

Mario Castillo Freyre
Ricardo Vásquez Kunze

Analizando el Análisis

Autopsia del
Análisis Económico
del Derecho
por el Derecho Civil



Pontificia Universidad Católica del Perú
FONDO EDITORIAL 2004

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE



Mario Castillo Freyre (1964) es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster y Doctor en Derecho por la misma casa de estudios. Catedrático de Obligaciones y Contratos en dicha Universidad, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

Ricardo Vásquez Kunze (1965) es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ANALIZANDO EL ANÁLISIS

**Autopsia del Análisis Económico
del Derecho por el Derecho Civil**

**MARIO CASTILLO FREYRE
RICARDO VÁSQUEZ KUNZE**



**Pontifícia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2004**

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

*Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho
por el Derecho Civil*

Primera edición, noviembre de 2004

Tiraje, 1.500 ejemplares

© Mario Castillo Freyre, Ricardo Vásquez Kunze, 2004

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004

Plaza Francia 1164, Lima 1 – Perú

Teléfonos: (51 1) 330-7410, 330-7411

Fax: (51 1) 330-7405

Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Dirección URL: <www.pucp.edu.pe/publicaciones/fondo_ed/>

Diseño de cubierta: Iván Larco

Diagramación de interiores: Edgard Thays

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso de los editores.*

ISBN: 9972-42-670-X

Hecho el depósito legal: 1501052004-8403

Impreso en el Perú – Printed in Peru

A la Pontificia Universidad Católica del Perú, por enseñarnos que en los quebaceres de la ciencia, nadie tiene la autoridad para decir la última palabra. Y a la Facultad de Derecho, por habernos legado el feliz conocimiento de que en los asuntos del mundo, la palabra final siempre ha de estar reservada al Derecho.

ÍNDICE

Prólogo	11
Introducción	17
Capítulo I El Derecho de la Ciencia	27
Capítulo II Esquizofrenia económica	39
Capítulo III El precio de la justicia	51
Capítulo IV Fantasmas en la propiedad	65
Capítulo V Y seréis como dioses. Omnipotencia, previsión, excesiva onerosidad de la prestación y dinosaurios	79
Capítulo VI La escuela del abuso y los buenos samaritanos. La lesión	91
Capítulo VII Indulgencias y avemarías ajenas. La prohibición legal de prohibir contractualmente enajenar o gravar	101
Capítulo VIII Sancta Simplicitas. Inmutabilidad de la cláusula penal!	115

Capítulo IX	
Amor de gavilanes.	
Mujer, casos de la vida real. Discriminación, disposición y gravamen de los bienes sociales	127
Capítulo X	
Retracto:	
Tedeum para el derecho a la eficiencia económica y social	139
Capítulo XI	
Una cuestión sin interés. Anatocismo	153
Capítulo XII	
Telón: la causa falsa. Irresponsabilidad lógica y responsabilidad civil	163
Bibliografía	177

PRÓLOGO

An economist is an expert who will know tomorrow why the things he predicted yesterday didn't happen today.

Lawrence J. Peter (1919-1988)

Después de veinte años de vigencia del Código Civil, voces aisladas, aunque sonoras, propiciaron un movimiento de reforma en razón de la ineeficacia que este tenía para enfrentar los retos de la sociedad contemporánea. Esta tendencia se inició poco tiempo después de su promulgación, en un intento por corregir algunas imperfecciones que se detectaron. Sin embargo, en la actualidad se aduce la necesidad de modificar el Código Civil sustancialmente e, incluso, se ha insinuado su derogación, a pesar de la bondad de sus preceptos, que permiten un tránsito fluido en los aspectos social, político y económico del país.

Uno de los discursos que propugna tal reforma proviene de una rama del Derecho relativamente reciente en el Perú. Me refiero al Análisis Económico del Derecho.

La novedad y agudeza del Análisis Económico del Derecho ha empezado a tener acogida en un reducido sector de la comunidad jurídica nacional, así como en alguna Facultad de Derecho de Lima, al incorporarlo desde los primeros momentos de la formación académica de sus alumnos. Esta acogida a veces inusitada se debe al ingenio tanto de sus postulados como de las críticas contra el Derecho Civil, ambos basados en argumentos sugestivos y sencillos de asimilar.

Estas consideraciones han permitido que un sector de la intelectualidad jurídica peruana —cuyos precursores del renacimiento luchando por suprimir el oscurantismo y la ignorancia del antiguo régimen— busque presentar los postulados del Análisis Económico del Derecho como la opción innovadora e inteligente que pueda salvar

nuestro ordenamiento del anquilosado Código Civil, el cual, se proclama, sufre de «vejez prematura».

No deja de llamar la atención, por eso, la posición intolerante y agresiva —incompatible con el liberalismo que profesan— que adoptan algunos iniciados en los estudios de esta corriente en contra de las opiniones de quienes defienden con convicción las instituciones tradicionales del Derecho Civil y se desenvuelven según sus principios, tanto en actividades académicas como en el ejercicio profesional.

Si bien se prefiere la Constitución Política por razones jerárquicas, el Código Civil es un cuerpo normativo cuyo dinamismo y presencia en la vida de la comunidad sobrepasa a la propia Constitución. Su trascendencia radica en que exige la evaluación fría y consciente de la conveniencia y necesidad de incorporar en el Código Civil los nuevos postulados que proclama el Análisis Económico del Derecho. El tiempo, como señala uno de los mandamientos del abogado del insigne Eduardo J. Couture, se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.

Un ejemplo de cómo puede criticarse de manera solvente el Análisis Económico del Derecho se encuentra en la doctrina de la Escuela Austríaca de Derecho desarrollada por F. A. Hayek, que al estudiar dicha institución cuestiona las divulgadas tesis de Ronald Coase y Richard Posner.

