítaseme remitir a LEÓN HILARIO, Leysser. *Common law vs. Civil law. La competencia entre ordenamientos jurídicos*. En: *Foro Jurídico*. Año IV. No. 7. Lima: 2008; pp. 259 y siguientes. La “premisa ideológica” de la superioridad del *common law* sobre el *civil law* ha recibido, más recientemente, la crítica frontal de BERNARD, Alain. *Law and Economics: Une science idiote?*. En: *Henri Capitant Law Review*. No. 1, diciembre de 2010. Disponible en web: <http://www.henricapitantlawreview.fr>.

- (19) FROST, Robert. *The Road Not Taken*. En: *The Poems of Robert Frost*. Nueva York: The Modern Library, 1946; p. 117. El célebre poema de Frost aparece citado en el título del ensayo de DONOHUE III, John T. *Law and Economics: The Road Not Taken*. En: *Law & Society Review*. Volumen 22. No. 5. 1988; pp. 903 y siguientes.
- (20) Recuerdo, a propósito, estas líneas proemiales de Mariátegui: “No faltan quienes me suponen un europeizante, ajeno a los hechos y cuestiones de mi país. Que mi obra se encargue de justificarme, contra esta barata e interesada conjetura. He hecho en Europa mi mejor aprendizaje. Y creo que no hay salvación para Indo-América sin la ciencia y el pensamiento europeos u occidentales”: MARIÁTEGUI, José Carlos. *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana* (1928). 60ava. reimpresión. Lima: Amauta, 1994; p. 12.
- (21) Sólo que, como sutilmente se ha señalado, el jugar “con las ideas y las teorías como los malabaristas de los circos con los pañuelos y palitroques”, “divierte y hasta maravilla, pero no convence”. Así: VARGAS LLOSA, Mario. *La civilización del*

El efímero encanto de “nuestro” Law and Economics *The ephemeral charm of “our” Law and Economics*

quienes no contamos con recursos para adquirirlos, no están en las bibliotecas universitarias (y hoy siguen ausentes de éstas), sino en las oficinas y casas de nuestros profesores, todos ellos, además, abogados de prestigio: Manuel de la Puente y Lavalle, asesor de mi tesis de licenciatura, Carlos Cárdenas Quirós, Lizardo Taboada Córdova, Hugo Forno Flórez, Gastón Fernández Cruz.

No nos desalienta, al echarnos a andar, la “ventaja comparativa” del AED, que bien aprendido que sea, da la impresión de conceder a las “provincias”, en cambio, una licencia para prescindir, al momento de opinar, de todo soporte bibliográfico, y para discurrir así sobre los temas jurídicos, políticos, internacionales, como *surfers* montados en tablas hawaianas⁽²¹⁾. En oposición a ellos, ningún modesto aspirante a civilista de aquella generación, no los que yo conozco, por lo menos, se arredra ante el desafío de la lectura de todas las fuentes posibles: único camino de formación para aspirar a una preparación que, si se daba el caso, podía hasta allanar para nosotros, y nos gustaba verlo así, como un reto, el acceso, entonces selectivo, a la docencia universitaria.

El idioma, en este punto, es otra cuestión importante a abordar. Muchos, en aquella época, sabemos o tenemos nociones de inglés, la *lingua franca*, el latín del siglo XX. Admiramos, como las generaciones anteriores, a los Beatles, a los Byrds, a los Who, a Simon & Garfunkel, a Led Zeppelin, a Pink Floyd, y leemos a Keats, a Poe, a Whitman, a Eliot, a Dylan Thomas, a Robert Frost. ¿Qué otro idioma podrá sernos de ayuda en nuestra búsqueda? La elección del italiano, contra lo que muchos nos reprochan muy de vez en cuando, no es casual, sino inevitable⁽²²⁾, ante la constatación de la copia de disposiciones del Código Civil italiano en un enorme número de normas de nuestro Código Civil.

No y mil veces no, entonces. De la Puente, Forno, Fernández Cruz no están fuera de sus cabaes por haber decidido llenar los anaqueles de sus nutridas bibliotecas de libros de autores italianos, que generosamente comparten con sus alumnos: en esas obras está la razón de ser de las soluciones del codificador itálico. Y conociendo la razón de ser, la realidad subyacente a cada norma copiada en el Perú, se hace posible evidenciar el desacierto del legislador-imitador peruano, que, de espaldas a la realidad, hacia suyos avances normativos ajenos. Es más, el análisis puede ampliarse, para identificar las causas de (y plantear soluciones a) las desfiguraciones aplicativas de las normas importadas, a manos de nuestros magistrados, por cuya formación integral y comparativa sigue habiendo tanto por hacer.

IV.

“La cultura civilista italiana exporta ideas jurídicas al Perú. (...). En aquel país lejano se sabe qué hemos escrito, se inspiran en nuestro Código, se dialoga con nuestras monografías y se traducen nuestros tratados. Todo ello transforma el marco de referencia, porque atribuye una responsabilidad mayor al jurista, que no puede limitarse a tener las antenas listas para recibir cosas que se dicen y desarrollan en el extranjero, sino que debe hacerse productor y constructor de cultura⁽²³⁾.”

Ugo Mattei

espectáculo. Lima: Alfaguara, 2012; p. 87.

- (22) Mi padre, que había estado en Italia en 1987 por motivos de trabajo, me aconsejaba estudiar ruso. “El italiano sólo se habla en Italia”, me decía. “En Rusia están la tecnología y la modernidad”, insistía. Hoy, cuando un alumno comparte conmigo la misma “incomprensión” familiar, que no es poco común, le respondo que al idioma italiano hay que amarlo, ante todo, no por el conocimiento jurídico que seguramente nos deparará, sino por los tercetos de la *Commedia*, por los *Canti* de Leopardi, por el teatro y la narrativa breve de Pirandello, por las novelas y ensayos de Eco, por el cine de Visconti, De Sica, Fellini, Monicelli, Risi, Scola, Bertolucci o por las canciones de Domenico Modugno, Gino Paoli, Sergio Endrigo, Nicola Di Bari.
- (23) MATTEI, Ugo. *Il diritto civile italiano visto dall'Europa*. En: PERLINGIERI, Pietro (al cuidado de). *Tem e problemi della civilistica contemporanea*. Actas del congreso por los 25 años de la *Rassegna di diritto civile*, celebrado en Telesse Terme, 16-18 de diciembre de 2004. Nápoles: Esi, 2005; p. 12.
- (24) El más destacado representante de esta posición, alejadísima del, entre nosotros, etiquetado y temido “conceptualismo”, es Stefano Rodotà, quien no ejerce la abogacía, como no lo hacen otros Maestros universitarios en no menor medida ajenos



Leysser León Hilario

Con la elección del idioma se decide también el destino del posgrado. Si se quiere ser penalista o constitucionalista hay que apuntar a estudiar en Alemania. Si se quiere ser administrativista, Francia es la opción. El derecho comercial tiene en Holanda un sempiterno punto de referencia, aunque Estados Unidos haya pasado a ostentar la primacía en este sector. Y si se quiere perfeccionar el conocimiento del derecho civil, Alemania, nuevamente, e Italia, se disputan la primacía.

Yo estoy entre los que van a Italia, donde bajo la guía de un Maestro, el profesor Luigi Corsaro (1940-2012), desarrollo, por más de un quinquenio (2000-2006) mis estudios de posgrado, con especialización en derecho privado. Y las lecciones impartidas no son “dogmáticas” en el sentido irresponsablemente atemorizador divulgado por las “provincias”. Los estudiosos de los que recibo enseñanzas se interesan, todos, por los “problemas” jurídicos, antes que por los conceptos e instituciones en sí mismos⁽²⁴⁾. Los invariables puntos de partida de las reflexiones son los casos reales, de los cuales se rinde puntual cuenta en incontables publicaciones (incluidas las dedicadas a la difusión de las sentencias de mérito, es decir, las de primera y segunda instancia, que tanta utilidad reportarían en nuestro medio). Y muchos de los juristas que uno, desde tierras peruanas, podría imaginar como autores “conceptualistas” son, ante todo, grandes abogados, consultores, patrocinantes, árbitros. Entre los que conozco: Adriano De Cupis (1914-2005), Michele Giorgianni (1915-2003), Giorgio Oppo (1916-2008), Renato

Scognamiglio, Pietro Rescigno, Cesare Massimo Bianca, Francesco Galgano (1932-2012), Piero Schlesinger, Adolfo Di Majo, Natalino Irti, Giovanni Battista Ferri, Vincenzo Scalisi, Vincenzo Roppo, Guido Alpa, Aurelio Gentili, Salvatore Patti, Massimo Franzoni, Giulio Ponzanelli.