A diferencia de los conceptos convencionales del Análisis Económico del Derecho, «el planteamiento austriaco no considera que el objetivo final del Derecho es la eficiencia, sino, antes que nada, la promoción y protección de los derechos y las libertades individuales. Bajo esta perspectiva, la eficiencia de un sistema jurídico parece radicar en la eficiencia con que las capacidades del sistema protegen los derechos y las libertades individuales».¹

¹ Al respecto, puede consultarse: KRECKE, Elisabeth. «El Derecho y el orden del mercado: una crítica austriaca al Análisis Económico del Derecho». *Thémis*, n.º 38, 1998, p. 252. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

Esta formulación nos advierte de las precauciones que debemos adoptar ante los postulados del Análisis Económico del Derecho y, por ello, la precipitación de una reforma codificadora obedecería, más que a la necesidad de un cambio, a una tentación académica.

Al margen de lo expuesto, es necesario enfatizar que el área donde debe tenerse mayor cuidado es el de la enseñanza de esta doctrina.

La habilidad del abogado para resolver problemas, su capacidad de argumentación analítica y su profunda formación humanista han convertido al Derecho en una disciplina indispensable para la sociedad, por encima de otras ciencias.

El abogado, por su especialización en el manejo del ordenamiento jurídico, está destinado a diseñar e interpretar las normas incorporadas en la Constitución Política, Códigos, Leyes, Reglamentos y demás preceptos que regulan la vida de toda la comunidad. La formación del abogado lo capacita, además, para limitar la posición dominante de grupos económicos en el mercado, hacer valer los derechos del oprimido, regular relaciones jurídicas complejas y brindar asesoría general, así como para frenar las ambiciones del autócrata que pretende perpetuarse en el poder o ejercitarlo de manera indebida.

El estudio oportuno y profundo de un problema, una intervención sagaz o un consejo ponderado pueden evitar consecuencias desastrosas para la libertad, el honor o el patrimonio de las personas; asimismo, permiten garantizar la fluidez y eficiencia del tráfico de los bienes en el mercado. Por ello, un abogado con una sólida formación moral y académica tiene valor incalculable para la sociedad, la que, como consecuencia de la actividad de distinguidos letrados, le ha otorgado a la abogacía la categoría de *función social*.

Considero que la enseñanza del Derecho debe orientarse en este sentido; por ello, mantengo serias dudas sobre la conveniencia de iniciar la formación de los futuros abogados con postulados de un Análisis Económico del Derecho todavía en ciernes. El perjuicio es mayor todavía cuando las denominadas «cátedras tradicionales del Derecho Civil» son abolidas: se priva al estudiante de una formación con base en los principios rectores del Código Civil, el cual, más allá de las críticas que se le formulen, constituye la legislación aplicable en

nuestro país. Si al estudiante de Derecho se le otorga una formación civilista tradicional, tendrá posteriormente un sólido sustento para criticar, con pleno dominio, al Código que lo ha formado. Por el contrario, si la formación tiene como base una repetitiva crítica del Derecho Civil —en el que el Código Civil se percibe como instrumento erróneo— el estudiante dejará de conocer las normas que rigen nuestra sociedad en esa materia y carecerá, por tanto, de interés en ellas.

Por eso, y dentro de la libertad de pensamiento y de cátedra, estoy persuadido de la conveniencia de mantener los sugerentes postulados del Análisis Económico del Derecho en cursos electivos, al final de los estudios universitarios, como correctamente lo hacen las principales Facultades de Derecho de nuestro país. Nos aseguraríamos así de que el abogado adquiriese las armas indispensables para un ejercicio solvente de la profesión, sin restarle la posibilidad de conocer opiniones críticas y puntos de vista diferentes.

Hasta aquí ciertas disquisiciones de carácter general sobre el Análisis Económico del Derecho que, en rigor, constituyen conceptos vinculados a *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*, obra de los doctores Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, distinguidos juristas que me han honrado al solicitarme incorporar unas pocas líneas a tan importante trabajo.

Los doce capítulos que integran el libro que prologo rescatan, con provocadores y mordaces títulos, las instituciones clásicas del Derecho Civil, y responden con prestancia a la actitud a menudo arrogante de los promotores del Análisis Económico del Derecho en nuestro país.

Así, el enfoque de la obra nos permite advertir que, si bien en algunas ocasiones el Análisis Económico del Derecho resulta ser una herramienta útil e interesante, incluso los principales estudiosos de esa doctrina en el Perú reconocen, aunque con cierto desgano, que no es la única forma de entender el Derecho Civil, sino solo una de ellas.

El libro, por otra parte, brinda a las nuevas generaciones una valiosa herramienta para restablecer con sólido sustento los postulados de la tradición romano-germánica en que se basa nuestro sistema

jurídico, y deja de descartar apresuradamente sus principales instituciones, cuya maduración se inició, por consignar un plazo arbitrario, hace más de veinte siglos.

Contra lo que podría sospecharse de la lectura de los títulos de la obra que integran cada uno de sus capítulos, *Analizando el Análisis...*, de Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, no es una crítica al Análisis Económico del Derecho como tal. Lo que critican los autores con incansable ímpetu es el descrédito atribuido a las formas tradicionales de interpretación del Derecho como formas obsoletas, inútiles y hasta jurásicas.

La obra, además, es un llamado a la medida y al equilibrio, y demuestra que si bien el Análisis Económico del Derecho ha tenido cierto éxito a nivel doctrinario, no lo ha tenido en lo que sus principales propulsores en el Perú establecen como la medida del éxito. Los autores desnudan las falencias de esta doctrina en temas concretos, lo que permite concluir, como es evidente, que no existe teoría ni legislación exenta de crítica.

No me compete emitir juicio más minucioso sobre los postulados que plantea la obra que prologo; eso le corresponde al lector. Lo único que puedo asegurar es que tan importante trabajo nos otorga la oportunidad de dejar de ser complacientes con las críticas planteadas por los propulsores del Análisis Económico del Derecho al Derecho Civil y de comenzar a reafirmar lo que merece ser reafirmado. Se trata, en suma, de importantes objeciones a esta corriente contra el régimen en vigencia. Solo de ese modo, analizando de manera desapasionada la tesis que promueve esta nueva doctrina, podremos tener una visión completa que nos permita dilucidar la conveniencia de los cambios que se sugieren o, por el contrario, decidir si la reinterpretación del Derecho Civil para asumir los nuevos retos que presenta la sociedad deben hacerlo juristas y no juristas-economistas.