Tengo para mí que los que salimos de Perú en aquellos años lo hacemos, casi todos, con la sensación de que la estadía fuera de nuestras fronteras será prolongada, si no es que de por vida. Tal es la situación, porque el país, como en tantas otras ocasiones, no tiene un rumbo. La corrupción ha alcanzado niveles nunca antes vistos en nuestra historia⁽²⁵⁾ y se anuncia, oscuramente, la segunda reelección de Fujimori, gobernante tan autoritario cuanto promotor del libre mercado, de la no regulación y de la privatización⁽²⁶⁾. Y aunque estemos en Europa, cuando se implementa el viraje económico de la primera década del nuevo siglo, no nos es ajena (ni nos lo es ahora) la certidumbre de que “la restauración del orden político y económico en el Perú se ha dado a expensas de la erosión de la democracia, el debilitamiento del Estado y el amplio deterioro social de la población”⁽²⁷⁾.

a los vicios del “dogmatismo” jurídico, como Rodolfo Sacco, Francesco Donato Busnelli o Umberto Breccia, en Italia, o Reinhard Zimmermann, en Alemania.

- (25) Ahora contamos, por si no bastara la memoria, con edición en castellano de la valiosísima investigación de QUIROZ, Alfonso W. *Historia de la corrupción en el Perú*. Traducido por J. Flores Espinoza. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2013; pp. 355 y siguientes. Allí se lee (p. 380) que “las reformas neoliberales emprendidas bajo Fujimori no tuvieron reglas de mercado claras. Sectores claves de la economía liberalizada se expusieron a retorcidas autoridades en colusión con intereses privados”.
- (26) COTLER, Julio. *Clases, Estado y Nación en el Perú*. 3ra. edición. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2005; p. 42.
- (27) KLARÉN, Peter F. *Nación y sociedad en la historia del Perú*. Traducido por J. Flores (2004). 5ta. Reimpresión. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2013; p. 510. Se comprobó en nuestra experiencia lo que con lucidez pone en evidencia HOBBSAWN, Eric. *Cómo cambiar el mundo - Marx y el marxismo 1840-2011*. Traducido por Furió. Ed. Crítica, Barcelona, 2011; p. 424: “incluso entre importantes crisis, ‘el mercado’ no tiene respuesta al principal problema al que se enfrenta el siglo XXI: que el ilimitado crecimiento económico cada vez más altamente tecnológico en busca de beneficios sostenibles produce riqueza global, pero a costa de un factor de producción cada vez más prescindible, el trabajo humano, y, podríamos decir, de los recursos naturales del globo. El liberalismo político y económico, por separado o en combinación, no pueden proporcionar la solución a los problemas del siglo XXI”.
- (28) DE FERRANTI, David y otros (al cuidado de). *Desigualdad en América Latina y el Caribe: ¿Ruptura con la historia?* (2003). Disponible en web: <http://www.worldbank.org>; p. 2 (del resumen ejecutivo en versión pdf). En este documento se señala

El efímero encanto de “nuestro” Law and Economics *The ephemeral charm of “our” Law and Economics*

Son los años, también, de un famoso estudio del Banco Mundial, donde la desigualdad es considerada “un aspecto predominante de las sociedades latinoamericanas en lo que se refiere a las diferencias de ingreso, el acceso a los servicios, el poder y la influencia y, en muchos países, el trato que se recibe de la policía y del sistema judicial”⁽²⁸⁾.

El año 2002 tiene lugar la VI edición del *Alambicco del comparatista*, seminario de Comparación Jurídica organizado por el profesor Maurizio Lupoi, con el auspicio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova, donde yo estoy realizando una estadía de investigación sobre la responsabilidad civil de los jueces, bajo la tutoría de Giovanna Visintini. En dicha ocasión, Ugo Mattei ofrece una ponencia titulada: “*Dove mi sta portando la comparative law and economics? Piccola bibliografia ragionata su un cammino ventennale non solitario*”, de la que extraigo esta denuncia:

“El *law and economics* en Estados Unidos no se adapta a los cambios y ni siquiera lo intenta. Si registra tales cambios lo hace con espíritu de autoelogio, como si la caída del socialismo real hubiese sido decidida en los *campuses* de Chicago o de Yale. (...) Los cultores del *law and economics* no ven su propio trabajo ni su propia disciplina como el producto contingente de cierto momento histórico. Ellos no resisten a la tentación de universalizar. Sus fórmulas y sus recetas no son una explicación posible a una evolución institucional particular, que se considera ligada a su contexto. *Quieren ser ‘la’ explicación del derecho en todas partes, sin importar cómo se presente, tanto en el plano del ser cuanto, naturalmente, en el plano de cómo debería ser el derecho.* No es un delirio de omnipotencia solipsista. Es el ejercicio complaciente de la hegemonía política y cultural. Porque es de hegemonía de lo que se trata, si en Europa (pero también en Asia y en América Latina) tenemos que asistir a la presencia

de enteras organizaciones académicas que, lejos de producir conocimiento o, en todo caso, recepción crítica, no son más que cajas de resonancia en la periferia, respecto de la propaganda confeccionada en los prestigiosos *campuses* estadounidenses”⁽²⁹⁾.

Si bien no se trata del primer cuestionamiento contra el AED que yo haya escuchado o leído, sí debo reconocer que se trata de un hito importante para la formación de una postura cuando menos escéptica hacia el método y, por supuesto, respecto de todos los resultados a los que conduce a sus cultores peruanos, especialmente a las “provincias”, que no vivieron la etapa del diálogo con los representantes de la, para ellas retrógrada, “tradicción” y que hasta el momento no enfrentan críticas como éstas.

V.

“¿Y quién puede garantizar que las leyes analizadas y criticadas por los expertos en análisis económico del derecho no hayan nacido justamente porque el poder legislativo (o los tribunales, en Estados Unidos) han considerado injustas las alternativas más eficientes?”⁽³⁰⁾.

Guido Calabresi

¿Y nuestro AED? En el Perú de comienzos del siglo XXI continúa generando adeptos, siempre centralistamente (nunca logrará convertirse en un método de influencia

(ivi, p. 7): “la desigualdad de oportunidades resulta particularmente inaceptable en términos éticos, lo cual significa que los individuos enfrentan opciones de vida totalmente diferentes al nacer, y es específicamente nociva para el potencial de crecimiento general de la sociedad”.

(29) La ponencia completa de Mattei está incluida en el libro que recoge las actas del seminario “lo comparo, tu comparo, egli compara: che cosa, come perché?”, publicadas al cuidado de V. Bertorello. Milán: Giuffrè, 2003; pp. 177 y siguientes.

(30) CALABRESI, Guido. *Prefazione*. Traducción de F. Pulitini. En: ALPA, Guido y otros (al cuidado de). *Interpretazione giuridica e analisi económica*. Milán: Giuffrè, 1982; p. 8.

(31) Esto me recuerda que en una amena conferencia dictada en 1882, a su regreso de Estados Unidos, el gran Oscar Wilde testimoniaba: “*The (American) men are entirely given to business; they have, as they say, their brains in front of their heads.*”



Leysser León Hilario

nacional ni con exponentes del interior del país) y haciéndose calladamente del control y gestión de medios de comunicación (semanarios, editoriales, comisiones de contenido de revistas jurídicas), de entes administrativos y reguladores como el INDECOPI y el OSIPTEL, cuyas decisiones se han convertido hoy, paradójicamente, en el blanco habitual de sus críticas, y hasta de Facultades de Derecho recién creadas, donde, con alienación no velada, los cursos de Derechos Reales, Acto Jurídico y Derecho de Obligaciones ceden su lugar a la tríada *property, contracts and torts*. Todo esto sucede, pero no sé todavía, cercano a terminar mis estudios de posgrado en Europa, de la existencia de exponentes locales del AED que menosprecien el trabajo o censuren *a priori* la posición de los investigadores no alineados a su modo de ver y entender (todas) las cosas.

Hay, eso sí, varios que de vuelta a casa tras el posgrado estadounidense, no pocas veces rematado con una estadía corta en alguna *law firm*, contribuyen esmeradamente a inculcar en los estudiantes singulares postulados: (i) las Facultades de Derecho deben formar “abogados” no

“científicos del derecho”; (ii) en concordancia con lo anterior, la consulta de libros de “doctrina” (si no es que de los libros en general)⁽³¹⁾ debe ceder su lugar al aprendizaje de *legal skills* (mal traducidas como “destrezas legales”); (iii) la ética profesional debe enseñarse en las Facultades de Derecho⁽³²⁾, aún a costa de prescindir de cursos formativos considerados inútiles, como el Derecho Romano o la Comparación Jurídica; y, (iv) el éxito profesional no está condicionado por el buen rendimiento académico, así que los estudios de pregrado no deben ser tomados tan en serio⁽³³⁾.

En Italia, mientras tanto, el aprendizaje continúa para mí. Es el país donde, según muchos, ha nacido el moderno AED, con los estudios del profesor Pietro Trimarchi en materia de responsabilidad contractual y extracontractual⁽³⁴⁾. ¡Guido Calabresi es

They are also exceedingly receptive of new ideas. Their education is practical. We base the education of children entirely on books, but we must give a child a mind before we can instruct the mind. Children have a natural antipathy to books - handicraft should be the basis of education. Boys and girls should be taught to use their hands to make something, and they would be less apt to destroy and be mischievous” (WILDE, Oscar. *Impressions of America*. Edición al cuidado de S. Mason, Keystone Press, Sunderland, 1906; p. 35). Esta apreciación wildeana es curiosamente corroborada, en relación con la práctica de la abogacía en Estados Unidos, por FRIEDMAN, Lawrence M. *Breve historia del derecho estadounidense*. Traducido por P. Jiménez Zorrilla. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007; p. 168, quien señala: “en los Estados Unidos los abogados no eran principalmente eruditos o intelectuales; eran jóvenes ambiciosos y persistentes; eran ágiles y flexibles para resolver problemas; sabían cómo hacerse útiles y cómo colarse en cada grieta del mercado de la información. *Esto era verdad en aquel entonces y lo es ahora*. (...) En una sociedad donde el ‘derecho’ está en todas partes, hay siempre una demanda de personas que sepan cómo usar y abusar de él” (cursivas añadidas).

(32) Por este camino, el comportamiento profesional “deontológicamente correcto” pasa a convertirse en una suerte de certificación “ISO 9001”, o en una de aquellos equívocos reportes que emiten las entidades “calificadoras de riesgo-país”, o en un diploma de especialización en “argumentación jurídica”. Como es fácil de entender, ni la calidad de los productos o servicios (incluidos, lamentablemente, los “servicios educativos universitarios”), ni la seguridad de las inversiones ni el saber argumentar existen, concretamente, por la sola existencia de estas “acreditaciones”.

(33) Esta afirmación es cierta, naturalmente. Pero ¿son la Universidad o los debates universitarios los lugares donde deben decirse estas cosas y donde deben predicarse sus implicancias a los estudiantes?

(34) Todo esto lo reseñé en LEÓN, Leysser. *El análisis económico del derecho civil en Italia - Un inventario histórico-bibliográfico mínimo* (2001). Ahora en Id., *La responsabilidad civil - Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. *Óp. cit.*; pp. 109 y siguientes. Véase, sin embargo: TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milán: Giuffrè, 1961. Véase la referencia anónima que hace a los aportes de este precursor italiano: CALABRESI, Guido. *Entrevista*. En Id., *Un vistazo a la catedral: Cuando el derecho se encuentra con la economía*. Lima: Palestra, 2011; p. 423; y el panorama que brindan de su obra FREZZA, Giampaolo y Francesco PARISI. *Pietro Trimarchi*. En: *Backhaus*. Jürgen G. (editor). *The Elgar Companion to Law and Economics*. Cheltenham-Northampton: Edward Elgar Publishing, 1999; pp. 492 y siguientes.

(35) Véase: *Tra Diritto ed Economia: Intervista a Guido Calabresi* (2006). Disponible en el *website* de la Società Italiana di Diritto ed Economia: <http://www.side-isle.it>. Interrogado sobre la Escuela de Chicago, Calabresi señala, críticamente, que ésta “toma

El efímero encanto de “nuestro” Law and Economics *The ephemeral charm of “our” Law and Economics*

italiano de nacimiento⁽³⁵⁾! Sus paisanos lo han traducido en 1975, más de una década antes que los españoles. Sólo que a diferencia de lo que ocurre en la experiencia peruana, los estudiosos que se ocupan del AED son principalmente los comparatistas, es decir, investigadores que, diestros en la consideración de los “formantes” legislativos, doctrinales y jurisprudenciales de distintos ordenamientos, son capaces de presentar el método transparentemente, con sus virtudes y defectos⁽³⁶⁾, y, sobre todo, con conciencia sobre sus reales posibilidades de solucionar los problemas jurídicos locales sin afectar la coherencia del marco normativo interno⁽³⁷⁾.

Hago esta precisión porque en Italia, obviamente, hay también muchos licenciados en derecho, hoy reconocidos catedráticos de derecho civil, que realizan estudios de posgrado o de especialización en universidades estadounidenses (pienso en Carlo Castronovo, Ugo Mattei, Giulio Ponzanelli o Giovanni Marini, por ejemplo). Pero ninguno de ellos, de vuelta a su país, inicia prédicas contra las instituciones vigentes. De lo

que se trata, enseñan ellos, es de emplear el método para enriquecer y matizar las investigaciones, o encontrar (¿por qué no?) la racionalidad económica de las propias normas italianas⁽³⁸⁾. Nadie tiene la intención de gritar a los cuatro vientos que el *American way of law* sea mejor, superior o “más eficiente”; actitud que es más bien común en los países subdesarrollados, donde, como se ha comprobado respecto de experiencias cercanas a la nuestra, la contribución de la generación de tecnócratas posgraduados en Estados Unidos, no sólo en el área jurídica, es decisiva para la implantación del modelo económico neoliberal⁽³⁹⁾.

De otro lado, es también en este contexto que se enseña a diferenciar las distintas “Escuelas” del AED, haciéndose hincapié en

la teoría económica como si fuera el mundo real, la adopta tal como es y se vale de ella para criticar, elaborar o cambiar el derecho”.

- (36) El “escudo” de la comparación jurídica se manifiesta, por ejemplo, en esta crucial interrogante: “*What are the political implications of using law and economics outside of the cultural environment in which it has developed? Is a new legitimacy necessary for the new context or is the one captured in its original environment sufficient also for the new one? In other words, is the diffusion of law and economics outside of the political context of the United States an episode of hegemonic diffusion of US law or are we facing a new global order in which legitimacy gained in one place serves the purposes of the legal discourse everywhere? These fundamental critical questions deserve a discussion if scholarship is not to be reduced to an ideological apparatus incapable of questioning fundamental patterns of power distribution*”. Quien formula la pregunta es, una vez más, MATTEI, Ugo. *The Comparative Law and Economics Approach to the European Civil Code. An Introduction*. En: Id., *The European Codification Process - Cut and Paste*. La Haya: Kluwer Law International, 2003; p. 22. Sobre esta perspectiva, véase también: MATTEI, Ugo y Alberto MONTI. *Comparative Law & Economics. Società italiana di economia pubblica*, Università di Pavia, 2003, publicado en <http://www-3.unipv.it/websiep/wp/291.pdf>; y CATERINA, Raffaele. *Comparative Law and Economics*. En: SMITS, Jan M. (editor). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham-Northampton: Edward Elgar Publishing, 2006; pp. 141 y siguientes.
- (37) Para una distinta perspectiva de las razones de la “*relative lack of success*” del AED en Europa, que se atribuye, entre otras cosas, a la oposición de la academia, a las características de la cultura jurídica europea y a la singularidad de los ordenamientos jurídicos del viejo continente, véase: DAU-SCHMIDT, Kenneth G. y Carmen L. BRUN. *Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe*. En: *Columbia Journal of Transnational Law*. 2006; pp. 602 y siguientes.
- (38) Ejemplar en este sentido es el volumen de FREZZA, Giampaolo y Francesco PARISI. *Responsabilità civile e analisi economica*. Milán: Giuffrè, 2006.
- (39) Véase, respecto de la experiencia colombiana: URIBE, Consuelo. *Tecnócratas y egresados de universidades estadounidenses: El saber económico en la construcción neoliberal de Colombia*. En: CUETO, Marcos y Adrián LERNER (editores). *Desarrollo, desigualdades y conflictos sociales - Una perspectiva desde los países andinos*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2011; pp. 35 y siguientes.
- (40) TRIMARCHI, Pietro. *L’analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*. En: *Quadrimestre*. No. 3. 1987; p. 572. Las advertencias del jurista italiano son también válidas para nuestra experiencia, si no fuera porque el AED que parece haber



Leysser León Hilario

la necesidad de prestar atención a la obra de aquellos autores que “partiendo de premisas más realistas ubican en el centro del análisis, precisamente, las imperfecciones del mercado y los factores económicos que no se prestan a una medición”⁽⁴⁰⁾.