Concluyo felicitando a los autores por el esfuerzo desplegado y por las inteligentes concepciones que desarrollan, lo que me permite abrigar la certeza de que la comunidad jurídica nacional —siguiendo las corrientes que con singular éxito se vienen presentando en Alemania e Italia a fin de interpretar el Análisis Económico del Derecho

de manera creativa y razonada desde el Derecho Civil— asimilará estas corrientes, pues finalmente, como lo reconocen los más tenaces defensores del Análisis Económico del Derecho, la ignorancia es común a todos, solo que en distintos temas.

Lima, septiembre de 2004

Felipe Osterling Parodi

INTRODUCCIÓN

Este libro es la historia de un reencuentro. En varios sentidos un reencuentro, en verdad. Un reencuentro de dos amigos que después de quince años de haberse visto por última vez en el claustro de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, volvieron a verse las caras en el invierno del 2003 para rememorar aquellos buenos viejos tiempos que solo la juventud tiene el maravilloso poder de evocar. Un reencuentro de dos personas cuyas vidas han seguido cursos muy distintos —la práctica y la cátedra forense, de un lado, y la formación de la opinión pública y el análisis político, del otro— pero con un pensamiento hermanado por las coincidencias que, aunque enriquecido por el quehacer del tiempo, no ha hecho traición al de los años mozos en un país donde renegar de los pasados personales y las ideas pretéritas es la orden del día. Un reencuentro, pues, con una manera de ver el Derecho y la Política en el que la Economía tiene el lugar que le corresponde, esto es, el del útil instrumento del que pueden valerse el Derecho y la Política para perfeccionar su ciencia y su práctica, pero jamás para terminar ambos siendo una herramienta de aquella. De este reencuentro, de esta visión compartida del Derecho, la Política y la Economía nace este libro. No otro podía ser, pues, el sino de este ensayo que aquel que uniera a estos dos amigos en su afán de poner las cosas en su sitio. De esta manera surgió la idea de enfrentar esa visión economicista del mundo que en el reino de lo jurídico encabeza el Análisis Económico del Derecho.

Cuando nuestra generación estudió Derecho en las aulas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, reinaba el Derecho Civil. Este se enseñoreaba en las cátedras más ilustres de los diversos cursos de la materia, dictados por quienes, a su vez, eran los mejores catedráticos que cualquier Universidad del Perú podía exhibir.

El Derecho Civil no solo imperaba majestuoso por la calidad de sus catedráticos, sino por el hecho de que en las aulas de la Facultad

de la Universidad Católica se había gestado todo el proceso de elaboración del entonces nuevo Código Civil, promulgado en julio de 1984 y vigente desde el 14 de noviembre de ese mismo año.

Salvo escasas excepciones, eran nuestros profesores quienes habían elaborado ese Código y constituyán las fuentes vivas más autorizadas de la materia. Era muy fácil entonces, para quienes estudiábamos Derecho en esos años, enamorarnos del Derecho Civil. Este fue el caso de muchos compañeros de generación y de los autores de este ensayo, uno de los cuales ha formalizado el amor casándose profesional y académicamente con esta rama del Derecho.

A finales de la década de 1980 empiezan a aparecer, en revistas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, determinados artículos elaborados por destacados ex alumnos que habían seguido estudios de maestría en universidades de los Estados Unidos de América.

Estos estudios dejaban traslucir las primeras ideas escritas en el Perú desde la perspectiva del denominado Análisis Económico del Derecho.

Sin duda, para quienes leíamos revistas de Derecho, resultaba atractiva esa nueva forma de ver nuestra ciencia, distinta de los cauces tradicionales, una visión que manejaba de manera permanente conceptos de Economía de gran utilidad, ajenos, hasta ese entonces, a cualquier análisis jurídico en el Perú.

No nos cabe duda de que el «Análisis», desde su nacimiento en estas tierras, empezó a causar esa fascinación que ejerce la novedad sobre las mentes impetuosas y, por ello, fueron los estudiantes de Derecho los más embelesados con su prédica. Para estas juveniles experiencias siempre en busca de nuevos ídolos a quienes adorar —quién ha escapado al sino de la mocedad—, el «Análisis» se convirtió en poco menos que el futuro, en tanto eclipsaba a las formas tradicionales de interpretar el Derecho, que implícita o explícitamente eran consideradas obsoletas.

Sin embargo, conforme iban apareciendo los artículos del «Análisis» y al ritmo que se iban sucediendo diversas conferencias en las que participaban nuestros compañeros y colegas que promovieron y

promueven esta corriente de pensamiento, se acentuaba en nosotros, con la claridad del medio día, la convicción de que en realidad lo que el Análisis Económico del Derecho ofrecía en el Perú no era —como debió haber sido siempre— un enfoque distinto y enriquecedor del Derecho, un instrumento útil para su desarrollo en el medio jurídico nacional. Lo que en el fondo buscaban los partidarios del «Análisis» era la destrucción del Derecho Civil.

Se inició así una explícita campaña, cuyos signos distintivos fueron la burla y el escarnio, destinados a minar diversas instituciones propias del Derecho Civil, instituciones que se tomaron como ejemplos representativos para, sobre la base de supuestos defectos de las normas del Código de 1984, hacer prevalecer las aparentes bondades del *novedoso* «Análisis» por sobre los enormes defectos del *vetusto* e *inservible* Derecho Civil.

Así, trataron de fusilar sumariamente figuras e instituciones de hondo raigambre. Al paredón concurrieron, sin juicio previo —nunca estuvo mejor usada esta expresión— el concepto del derecho de propiedad, la excesiva onerosidad de la prestación, la lesión, los pactos de no enajenación, los plazos máximos en materia de arrendamiento, la necesaria voluntad de marido y mujer para enajenar los bienes sociales, la ejecución judicial de las garantías hipotecarias, la posible reducción del monto de la cláusula penal pactada, la prohibición de los pactos sucesorios, el retracto, los plazos máximos en los contratos preparatorios, las tasas máximas de interés, la culpa como factor de atribución en la responsabilidad civil, la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación y de los contratos por adhesión, entre otros bárbaramente condenados.