En el 2004 nos visita en Lima Ugo Mattei, en ocasión del Congreso internacional de la Pontificia Universidad Católica del Perú por los veinte años del Código Civil. Entrevistado en uno de los foros predilectos de las “provincias”, alerta así a los lectores:

“En estos momentos considero que el análisis económico del derecho está sufriendo un declive, no sólo en Europa, sino en los Estados Unidos. En el sentido que ha sido transformado por el neoliberalismo. Se convirtió en una especie de paradigma político y se conectó con el tipo de políticas del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional y del Consenso de Washington. Así, fue retransformado en una industria, consiguió mucho dinero

de instituciones conservadoras como la Fundación Olin y se crearon muchas cátedras en los Estados Unidos, de análisis económico del derecho -lo cual dio la sensación de que estaba creciendo. Por el contrario, creo que una vez que un movimiento intelectual se institucionaliza, se acerca demasiado al poder y empieza a decaer, deja de ser interesante y deja de representar una postura crítica”⁽⁴¹⁾.

No son pocos los que hacen suyo este mensaje. Empieza a labrarse, de forma paulatina, una postura crítica⁽⁴²⁾ frente al cada vez menos oculto nexo entre el AED y el “dirigismo” impuesto a nuestro ordenamiento, también en el plano jurídico, por un estado de derecho (*rule of law*) global con el que buena parte del mundo no está conforme.

llegado a nosotros o el más difundido es el de una sola “Escuela” (*Chicago-style law and economics*). En la bibliografía italiana que observa esta línea diferenciadora, véase: CHIASSONI, *Op. cit.*; pp. 27 y siguientes; PARDOLESI, Roberto y Alessandra ARCURI. *Analisi economica del diritto*. En: *Enciclopedia del diritto*, Apéndice de actualización. Volumen VI. Milán: Giuffrè, 2002; pp. 7 y siguientes; PARISI, Francesco. *Scuole e metodologie nell'analisi economica del diritto* (2005). En: *Cardozo Electronic Law Bulletin*. Volumen 11. Disponible en web: <http://www.jus.unitn.it>.

- (41) MATTEI, Ugo. “No existe Misterio del Capital alguno”: *El otro análisis económico del derecho*. Entrevista publicada en: *Themis*. 2da. época. No. 49. Lima: 2005; p. 302. Esta visión crítica se confirma en varias contribuciones recientes del mismo autor. Por ejemplo, en MATTEI Ugo. *Il modello di common law*. 2da. edición. GIAPPICHELLI, Turín. 2004; p. 206: “Apreciado en sus orígenes (en los años 60 y 70) como un paradigma crítico capaz de someter a una revisión despiadada muchos dogmas del estatismo positivista (se ha hecho célebre el ataque de Calabresi a la idea de que existen valores que el Estado protege ‘a cualquier costo’) el análisis económico del derecho se institucionalizó a partir de los años 80, dada su capacidad para ofrecer legitimación científica y muchas recetas propias del reaganismo y, luego de la caída del Muro de Berlín, del neoliberalismo imperante. En particular, la asunción de la eficiencia de las reglas del *common law* con respecto a la producción del derecho por obra de los *statutes* (capturados por los *lobbies*) ha ofrecido un argumento fuertemente crítico frente a cualquier papel distributivo y equilibrador de la autoridad pública. Es así como florecen las cátedras financiadas por las fundaciones más conservadoras (en especial, la John Olin Fund) y que el análisis económico del derecho se vuelve dominante (dos de sus economistas fundadores, Becker y Coase han recibido el Nobel; otros más han sido nombrados jueces federales; el Banco Mundial auspicia sus recetas en todo el mundo), parece haber abdicado a su papel mismo de producción general de un saber crítico, a favor de modelos teóricos cada más técnicos, especializados, irreales y encaminados a legitimar el statu quo en las relaciones de producción”. Véase, igualmente, MATTEI, Ugo y Laura NADER. *Plunder - When the Rule of Law is Illegal*. Malden-Oxford-Victoria: Blackwell Publishing, 2008; pp. 88 y siguientes (hay traducción al castellano, por A. Bonilla Concha y R. Merino Acuña, Palestra, Lima, 2013).
- (42) El órgano de difusión de esta perspectiva es la Revista Crítica de Derecho Privado sanmarquina, a cargo de miembros y ex miembros del Taller de Derecho Civil “José León Barandiarán”. En la presentación de su segundo número (2008/2009), el presidente de su Comité Editorial, Álvaro Bonilla Concha, informa (p. 11), verazmente, que “el lenguaje reduccionista y determinista del *law & economics* ha merecido respuesta en el propio seno de la academia norteamericana y sobre los movimientos de respuesta muy poco se ha publicado o dicho en nuestro país; sobre los *critical legal studies*, sobre la crítica desde la filosofía moral, o las críticas a la economía neoclásica por parte de la neoeconomía institucional y los estudios económicos progresistas, existe más desconocimiento que conciencia de su existencia”.

El efímero encanto de “nuestro” Law and Economics *The ephemeral charm of “our” Law and Economics*

VI.

“El enfoque predominante acerca del comportamiento en la teoría económica estándar se centra en el individualismo racional. Cada individuo lo evalúa todo desde una perspectiva que no presta atención a lo que hacen los demás, a cuánto les pagan, a cómo los tratan. Las emociones humanas, como la envidia, los celos o la sensación de juego limpio no existen, o si existen, no tienen ningún papel en el comportamiento económico; y si esos sentimientos salen a relucir, no deberían hacerlo. El análisis económico debería proceder como si esos sentimientos no existieran. Para los que no son economistas, este enfoque carece de sentido, y para mí, también”⁽⁴³⁾.

Joseph Stiglitz

Vuelvo a Perú en el verano del 2006, doctorado en derecho en la *Scuola Sant’Anna di Pisa*, con una tesis sobre la responsabilidad civil y los medios de comunicación. Retomo mis labores docentes y profesionales, siempre en el campo del derecho civil. ¿Qué panorama encuentro?

a) Lima ha pasado a tener una veintena de “Facultades” de derecho, y casi todas las “nuevas” estaban, y siguen estando, desprovistas de bibliotecas. Por doquiera, me tratan como “colega” de docencia personas que ni siquiera en mi época de estudiante habrían pasado de portapliegos de los profesores más ilustrados y comprometidos honestamente con la enseñanza y con la vida universitaria⁽⁴⁴⁾. Son las consecuencias de la “liberalización” del mercado de la educación superior, que ningún portavoz del AED ha explicado ni ha mostrado interés en explicar hasta la fecha.

- b) En casi todas las Universidades, salvo San Marcos, donde habré de enseñar Acto Jurídico en el año académico 2007, como profesor contratado, los materiales bibliográficos y los controles de lectura son considerados “costos de transacción” demasiado altos del aprendizaje del derecho (ello, cuando no se les condena, simplemente, por “inútiles”).
- c) En algunas universidades, los estudiantes, muchas veces inducidos al error por sus propios profesores y autoridades, se autocalifican de “prácticos”, pretendiendo diferenciarse así de los estudiantes de otros Ateneos, apodados como “teóricos”⁽⁴⁵⁾.
- d) Las “provincias” de mi profesor de Derecho Civil I y Análisis Económico del Derecho han devenido *econolawyers* y han fructificado, pero rompiendo la línea dialogante trazada por su “patria” o “metrópoli”, califican, etiquetan, denuestan, subvalúan a todo aquel que no comparta su perspectiva. Son los “modernos”, los “*golden boys*”, los “pragmáticos”, que le declaran la guerra a los “tradicionalistas”, a los “dogmáticos”, a “los que no pisan tierra”.
- e) No hay ningún tema que pueda escapar del pronunciamiento y juicio de los *econolawyers*. El que estudia derecho solamente puede hablar de cuestiones jurídicas, piensan ellos. Aprendiendo el AED, y dominándolo, en cambio, se encuentra la fórmula para travestir como

(43) STIGLITZ. *El precio de la desigualdad*. Óp. cit.; p. 167. En perspectiva filosófica: CAMPBELL, Tom. *La justicia - Los principales debates contemporáneos*. Traducido por S. Álvarez. Barcelona: Gedisa, 2008; p. 149: “la tesis general de que las personas son maximizadoras de riqueza pierde contenido cuando se dice que aquellos individuos que deciden poner factores tales como el ocio o el prestigio por encima de un incremento de riqueza están ‘comprando’ tales cosas al privarse de realizar actividades que produzcan riqueza, antes que admitir que están actuando por razones no económicas. En las áreas no económicas el AED transforma el análisis ‘económico’ de la conducta humana en una hipótesis vacía y no verificable, compatible con cualquier modelo coherente de elección real”.

(44) Para no anotar (incurriendo alevosamente en falsía) que todos los profesores de mi época hayan sido destacables. Este mal de la educación universitaria tampoco tiene nada de nuevo, por cierto. Ochenta y tantos años atrás se denunciaba: “el maestro universitario sigue siendo entre nosotros un diletante que concede un lugar muy subsidiario en su espíritu y en su actividad a su misión de educador”: MARIÁTEGUI. Óp. cit.; p. 110.

(45) En el fondo, la diferencia ha sido, es y será entre chambones y serios.



Leysser León Hilario

perspicaz el comentario banal, de café o de cóctel, sobre cualquier tema, y para transformarlo en “post” de un *blog*, en una “actualización” de *Facebook*, en el editorial de un periódico o semanario, o hasta en un artículo.

- f) Los *econolawyers* tienen por dogmas⁽⁴⁶⁾, entre otros, la idea del hombre “maximizador de recursos” y libre de decidir por sí mismo⁽⁴⁷⁾, el rechazo a toda forma de “intervencionismo estatal”, la santificación de las reglas del mercado. De modo que toda solución vigente o propuesta de iniciativa legislativa que atente contra tales dogmas debe ser combatida y, de ser posible, ridiculizada⁽⁴⁸⁾, porque de este modo hasta los lectores poco informados o desinformados podrán estimar como equivocada *a priori* la posición contraria.
- g) Ningún *econolawyer* postula la conveniencia “económica” (más bien la urgencia, en ciertos sectores, como la tutela del medio ambiente) de importar al Perú instituciones de indiscutido arraigo en la experiencia estadounidense, que ellos exaltan y se precian de conocer a cabalidad, como las acciones judiciales colectivas (*class actions*) o el combatido (pero a la larga incorporado a nuestro ordenamiento) derecho de arrepentimiento, desistimiento

unilateral o receso del comprador en los contratos de consumo. Hipócritamente, se enfatizan los excesos regulatorios nacionales en ambos sectores (medio ambiente y tutela del consumidor), aunque los ciudadanos paguen muchas veces las consecuencias de no contar con remedios jurídicos idóneos para la defensa de los denominados “intereses difusos”.

- h) A los *econolawyers* no les interesan los pronunciamientos del poder judicial. Fuera de algún caso excepcional de comentario de jurisprudencia, que se remontaría, en todo caso, a los primeros años del AED en el Perú, las decisiones de los magistrados (el *judge-made law* nacional) no son sometidas a examen “iuseconómico”, haciéndose notoria e insalvable, de este modo, la contradicción de quienes, boquiabiertos frente a la jurisprudencia-fuente del derecho de Estados Unidos, prefieren, de vuelta a nuestro país, fuera

(46) “Dogma” es: (i) o “una opinión que busca influenciar en el pensamiento ajeno ganando su adhesión”; o, (ii) “un juicio práctico autoritativamente puesto fuera de discusión (nomos), que busca determinar la voluntad ajena, conformándola a un modelo de conducta”: MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e dogmatica giuridica - Saggi*. Milán: Giuffrè, 1996; p. 26.

No reconozco la labor de los exponentes locales de la “doctrina” en ninguna de estas acepciones, que sí abrazan, en cambio, el quehacer y las posturas pontificadoras de los *econolawyers*. Y la referencia a los “dogmas” de los *econolawyers* es obligatoria. Después de todo: “la actual crisis económica es atribuible a la fe fanática en ciertos dogmas, como la hipótesis del mercado eficiente y, en general, aquello que el premio Nobel Joseph Stiglitz hace 15 años denominó “la religión que mejor conocen los mercados”. La religión hizo irrelevante que los economistas y la Reserva Federal advirtieran que había una burbuja inmobiliaria de ochenta mil millones de dólares sin base real según los principios elementales de la economía y más allá de todas las tendencias históricas, que finalmente reventó con las consecuencias que todos conocemos” (cursivas añadidas). Así: CHOMSKY, Noam. *Ilusionistas*. Traducido de J. Majfud. Madrid: Irreverentes, 2012; p. 57.

(47) Explicando la debacle del liberalismo clásico, el intelectual estadounidense Walter Lippmann escribió: “al imaginar ese dominio de la libertad, enteramente hipotética e ilusoria, donde los hombres supuestamente trabajan, compran y venden, establecen contratos y poseen bienes, los liberales renunciaron a toda crítica para convertirse en defensores del derecho que resultaba estar vigente en ese dominio. Se convirtieron, de este modo, en apologistas obligados de todos los abusos y todas las miserias que contenía” (LIPPMANN, Walter. *An Inquiry into the Principles of the Good Society*. Boston: Little, Brown & Co., 1943; p. 191). La traducción de este pasaje es la que aparece en el volumen de LAVAL, Christian y Pierre DARDOT. *La nueva razón del mundo - Ensayo sobre la sociedad neoliberal*. Traducido por A. Díez. Barcelona: Gedisa, 2013; p. 81.

(48) Es la técnica privilegiada de la sociedad del espectáculo: se resta seriedad al debate y se minusvalora a todo interlocutor “no-alineado”. La ley de insolvencia familiar es la “ley del perro muerto”; la ley de alimentación saludable es la “ley chatarra”; y toda exigencia de regulación, por mínima que sea, es “velasquista”, “paternalista”, “nacionalista”. Y cuestionar el análisis económico del derecho es “esquizofrénico” o “antiamericano”. Todo en la misma (desacertada) línea panfletaria de los autores del Manual del perfecto idiota latinoamericano (1996), ahora continuado en APULEYO MENDOZA, Plinio; MONTANER, Carlos Alberto y Álvaro VARGAS LLOSA. *El regreso del idiota*. Buenos Aires: Sudamericana, 2007.

El efímero encanto de “nuestro” Law and Economics *The ephemeral charm of “our” Law and Economics*

de la circunstancia de desenvolverse en campos más “sofisticados” (como la bastante predilecta consultoría en derecho regulatorio) desenvolverse y opinar sobre los distintos temas jurídicos como si las sentencias judiciales, sencillamente, no existieran, ni siquiera cuando en éstas, si les llamaran la atención, por supuesto; son encomiables por “eficientes” o por “justas”.