Sin duda, los juicios del «Análisis» fueron efectistas en la medida en que lograron, en diversos ámbitos del medio jurídico nacional, el festejo de muchos, sobre todo del alumnado en vías de formación, que fue persuadido de lo *imperfecto* que era el Derecho Civil y de lo *eficiente* que era el Análisis Económico del Derecho.

Pero siempre tuvimos la convicción de que esos juicios solo eran efectistas pero no efectivos, en la medida en que si ellos eran sometidos al rigor de un careo lógico y jurídico, la consecuencia ineludible

era la confirmación de que las críticas gastadas por el Análisis Económico del Derecho contra el Derecho Civil no eran sino falacias dignas de ser denunciadas ante la Academia y la opinión pública.

Así, desde hace varios años, algunos abogados venimos desenmascarando, desde diversas ópticas y tribunas del Derecho,¹ las miserias del «Análisis» y el ajusticiamiento que pretende hacer de su *gratuito enemigo*, el Derecho Civil.

Lamentablemente —y en esto asumimos la responsabilidad que nos compete— en los últimos tres lustros, que coinciden con los primeros trabajos del Análisis Económico del Derecho en el Perú, los civilistas no habíamos dado una respuesta orgánica y contundente a todas estas estridentes balas de salva, y guardando un silencio que nunca debimos guardar, dejamos que quienes jugaban a los paredones «ultimaran» al Derecho Civil conforme les vino en gana.

Dentro de este orden de ideas y conscientes de que esa lánguida paciencia tenía algún día que terminar, a mediados de 2003 decidimos emprender la tarea de levantar todos los cargos que el «Análisis» había formulado al Derecho Civil, de modo tal que por primera vez no fuera el «Análisis» quien juzgara al Derecho Civil, sino el Derecho Civil quien sentara al «Análisis» en el banquillo de los acusados. Ello con el propósito de que el medio jurídico nacional empezara a conocer una perspectiva distinta en este juego de juicios y fusilamientos, una perspectiva en que nos situáramos no como las víctimas ajusticiadas, sino como los que se ciñen toga y birrete.

Imbuidos pues en nuestro novel personaje de jueces, constatamos que las críticas del «Análisis» al Derecho Civil han girado en todos estos años sobre una veintena de temas que, convertidos por

¹ Debemos destacar el importante trabajo que desde la Filosofía del Derecho y la moral realiza el doctor Eduardo Hernando Nieto, abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en relación con la crítica a la ética del Análisis Económico del Derecho. Véase «¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?». *Thémis*, n.º 37, 2.^a época, 1998, pp. 129-138. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

sus seguidores nativos en caballitos de batalla de una causa falsa, les sirvió para denostar al Derecho Civil, al extremo de buscar su destrucción moral con el propósito de convertirlo en un siervo de la Economía, y de hacer de su ciencia la leña donde había de quemarse su dignidad.

Con el propósito de consumar la ruina del Derecho y su servidumbre, el «Análisis» trató no solo de proscribir toda autonomía de la ciencia jurídica, sino de asesinar a uno de sus más celosos y antiguos guardianes, el Derecho Civil, cuya muerte era de necesidad vital para así poder desempeñar a gusto su papel de visir en ese nuevo protectorado del imperio económico llamado todavía «derecho», así, sin ningún derecho a las mayúsculas.

No era por eso de extrañar que el «Análisis» nos dijera, desde un principio, que los abogados servíamos poco o nada si es que no manejábamos sus parámetros y que, en buena cuenta, nuestra concepción del Derecho estaba equivocada, por lo que nuestra relación con los clientes y magistrados, estaba destinada al fracaso.

Así, la reacción del Derecho Civil no pudo ser otra que la respuesta más rotunda y rigurosa que corresponde a las circunstancias de un intento de derrocamiento con métodos violentos: el Derecho Civil, desenvainando el templado acero de sus más de dos mil años de historia, los privilegios que atestiguan varios centenares de libros escritos en el Perú en los últimos veinte años, la autoridad que le otorga la fuerza de la lógica y la seriedad de sus argumentos, enfrenta al Análisis Económico del Derecho para castigar su conspiración, y demuestra cuán endeble es quien tiene poco o nada de Derecho, alguna sombra de Economía y mucho, si no todo, de novelería.

No dudamos por eso ni por un instante de que la respuesta del Derecho Civil al Análisis Económico del Derecho en el Perú podía traerle a este consecuencias severas. Pero nunca imaginamos que le fueran funestas y que en el enfrentamiento se cayera muerto de la impresión. Ello justifica que hayamos subtitulado este ensayo *Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*.

Este libro consta de doce capítulos que, formando un todo, tienen la virtud de enfrentar la lectura por separado. Del primero al

último hemos analizado pues, rigurosamente, todo lo que el Análisis Económico del Derecho ha publicado en el país objetando al Derecho Civil. Dejamos constancia de que nuestro análisis del «Análisis» no se extiende a otras ramas del Derecho, en donde esta doctrina también cuenta con algunas publicaciones. Sin embargo, sospechamos que si dichas áreas hubiesen sido también objeto de nuestro estudio, el «Análisis» difícilmente habría resucitado, pues es de esperar que en ellas haya empleado argumentos de similar flaqueza que los utilizados para el Derecho Civil.

Simplemente como una digresión metodológica antes de realizar una breve reseña de los capítulos, debemos advertir que, en varios de estos, amén de las tradicionales notas a pie de página numeradas todas ellas como se estila, el lector encontrará a veces indicaciones con asterisco. Estas hacen referencia a un tema que, siendo ajeno al del capítulo en cuestión, tiene sin embargo una relación conexa. Se procede de esta forma porque las indicaciones con asterisco no se refieren al tema específico tratado en el capítulo, y hemos considerado que, a diferencia de las notas a pie de página, deben tratarse al final del capítulo para permitir una lectura fluida del texto y no distraer la atención del lector.