No tengo una explicación de por qué se arribó a esta deformación. He sido testigo, simplemente, de cómo, de la noche a la mañana, nuestro *law and economics* terminó de volverse *pop*⁽⁴⁹⁾: se pasó por encima el cerco de la política del derecho y se arribó, con la apariencia como único aliado (la apariencia de las *legal representations*, de las puestas en escena, con guión económico, de las cuestiones jurídicas) a la postulación, opuesta a la ley, de la aplicación concreta de criterios que nuestro legislador ha rechazado, inclusive, comenzando por la idea misma de “eficiencia”⁽⁵⁰⁾. Ni la Constitución Política, con su referencia a la “economía social

de mercado” (de significado más o menos unívoco en todo el mundo⁽⁵¹⁾, mas no entre nosotros, donde los intérpretes la amoldan y deforman según convenga) se ha salvado de ser invocada como sustento de las posiciones de los *economolawyers*, por ejemplo, para presentar como “paternalistas” propuestas actuales de regulación concebidas, realmente, para equilibrar las diferencias (informativas, por ejemplo) entre los ciudadanos y los regulados, pero que ellos insisten en rechazar, pese a las lecciones que deberían haber aprendido (así nos los esperábamos muchos) de la reciente crisis económico-financiera estadounidense⁽⁵²⁾.

Las manifestaciones locales del AED en el Perú, sus epifanías de hoy, me hacen echar de menos la época de la complementariedad e

(49) En el sentido de “*pop art*”, evocando la sutil perspectiva de SHERWIN, Richard K. *When Law Goes Pop - The Vanishing Line Between Law and Popular Culture*. Chicago: The University of Chicago Press, 2000, *passim*.

(50) Hay un extraordinario ensayo de Mengoni sobre este tema. Partiendo de identificar la idea de “eficiencia” del análisis económico del derecho (“asignación óptima de los recursos disponibles en función de la maximización de la riqueza y del bienestar social” y “fin primario al cual debe subordinarse la elección de cualquier otro fin”), el jurista italiano aclara que “la legitimidad material de las leyes no depende necesariamente y exclusivamente de la coherencia con la racionalidad económica. Ésta no es el único fin del derecho y ni siquiera es, por sí sola, su fin primario. Al sistema jurídico le son coesenciales otros dos fines: la tutela de la libertad individual, en la que se compendian los derechos del hombre y del ciudadano, y la justicia social en la forma de distribución equitativa de la riqueza producida. Y el resultado de perseguir estos fines puede conducir a resultados de menor eficiencia”. Véase: MENGONI, Luigi. *Sull'efficienza come principio giuridico*. En: AUTORES VARIOS. *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*. Volumen IV. Milán: Giuffrè, 2004; p. 4179. En el volumen de SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus OTT. *The Economics Analysis of Civil Law*. Cheltenham-Northampton: Edward Elgar Publishing, 2004; pp. 9-11, se intenta reorientar hacia el terreno de la eficiencia áreas respecto las cuales, a primera vista, ello resultaría discutible, como la tutela del consumidor y del medio ambiente y los derechos fundamentales.

(51) Ningún estudio o comentario “constitucional” peruano se ha dedicado a descifrar acabadamente esta fórmula, acuñada por Alfred Müller-Armack, economista ordoliberal alemán, en 1946. Este modelo es “social”, porque, como reseñan LAVAL y DARDOT. *Op. cit.*; p. 119: “obedece a las elecciones de los consumidores, porque realiza una democracia de consumo gracias a la competencia, presionando a las empresas y los asalariados para mejorar la producción de tal forma que se mejora la productividad”. En perspectiva histórica, comparativa y jurídica, y con destacable interés en la experiencia peruana, importadora de un modelo económico ligado a un contexto bastante peculiar (la Alemania de la segunda posguerra): SOMMA, Alessandro. *Economia di razza - Dal fascismo alla cittadinanza europea*. Verona: Ombre Corte, 2009; pp. 120 y siguientes. La “economía social de mercado”, explica Somma (ivi, p. 124), con las debidas referencias a Müller-Armack, es “la situación en la cual los principios del libre mercado, en especial la propiedad privada y la libertad de contratar van de la mano con intervenciones estatales encaminadas a condicionar las libertades económicas sólo en la medida en que ello sea indispensable para evitar las fallas del mercado. A la redistribución de la riqueza apuntan directamente, en cambio, únicamente las medidas de solidaridad entre el Estado y los individuos, los cuales operan, sin embargo, fuera de los confines del mercado con intervenciones financiadas por la contribución fiscal”.

(52) Sobre la crisis económico-financiera de fines de la primera década del siglo XXI, ha comentado POSNER, Richard A. *The Crisis of Capitalist Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2010; p. 260: “*The responsibility for preventing or*



Leysser León Hilario

intercambio de pareceres entre los expertos de cada “escuela”, y, lo que es peor, muchas veces producen indignación, porque no se entiende cómo es que la educación en las “mejores Universidades del mundo” (*rankings* en mano) o la formación en un “método” (uno solo entre tantos otros “métodos”) tiene el poder de apartar de la realidad (¡de la realidad “peruana”!)⁽⁵³⁾, a sus negacionistas portavoces, en mayor dimensión, inclusive, que la por ellos estigmatizada “dogmática jurídica”. Y bajo estas circunstancias es inimaginable, por supuesto, verlos batallando por las causas de los que, supuestamente, “no pisan tierra”, como la reforma del Código Civil y de las leyes especiales en materia de discapacidad, la reforma del régimen de la nulidad de los negocios jurídicos del Código Civil (donde se apunta, a la luz de casos de despojos formalizados e institucionalizados, con poderes falsos, por ejemplo, que no dejan de repetirse ni de difundirse mediáticamente, hacia la imprescriptibilidad de dicha acción cuando hay delitos de por medio), del sistema de transferencia de propiedad inmueble (en un país donde ha quedado sobradamente demostrado que la “fe pública registral” no sirve para nada y que la verdadera

seguridad jurídica no puede confiarse a los documentos, porque la falsificación es una molesta “realidad”), la difusión de los modernos debates sobre la justicia contractual⁽⁵⁴⁾ y los bienes comunes, el desarrollo del régimen de la tutela resarcitoria frente a la violación de derechos de la personalidad, etc.

VII.

“L’analyse économique du droit reste largement une discipline à construire dans une perspective véritablement scientifique avec une préoccupation majeure, l’adéquation au réel, démarche indispensable au débat rationalisé”⁽⁵⁵⁾.

Alain Renard

Toca hacer las cuentas de esta historia. Me complace haber comenzado el debate

remedying disasters that transcend the capabilities of the private market to avoid is a governmental responsibility, which our government failed to discharge. I continue to be perplexed by how government (except for its promotion of home ownership, a secondary cause of the crisis) has managed to escape most of the blame for our current economic state”. Más adelante (ivi, p. 264) reconoce que la “*deregulation made bankers and through them borrowers take risks that were excessive from an overall social standpoint*”.

- (53) Piénsese, por ejemplo, en las bondades de la “privatización”, indiscutidas para los econolawyers. Como ha postulado STIGLITZ. *El malestar en la globalización*. *Óp. cit.*; p. 120, ella no resuelve, sino que empeora los problemas si las administraciones (tal es el caso del Perú) son corruptas. Y añade (ivi, p. 121): “Ingenuamente, los partidarios de la privatización se convencieron de que se podían dejar de lado estas cosas porque los libros de texto parecían dictaminar que una vez definidos claramente los derechos de propiedad, los nuevos propietarios lograrían que los activos fueran manejados de forma eficiente. Así, la situación mejoraría a largo plazo, aunque fuera horrible corto plazo. No percibieron que sin las adecuadas estructuras legales e instituciones del mercado, los nuevos propietarios podrán tener un incentivo para deshacer los activos más que para utilizarlos como bases para expandir la industria” (cursivas añadidas). El lector informado sobre la historia reciente del Perú puede encontrar con mucha facilidad versiones nacionales de esta ingenua perspectiva criticada por Stiglitz.
- (54) Para hablar de “justicia contractual” ni siquiera es necesario modificar el Código Civil: es una aspiración que fluye de las normas y remedios ya existentes (sobre incapacidad de discernimiento, situación de apremio económico, cláusulas vejatorias en los contratos con cláusulas generales, etc.), como enseña SACCO, Rodolfo. *Giustizia contrattuale*. En: *Digesto delle discipline privatistiche*, Apéndice de actualización. Volumen VII. Turin: Utet Giuridica, 2012; pp. 534 y siguientes. En paralelo, con activismo destacable y promoviendo la “justicia social” de la contratación: STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW. *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*. En: *European Law Journal*. Volumen 10. No. 6. 2004; p. 654, donde se apunta, por ejemplo (ivi, p. 664), a que el orden jurídico garantice un tratamiento justo a todos los ciudadanos y que “*the rules of the market system do not permit exploitation and social exclusion*”.
- (55) BERNARD. *Óp. cit.*; El divorcio entre el discurso del neoliberalismo económico y la realidad es subrayada, igualmente, por CHOMSKY, Noam. *Understanding Power - The Indispensable Chomsky*. Edición al cuidado de MITCHELL, P. R. y SCHOEFFEL J. Nueva York: The New Press, 2002; pp. 254 y 255: “*Nothing in these abstract economics models actually works in the real world. It doesn’t matter how many footnotes they put in, or how many ways they tinker around the edges. The whole enterprise is totally rotten at the core: it has no relation to reality anymore - and furthermore, it never did*” (el realce es del autor).

El efímero encanto de “nuestro” Law and Economics *The ephemeral charm of “our” Law and Economics*

“diplomáticamente”, hace diez años, escribiendo en uno de mis primeros estudios que el AED que se enseñaba en mi época era enriquecedor y revelador⁽⁵⁶⁾. Lo que no conseguí vislumbrar es que para adoptar una opinión personal sobre el valor del método aprendido y para no dogmatizarse con sus premisas y postulados, era necesario (¡y lo sigue siendo!) conocer plenamente el propio ordenamiento, nuestra historia, nuestra realidad, y practicar disciplinadamente (si no es que defensivamente) el enfoque comparativo, sociológico, antropológico⁽⁵⁷⁾.

De otro lado, el dictado “tradicional” de los cursos de derecho civil ha cambiado. Al AED no se le responde blandiendo el concepto de “relación jurídica”, ni el de “negocio jurídico”, ni el de “relación de obligación” ni el “patrimonialidad” ni el de “causa del contrato”; tampoco reivindicando para Italia o para Austria la paternidad del método; ni mucho menos oponiendo otros discursos interdisciplinarios, “románticos” y lamentablemente representativos del *pop* jurídico local, como el derecho y la literatura o el derecho y el cine. Hoy el profesor de Derecho Civil⁽⁵⁸⁾ tiene que haber aprendido que la bondad de los conceptos que se explican ante los

discentes se mide exclusivamente en función de su correspondencia a la realidad cifrada en aquellos, de su contribución a la coherencia del ordenamiento jurídico como estructura y de la fidelidad a los cimientos morales⁽⁵⁹⁾ de la tradición de la que somos herederos y que también habrá de ser sometida a revisión. Todo ello con la tranquilidad (¡y con la satisfacción!) de ofrecer a los estudiantes instrumentos para esquematizar los casos que enfrenten y para el diseño de estrategias respetuosas de la ley que, por defectuosa que sea, nos gobierna, y en los principios (distintos de la “eficiencia” o de la “racionalidad económica”) en los que ella se asienta. El profesor de Derecho Civil sí le habla a abogados, jueces, árbitros, legisladores; el *economolawyer* peruano, fuera del marco jurídico del *common law* y desprovisto de la pieza fundamental de su juego (el juez creador del derecho), dialoga, cual lobista, sólo con el legislador y hace sólo “política del derecho”⁽⁶⁰⁾.

- (56) LEÓN, Leysser. *La reforma del Código Civil vista en serio* (2003), ahora en Id., *El sentido de la codificación civil - Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*. Lima: Palestra, 2004; pp. 253 y 254.
- (57) Como se escribiera, con tono profético, hace más de una década: “El análisis económico rendirá sus frutos sólo cuando se integre con el análisis social y con la conciencia de los valores en los que la sociedad cree. Para este efecto no valdrán los modelos parciales, sino que se necesitará un método para llegar a las decisiones que tome en cuenta no sólo el frío dato económico sino también los valores, la idiosincrasia, las diferencias culturales, y todo lo que puede contribuir a entender el derecho en concreto, actuando efectivamente en la sociedad” (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *El derecho en perspectiva económica*. En: Id., *Pensando insolentemente - Tres perspectivas académicas sobre el derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001; p. 258). El momento vislumbrado por el profesor De Trazegnies aún no ha llegado.
- (58) Sin abusar de aquel otro instrumental de la educación jurídica, propio de la “pedagogía del espectáculo”, el llamado “aprendizaje basado en problemas”.
- (59) Esos cimientos o pilares morales han sido nitidamente trazados por GORDLEY, James. *The Moral Foundations of Private Law*. En: *American Journal of Jurisprudence*. Volumen 47. 2002; pp. 1 y siguientes; Id., *Morality and Contracts: The Question of Paternalism*. En: *William and Mary Law Review*. Volumen 48. 2007; pp. 1733 y siguientes. Mientras tanto, el cuestionamiento de las bases morales del análisis económico del derecho ha dado también a amplio debate. Véase, al respecto: Hardin, Russell. *The Morality of Law and Economics*. En: *Law and Philosophy*. Volumen 11. 1992; pp. 331 y siguientes.; COLEMAN, Jules. *Markets, Morals and the Law* (1998). Oxford: Oxford University Press, reimpresión, 2003; especialmente, pp. 67 y siguientes; SCHULTZ, Walter J. *The Moral Conditions of Economic Efficiency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001; especialmente, pp. 82 y siguientes; SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, cap. 27; p. 613 y siguientes; ZAMIR, Eyal y Barak MEDINA. *Law, Economics and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2010; especialmente, sobre el “paternalismo jurídico”, pp. 313 y siguientes.
- (60) Esto, ante el silencio de los *economolawyers* nacionales, lo ha tenido que informar a nosotros Calabresi, “Prefacio”, en Id., *Un vistazo a la catedral*, cit., p. 15, el *law and economics* “está dirigido de manera significativa a influir en las Cortes del *common law* norteamericano. Dichas Cortes tienen la autoridad para llevar a cabo los cambios que este tipo de análisis recomienda.



Leysser León Hilario

Cuánto lamento que el análisis económico del derecho que se practica entre nosotros sirva ahora de sustento a posiciones conservadoras, indiferentes y conformistas⁽⁶¹⁾, o a la represión “técnica” e *in limine* de iniciativas y reformas legislativas demandadas por las mayorías, y que, tan sólo por el hecho de desenvolvern en un marco democrático, deberían ser reconocidas como merecedoras de evaluación. Las severas y siempre apriorísticas sentencias condenatorias

de los *economolawyers*, que dan la impresión de no entender las reglas de la tolerancia, han recaído, furiosamente, sobre la actual normativa de tutela de los consumidores⁽⁶²⁾, en el proyecto de ley sobre “insolvencia familiar”, en la ley de “alimentación saludable”⁽⁶³⁾, en las iniciativas judiciales de particulares para combatir la concentración de los medios de

En los países de tradición civil continental (...) las propuestas del *law and economics* están dirigidas a los legisladores”. Véase también, POSNER. *Economic Analysis of Law*. Óp. cit.; p. 34: “*The continental tradition assigns a narrow role to judges, a role reflected in the emphasis that the Continental legal systems place on detailed legislative codes as the principal source of law, rather than case law. That emphasis deprives judges of the significant policymaking role that they enjoy in a system of case law*”.

Mengoni, “Sull’efficienza come principio giuridico”, Óp. cit.; p. 4177, destaca, por su parte, que: “el análisis económico del derecho quiere ser también una teoría de la legislación: no sólo quiere analizar el derecho, sino incluso valorarlo y promover su reforma cuando lo juzga incoherente con sus objetivos. Sus juicios no ponen en cuestión la legitimidad formal (legalidad) de una determinada disciplina jurídica, sino la legitimidad material; no niegan la vigencia del derecho como es, sino que formulan enunciados prescriptivos sobre el derecho como debería ser. En este sentido, la eficiencia económica no es una mera noción instrumental, sino que traspasa el orden de los fines, deviene un criterio de legitimación del derecho”. Y, como precisa MATTEI, Ugo. *Regole sicure - Analisi economico-giuridica comparata per il notariato*. Milán: Giuffrè, 2006; p. 108, en ausencia de un sistema judicial “eficiente” (“eficiencia” que los representantes del AED dan por descontada en Estados Unidos), “los actores poderosos del mercado, lejos de extender sus derechos hasta donde comienzan los derechos de los demás (como en el generoso sueño iusnaturalista) son naturalmente encaminados al comportamiento rapaz, motivado por el provecho y la maximización de la utilidad, no ya general, sino del *management* y (si las cosas van bien) de los accionistas”.