El Capítulo I de esta obra, «El Derecho de la Ciencia», tiene como finalidad hacer del conocimiento público la visión que del Derecho tienen los autores, convencidos del *status científico* de su sabiduría en tiempos que esta es puesta en duda por quienes, en el caso que nos ocupa, no reconocen por ciencia más que a la Economía en el mundo de los hechos sociales. Reivindicamos de esta manera al personaje que demostró la científicidad del Derecho: Hans Kelsen —a quien muchos abogados deformados por la superficialidad del momento presente desconocen totalmente o solo advierten de oídas—, columna vertebral de este capítulo.

«Esquizofrenia económica», el segundo capítulo, refleja la patología académica de quienes no ven en el mundo y las relaciones humanas más que variables económicas, y encaran airadamente a aquellos que no quieren participar de sus alucinaciones.

El Capítulo III lleva por nombre «El precio de la justicia». Relata el grave problema del Análisis Económico del Derecho, precisamente en el campo que pretende analizar, al no entender —de manera alguna— lo que es el Derecho en tanto monopolio de la fuerza, monopolio que es el precio que hay que pagar para vivir en paz.

En el Capítulo IV, «Fantasmas en la propiedad», demostramos lo espectral de las críticas del Análisis Económico del Derecho en torno al concepto de propiedad recogido por el Código Civil de la tradición universal. En este ámbito la crítica del «Análisis» ha sido pródiga en historias de aparecidos y en los miedos que los *cucos* causan en las mentes impresionables. Creemos que hemos curado aquí a los impresionados y exorcizado para siempre a los fantasmas de la propiedad.

El Capítulo V, «Y seréis como dioses», se encarga de desbaratar el argumento central del «Análisis» contra una de las figuras más sólidas y razonables del Derecho Civil: la excesiva onerosidad de la prestación. En consecuencia, la premisa del «Análisis» de que todo resulta previsible queda aquí —siempre hay una excepción a la regla— *previsiblemente* hecha pedazos.

No cabe duda de que una de las críticas más injustas del Análisis Económico del Derecho al Derecho Civil es la referida al tema de la lesión. En este sentido, en el Capítulo VI, «La escuela del abuso y los buenos samaritanos», nos encargamos de afirmar la plena vigencia de esta institución y de refutar, uno por uno, los equívocos argumentos que el «Análisis» construyó en su contra.

Debe conocer el lector que ha sido práctica habitual en el «Análisis» tomar como propias una serie de críticas que han formado —desde antaño— parte del debate al interior del Derecho Civil. Los seguidores del «Análisis» han querido y creído inventar la pólvora a finales del siglo XX. El ejemplo emblemático de este extemporáneo descubrimiento es el de la discusión, propia del Derecho Civil, en torno al cuestionamiento a la proscripción legal que prohíbe contractualmente enajenar o gravar un bien. Este es el tema del Capítulo VII, «Indulgencias y avenencias ajenas».

Uno de los temas más combatidos por el «Análisis» es el de la regulación de la cláusula penal en el Código Civil Peruano. Independ-

dientemente de que las críticas sobre esta materia se remonten en el Perú a la década de 1930, el «Análisis» desnuda, una vez más, la simplicidad y pobreza de sus argumentos, al reducir a unas pocas líneas todo el razonamiento que ha podido imaginar como objeción a la mutabilidad de la cláusula penal, en comparación con la profusa y contundente bibliografía que el Derecho Civil gasta sobre esta materia. Así, el lector podrá constatar la indigencia analítica del «Análisis», en *«Sancta Simplicitas»*, el Capítulo VIII.

Y es debido a esa simpleza de argumentos y a la temeridad de criticar todo aquello que signifique Derecho Civil lo que en innumerables oportunidades ha conducido al Análisis del Derecho Económico al fracaso cuando, intentando corregir algunas injusticias, logró en cambio crear otras tal vez más peligrosas. No es por eso nada rara la imprudencia de la que el «Análisis» hace gala en materia de disposición de bienes comunes de la sociedad conyugal. Pues en nombre de la corrección de la aparente inseguridad jurídica y comercial, pretende consumar las mayores injusticias y consagrar los más abominables desequilibrios en contra de la mujer. Este proceder es denunciado en el Capítulo IX, «Amor de gavilanes».

En el Capítulo X, «Retracto: Tedeum para el derecho a la eficiencia económica y social», queda de manifiesto la derrota del «Análisis» al pretender sepultar algunas instituciones tradicionales del Derecho Civil «enfermas» de *ineficiencia*, cuando en realidad, si pasaran por la consulta de un médico experimentado, quedaría acreditado todo lo contrario. Es el caso del derecho de retracto, contemplado consuetudinariamente por la Legislación Civil peruana. Probamos aquí que el retracto goza de buena salud y que es el «Análisis» el que lleva puesta la mortaja de la ineeficiencia.

En el Capítulo XI, «Una cuestión sin interés», demostramos que al «Análisis» no le intimida en lo absoluto la perpetuación de situaciones abiertamente injustas al promover, implícitamente, que las tasas de interés puedan llegar a ser tan infinitas como el universo, y que algunos delincuentes que fungen de financieros desplumen a sus víctimas sin el menor pudor. Además, podremos apreciar asimismo cómo el «Análisis» prescinde muchas veces —en su aversión por el

Derecho Civil—, del hecho de que algunos preceptos legales ya han tenido modificaciones importantes en la práctica jurídica, si no han sido hasta abolidos, lo que hace inobservables y antojadizos sus pobres asertos.

Por último, el Derecho Civil se encarga de dar cuenta de uno de los temas más caros para el Análisis Económico del Derecho. Nos referimos al radical cuestionamiento que formula a la culpa como factor de atribución de responsabilidad civil. Así, en el Capítulo XII, «Telón: la causa falsa», ponemos el dedo en la falacia que emplea el «Análisis» para argumentar las bondades de sus recetas, que no son más que una afrenta a la lógica y un convite a la irresponsabilidad ciudadana.