- (61) Posiciones que contrastan hasta con la juventud y la vida universitaria mismas. De aquí la urgencia, también entre nosotros, de “apostar por animar las aspiraciones de la juventud para ‘cambiar la vida’” (Edgar Morin). En: HOLLANDE, François y Edgar MORIN. Diálogo sobre la política, la izquierda y la crisis, entrevista de N. Truong. Traducido de N. Petit Fontseré. Barcelona: Espasa, 2012; p. 63.
- (62) Pese a que, como resalta Chomsky: “*The last thing that business wants is markets in the sense of economic theory. Take a course in economics, they tell you a market is based on informed consumers making rational choices. Anyone who’s ever looked at a TV ad knows that’s not true. In fact if we had a market system an ad say for General Motors would be a brief statement of the characteristics of the products for next year. That’s not what you see. You see some movie actress or a football hero or somebody driving a car up a mountain or something like that. And that’s true of all advertising. The goal is to undermine markets by creating uninformed consumers who will make irrational choices and the business world spends huge efforts on that*”: Chomsky, Noam, “The State-Corporate Complex: A Threat to Freedom and Survival”, conferencia dictada en la Universidad de Toronto el 7 de abril de 2011. Publicada en <http://www.chomsky.info/talks/20110407.htm>. Ahora hay versión en castellano, en CHOMSKY. *Ilusionistas*. Óp. cit.; p. 57.
- (63) Dos décadas atrás, si bien a propósito de otro tipo de alimentación insalubre, un abogado y catedrático universitario de inequívoca posición política, celebratoria de la liberalización de la economía, escribió: “ninguna teoría de sobrecostos o de efectos económicos puede condenar a un Estado moderno a permanecer impasible ante el engaño que conduce a la posibilidad de enfermedad o muerte del ciudadano”: ELÍAS LAROZA, Enrique. *Lo barato sale caro: mata y no engorda: La inacción de INDECOPi ante los productos basura, los cañazos y los yonques*. En: IUS ET VERITAS. Año VII. No. 13. Lima: 1996; p. 55. En el mismo artículo, el profesor Elías Laroza (ivi, p. 56-57) anotaba, profetizando los tiempos actuales, que: “los peores enemigos del mercado son los teóricos que exigen la liberalización de las fuerzas del mercado a rajatabla. Quieren aplicar la receta con tal virulencia, con tal dogmatismo que parece que su verdadero propósito fuese el que todo ello fracase lo más rápido posible, incurriendo en los mismos errores y excesos del pasado” (las cursivas son añadidas). Véase la respuesta a estas críticas en el artículo de BULLARD GONÁLEZ, Alfredo. *Me quiere, no me quiere - Deshojando “margaritas ideológicas” en torno a la protección del consumidor*. En: IUS ET VERITAS. Año VIII. No. 14, Lima, 1997; pp. 109 y siguientes.

El efímero encanto de “nuestro” Law and Economics *The ephemeral charm of “our” Law and Economics*

prensa escrita, etc., y no hay certeza de que todas ellas, en todos sus puntos o en parte de éstos, desaprobaban verosímelmente el *test* de eficiencia económica en el país donde los *economolawyers* consolidaron su singular visión del mundo.

De todo esto he sido y soy testigo. Y me siento comprometido a brindar en mi testimonio, a la vez que un estímulo irrenunciable para leer directamente y en su idioma original las fuentes de aquel método⁽⁶⁴⁾, una guía de lectura de la producción local sobre el AED (del Derecho Civil, en particular). Y a declarar que mi balance en cuanto a la influencia de esta perspectiva en la experiencia nacional, muy a mi pesar, no es positivo, lo cual no exonera, desde luego, de

la responsabilidad intelectual (¡universitaria!) de conocerlo a fondo, en la obra de sus más calificados exponentes, y también de sus críticos⁽⁶⁵⁾, para desnudar solventemente sus defectos y limitaciones.

Creo que se ha terminado verificando en nuestro país lo que sabiamente me respondió el decano de los juristas italianos, el gran Angelo Falzea, más de diez años atrás, cuando le pregunté su opinión sobre el análisis económico del derecho. El hoy centenario Maestro de la Universidad de Messina, quien tiene escrito que “la economía tiene sus leyes, pero, como ocurre también con las leyes físicas, el derecho, si bien no tiene el poder para anular su fuerza vinculante, sí tiene la capacidad de gobernar la conducta de las personas, para evitar que se realicen las causas económicas nocivas o para remediar los efectos económicos dañosos”⁽⁶⁶⁾, me dijo secamente y con indisimulado fastidio: “è *fuorviante!*”, o sea, “que desvía” o “aparta del camino”. 

- (64) Los críticos del AED, quienes han conseguido advertir sus debilidades o, cuando menos, su “parroquialismo”, saben muy bien que la forma de articular los cuestionamientos es, conforme al método seguido con rigor para estudiar la doctrina, la consulta de las obras de los grandes exponentes del método que se cuestiona. Mucho ayudaría, aunque sea para salvaguardar lo provechoso de los debates (y el interés mismo en debatir) que los *economolawyers* locales se empeñaran, recíprocamente, en conocer y comprender las contribuciones de la “dogmática” por ellos repudiada.
- (65) Mantienen plena vigencia las críticas de LEFF, Arthur Allen. *Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*. En: *Virginia Law Review*. Volumen 60. 1974; p. 451 y siguientes; y KENNEDY, Duncan. *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique*. En: *Stanford Law Review*. Volumen 33. 1981; pp. 387 y siguientes; Id., *Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies*. En: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Edición al cuidado de MACMILLAN, P. Newman. Volumen 2. Nueva York: 1998; pp. 465 y siguientes; ACKERMAN, Bruce A. *Law, Economics and the Problem of Legal Culture*. En: *Duke Law Journal*. 1986; pp. 929 y siguientes; y en la experiencia italiana, las de PARDOLESI, Roberto. *Un moderno minotauro: law and economics*. En: *Sociologia del Diritto*. Volumen XVII. 1990; pp. 225 y siguientes. En la bibliografía más reciente: MATTEI, Ugo y Mauro BUSSANI. *Making the Other Path Efficient: Economic Analysis and Tort Law in Less Developed Countries*. En: COOTER, Robert y otros (editores). *The Law and Economics of Development*. Greenwich (Connecticut)-Londres: Jai Press, 1997; pp. 149 y siguientes; KOROBIKIN, Russell B. y Thomas S. UHLEN. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*. En: *California Law Review*. Volumen 88. 2000; pp. 1051 y siguientes; MATTEI, Ugo. *The Rise and Fall of Law and Economics: An Essay for Judge Guido Calabresi*. En: *Maryland Law Review*. Volumen 64. 2005; pp. 220 y siguientes; GAROUPA, Nuno. *The Law and Economics of Legal Parochialism*. En: *University of Illinois Law Review*. 2011; pp. 1517 y siguientes; BERNSTEIN, Anita. *Whatever Happened to Law and Economics*. En: *Maryland Law Review*. Volumen 64, 2012; p. 303 y siguientes; y CAMPBELL, David. *Welfare Economics for Capitalists: The Economics Consequences of Judge Posner*. En: *Cardozo Law Review*. Volumen 33. 2012; pp. 2233 y siguientes.
- (66) FALZEA, Angelo. *Il civilista e le sfide d’inizio millennio* (2002), ahora en Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. Volumen III. *Scritti d’occasione*. Milán: Giuffrè, 2010; p. 413. Famoso es también el comentario lapidatorio de Falzea luego de haber escuchado la ponencia de la profesora Francesca Giardina en un encuentro académico sobre el derecho contractual. Dirigiéndose a la ponente, dice: “No le dé tanto crédito al análisis económico: es discutible que pueda ser utilizado por el legislador y está descartado que pueda ser tomado en consideración por las partes: el llamado incumplimiento eficiente es una invención”. Véase: DEL PRATO, Enrico (al cuidado de). *Violazioni del contratto - Danni e rimedi*, actas del seminario celebrado en la Universidad de Macerata, 3 y 4 de mayo de 2002. Milán: Giuffrè, 2003; p. 19.