En este contexto, estamos convencidos de que este libro ratifica —una vez más— que el reinado del Derecho Civil no tiene sucesor, pues en sus palacios las banderas no flamean a media asta. Y si algún crespón de duelo hay en sus estandartes izados al tope, es por la súbita desaparición de ese joven y gratuito rival llamado Análisis Económico del Derecho.

Llegados a este punto y expuesto sintéticamente el contenido de esta obra, no podemos dejar de mencionar y agradecer a nuestra querida amiga, colega y compañera de estudios universitarios, Claudia Teresa Agüero Estremera, sin cuyo extraordinario trabajo de recopilación y selección de todo aquello publicado sobre el tema que nos ocupa, este libro no hubiera podido ver la luz del día.

Antes de concluir estas palabras introductorias, debemos dejar en claro que todas nuestras críticas están dirigidas a combatir ideas y no personas. Decimos esto pues los principales propulsores del Análisis Económico del Derecho en el Perú son compañeros de estudios y colegas de profesión, y estamos unidos con ellos en el honor de habernos formado en las aulas de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Compartimos, pues, una inmensa e irrefrenable pasión por el estudio del Derecho, independientemente de que esa pasión y esos estudios nos hayan conducido por caminos muy opuestos, cosa esta propia de la vida intelectual.

Porque si de algo se hapreciado siempre la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, es de la pluralidad de ideas de sus integrantes, lo que le ha permitido encabezar, desde hace muchas décadas, el debate jurídico nacional.

Esta obra es, pues, fruto del espíritu de dicha Universidad, y con ella rendimos homenaje a todos aquellos que siendo profesores, alumnos o abogados egresados de sus aulas, contribuyen a enriquecer el nivel intelectual de nuestra Patria.

Lima, agosto del 2004

Mario Castillo Freyre
Ricardo Vásquez Kunze

Capítulo I

EL DERECHO DE LA CIENCIA

La ciencia o es física o es colecciónar estampillas.
Ronald Coase citando a Ernest Rutherford¹

Sin discusión posible, el conocimiento es el problema fundamental del hombre. Y hablar de «hombre» es ya en sí mismo un gran problema del conocimiento, pues el hombre como tal solo parecería existir en el feo mundo de las quimeras. Sea como fuere, es la capacidad de conocer la que distingue a la especie humana de las otras y la que, a ojos vista, la ha puesto a la cabeza de la dirección de los asuntos de la Tierra.

Por paradójico que parezca, conocimiento e ignorancia son dos caras de un misma moneda. Pues si la capacidad por conocer es limitada, lo que hay que conocer no lo es. De ahí que el «hombre», por más conocimientos a los que se avenga, siempre será un ignorante. Y la ignorancia es el fundamento de la inseguridad. No es seguro pues pasar por ignorante y mucho menos entonces serlo. Así pues, el caos, que no es otra cosa que la incertidumbre perpetua, es el sino de la ignorancia, y el orden, que es el anhelo de la certeza de lo perpetuo, el sino del conocimiento.

Nos conviene pues el orden: el orden del conocimiento. Y orden significa —en esos términos— límites, fronteras, propiedad. De ciencia es entonces de lo que estamos hablando, de un mundo artificial²

¹ COASE, Ronald. «El Análisis Económico en Chicago». En *Thémis*, n.º 44, 2.ª época, 2002, p. 15. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

² Sobre el particular dice el filósofo de la ciencia Mario Bunge: «Mientras los animales inferiores sólo están en el mundo, el hombre trata de entenderlo; y, sobre la base de su inteligencia imperfecta pero perfectible del mundo, el hombre intenta enseñorearse de él [...]. En este proceso construye un mundo artificial: ese creciente cuerpo de ideas llamado ‘ciencia’, que puede caracterizarse como racional, sistemático, exacto, verificable y por consiguiente fálible. Por medio de la investigación científica, el hombre ha alcanzado una reconstrucción conceptual del mundo que es cada vez más amplia, profunda y exacta». Véase «¿Qué es la ciencia?». En BUNGE, Mario. *La ciencia, su método y su filosofía*. Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte, 1980, p. 9.

en el que las explicaciones racionales desvelan el misterio de los fenómenos.³ Gira el mundo sobre el eje del conocimiento. Da pues la ciencia existencia al mundo del que somos arte y parte, un mundo en cuyos linderos mora la nada, su enemiga mortal.

Es así el conocimiento el objeto de la ciencia, al cual esta se propone aprehender en su unidad. Un esfuerzo tal no es otro que una teoría general del conocimiento. Vasto como es este, y a pesar de lo limitado del esfuerzo humano, se perciben en su horizonte innúmeros paisajes, todos ellos de tan singular belleza que, sin perder de vista el todo del que forman parte, bien vale la pena visitar. El Derecho es uno de ellos.

Conocer el Derecho es entonces conocerlo en tanto ciencia,⁴ y dejar el turismo del fenómeno para los profanos y legos, esto es, para los ignorantes, que son legión. Si el Derecho como tal existe, si po-

³ La racionalidad del conocimiento científico es lo que lo distingue del conocimiento dogmático, cuya premisa es la fe. Ambos pretenden ordenar el mundo explicándolo en su afán de predictibilidad. Optamos aquí por el conocimiento científico porque los asertos que de él se derivan pueden ser verificados, a diferencia de los de la fe y, por tanto, si alguna verdad existe en el mundo, o mejor dicho, si algún conocimiento puede llamarse verdadero, el científico tiene las mayores probabilidades de lograrlo. Sobre este tema véase también: «¿Cuál es el método de la ciencia?». En BUNGE, Mario. *Op. cit.*, pp. 67-68.

⁴ Con frecuencia se señala que el Derecho no es una ciencia sino un arte. Sobre esta discusión resulta pertinente citar la opinión de Mario Bunge que, dicho sea de paso, es una plausible respuesta al epígrafe que abre el presente capítulo. «A menudo se sostiene que la medicina y otras ciencias aplicadas son artes antes que ciencias, en el sentido de que no pueden ser reducidas a la simple aplicación de un conjunto de reglas que pueden formularse todas explícitamente y que pueden elegirse sin que medie el juicio personal. Sin embargo, en este sentido la física y la matemática también son artes: ¿quién conoce recetas hechas y seguras para encontrar leyes de la naturaleza o para adivinar teoremas? Si arte significa una feliz conjunción de experiencia, destreza, imaginación, visión y habilidad para realizar inferencias de todo tipo no analítico, entonces no sólo son artes la medicina, la pesquisa criminal, la estrategia militar, la política y la publicidad, sino también toda otra disciplina. Por consiguiente, no se trata de si un campo dado de la actividad humana es un arte, sino si, además, es científico». *Ibidem*, pp. 61-62.

demos distinguirlo como árbol del frondoso bosque del conocimiento general, se debe a que tiene una vida propia —en el sentido histórico del término—, porque es especie única de ese género llamado *saber*.

Por ello, si toda ciencia tiene por condición un objeto de estudio, el Derecho —así entendido— también. Y el objeto del Derecho en tanto orden normativo y, por lo tanto, social, se funda precisamente en lo que sus primas hermanas, la moral y la religión (también sociales), no poseen: la coerción garantizada por el Estado que avala su cumplimiento como elemento distintivo de su ser.⁵ Una norma así exaltada es una norma jurídica y es esta entonces el objeto de su ciencia.⁶

Ninguna novedad en los reinos del conocimiento es recordar que hablar de Ciencia Jurídica es hablar de Hans Kelsen. Y para quienes no encontramos mejor modo de aprehender el Derecho que la Ciencia, o por lo menos aproximarnos a él desde una tradición científica, es Kelsen con su Teoría Pura del Derecho⁷ quien marca un hito defi-

⁵ «Las sanciones estatuidas por un orden jurídico son, a diferencia de las trascendentales, socialmente inmanentes y, a diferencia de las que consisten en la mera aprobación o desaprobación, son sanciones socialmente organizadas [...]. Que el derecho sea un orden coactivo quiere decir que sus normas estatuyen actos de coacción atribuibles a la comunidad jurídica. No significa que, en todos los casos, su ejecución involucre el empleo de la fuerza física. Ello sucede solamente cuando se opone resistencia a la ejecución, lo que normalmente no acaece». KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*, 3.^a reimpresión. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 47.

⁶ «En la evidente afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho es el derecho, se encuentra —menos evidentemente— incluida la afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas, y también la conducta humana, pero sólo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas como condición o efecto; en otras palabras, en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas». *Ibidem*, p. 81.

⁷ «La Teoría Pura del Derecho constituye una teoría sobre el derecho positivo [...]. Es una doctrina general sobre el derecho [...]. Ofrece, sin embargo, también una teoría de la interpretación. En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, a la pregunta de cómo el

nitivo entre lo que debe ser estudiado como Derecho y lo que, por no serlo, debe ser absolutamente ignorado porque no contribuye en nada a su conocimiento.

No pretendemos aquí reescribir con palabras menos afortunadas, por cierto, lo ya dicho por Kelsen en su momento. Sus aportes a la científicidad del Derecho deberían ser reconocidos y, sobre todo, conocidos por quienes de una forma u otra se aproximan a la problemática jurídica. De suyo va que no es exclusiva de la Ciencia la autoridad para abordar tal o cual materia. Tampoco pues al Derecho. Sin embargo, asumiendo como premisa que los avances demostrados por los hechos en el devenir histórico del género humano en materia de conocimiento solo son explicables por la apuesta a la Ciencia, no sería lógico ni mucho menos prudente desdeñar este punto de partida. Considerándolo así como el mejor para explicar el fenómeno jurídico, apostamos nosotros también por el puerto de salida y destino de la Ciencia. Tiene esta también su derecho a ser oída.

Eje de un Derecho así concebido es la problemática entre validez⁸ y valor.⁹ En tanto es la norma jurídica el objeto de la ciencia del

derecho debe ser o deba ser hecho. Es una ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica [...]. Doctrina pura [...]. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Éste es su principio fundamental en cuanto al método [...]. La jurisprudencia se ha confundido con la psicología, con la ética y la teoría política. Cuando la Teoría Pura del Derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a otras disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto». *Ibidem*, p. 15.

⁸ «Con el término ‘validez’ designamos la existencia específica de una norma [...]. Puesto que la validez de una norma no es algo real, corresponde distinguir su validez de su eficacia [...]. Que una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos. Una norma jurídica adquiere validez ya antes de ser eficaz; es decir, antes de ser obedecida y aplicada [...]; pero una norma jurídica deja de ser válida, cuando permanece sin eficacia duraderamente». *Ibidem*, pp. 23, 24 y 25.

⁹ En Derecho, una conducta es buena o mala no por corresponder a un concepto determinado, sino por corresponder a la norma jurídica que la

Derecho y este, a su vez, un proceso de creación de normas jurídicas,¹⁰ se hace patente la cuestión del fundamento de la obediencia de los hombres, que son sus tributarios. Por qué, pues, los individuos en abstracto y la sociedad en concreto estarían obligados a obedecer el mandato imperativo de las normas es la pregunta que la ciencia jurídica debe absolver. Y jurídicamente solo hay una respuesta posible. Porque las normas han sido producidas válidamente para un espacio, un tiempo, una materia y un sujeto de derecho. Así, pues, una norma es válida porque a su vez otra le otorga validez. De este modo, se construye un orden jurídico y se estructura en la teoría que lo aprehende la pirámide en cuyo vértice se encuentra la norma fundante¹¹

regula. Dice Kelsen: «La norma considerada objetivamente válida funciona como patrón valorativo del comportamiento fáctico [...]. Una norma, en cambio, no es ni verdadera ni falsa, sino sólo válida o inválida». *Ibidem*, pp. 30 y 33.

¹⁰ Mucho se ha criticado la teoría de Kelsen por no entender el Derecho como un fenómeno dinámico. Tales críticas no tienen razón de ser y demuestran, una vez más, la ignorancia sobre el positivismo jurídico. Dice Kelsen: «Depende de cómo se acentúe uno u otro elemento en esta alternativa: las normas que regulan la conducta humana, o la conducta humana regulada a través de las normas, que el conocimiento se oriente hacia las normas jurídicas producidas, aplicadas o acatadas mediante actos de conducta humana, o bien a determinados actos de producción, aplicación o acatamiento determinados por normas, pudiendo distinguirse entre una teoría estática y una teoría dinámica del derecho. La primera tiene como objeto el derecho como un sistema de normas con validez; la segunda, el proceso jurídico en el que el derecho se produce y se aplica». *Ibidem*, p. 83.

¹¹ «Sobre todo, corresponde tener presente que las acciones mediante las cuales se producen normas, sólo entran en consideración desde el punto de vista del conocimiento jurídico en la medida en que han sido determinadas por normas jurídicas; y que la norma fundante que constituye el último fundamento de la validez de esas normas, de manera alguna ha sido establecida por un acto de voluntad, sino que está presupuesta en el pensamiento jurídico». Sobre esa presuposición de la norma fundante, dice Kelsen también: «Como norma suprema tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior [...]. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como fundante básica (Grundnorm). [...] Esta

que, en tanto hipótesis científica, explica la subordinación de todas las normas de un sistema jurídico, y, por ende, su unidad. Así, de este modo se cumple el propósito de toda ciencia, que no es otro que el conocimiento expresado en su unidad.

Lógica consecuencia de esto es que cualquier acercamiento valorativo ajeno a la explicación científica del problema de la validez de las normas jurídicas está fuera de lugar, precisamente, por no ser jurídico. Que los hombres entiendan por válida una norma de derecho y la acaten porque está en consonancia con la ley de Dios, o con la moral universal (natural) o cultural es un conocimiento jurídicamente irrelevante.¹² Si lo fuera, no existiría una ciencia jurídica, y el Derecho sería una rama de estudio de la teología o la ética y, en los hechos, un fenómeno meramente instrumental sin independencia conceptual ni real de la eventual matriz valorativa que pretenda fundar su validez social.

No han sido objeciones teóricas importantes las que se han alzado contra la científicidad jurídica. Bien leída y mejor comprendida, la teoría propuesta para ese efecto por Kelsen da una respuesta contundente a la oposición de quienes, por genuina o interesada ignorancia, realizan una crítica pobre de sus asertos. El voto intelectual al positivismo jurídico y, por ende, la irrupción de todo tipo de superchería en el conocimiento de sus fenómenos es de otra índole. Tiene una raíz extralegal. Se funda en el hecho histórico de la Segunda Guerra Mundial y en las consecuencias políticas y sociales que de esta se derivaron en el siglo XX, y que se prolongan aun hasta nuestros días.

norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden». *Ibidem*, pp. 36 y 202.

¹² «Ahora como antes, una ciencia del derecho objetivo, que se limita a describir su objeto, enfrenta la tercera oposición de aquellos que, menoscambiando las fronteras entre ciencia y política, invocando ésta prescriben al derecho un determinado contenido; es decir, creen poder establecer el derecho justo y, así, el patrón axiológico para el derecho positivo. En especial, la renovada metafísica de la doctrina del derecho natural, es la que enfrenta con esta pretensión al positivismo jurídico». *Ibidem*, p. 14.

En efecto. Fue la aplicación mediante las leyes positivas de una concepción del mundo absolutamente primitiva y bárbara superada en el devenir histórico por la civilización occidental de la que somos parte, la que horrorizó, una vez terminada la guerra, a los vencedores y a la mayoría de los pueblos más avanzados de la Tierra que, como correspondía a quienes habían dejado siglos atrás esa misma barbarie, condenaron moral, política y judicialmente¹³ al régimen nazi que sumió a Europa y a sus pueblos en la oscuridad de los tiempos.

El problema que planteó el hecho de una barbarie sancionada por la ley, ajena aquella a los usos y costumbres imperantes en el mundo, produjo una reacción política de profundas consecuencias en los predios de la moral y el Derecho que, paradójicamente, significó para estas disciplinas del saber un retroceso en la aprehensión científica de su conocimiento. Volvieron así con las armas de los vencedores de la Segunda Guerra Mundial a aparecer en el escenario las viejas tesis metafísicas, muy discutibles, de la moral universal contra la moral convencional y cultural, y se levantó de sus ruinas filosóficas medievales el jusnaturalismo¹⁴ para oponerse a la racionalidad del positivismo jurídico.

¹³ Por paradójico que parezca, todo parece indicar que fueron las tesis blandidas por Kelsen en materia de Derecho Internacional Público a principios del siglo XX las que sirvieron de fundamento legal a los aliados para llevar a juicio a los jerarcas nazis al término de la guerra. En efecto, el juicio de Nuremberg de 1946 tiene su sostén jurídico en la Convención de Londres del 8 de agosto de 1945. Esta asume tácitamente que los dominios de validez personal y temporal del Derecho Internacional Público son ilimitados y, por tanto, que pueden aplicarse retroactivamente a los hechos considerados por los aliados como crímenes, hechos que en la Alemania nazi no fueron calificados de esta manera. Esto, también en función de la tesis de Kelsen de la construcción monista de la primacía del Derecho Internacional sobre el nacional. Véase: KELSEN, Hans. «Théorie du Droit International Public». En *Académie de Droit International. Recueil des cours de 1953*. La Haya, tomo 84 (III), 1953. Leyden: A. W. Sijthoff, 1955, pp. 62 y 95.

¹⁴ Véase: KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946.

Así, paradójicamente, con las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki que pusieron fin a la barbarie del eje Berlín-Roma-Tokio, salieron de sus mausoleos históricos para refundar el Derecho la voluntad legisladora de Dios, o si no se prefiere llegar tan lejos, de la naturaleza, como cimientos de la validez de todo derecho positivo. De suyo va que es bastante discutible que la juridicidad de una norma, y por ende, su validez, se funde fuera del orden jurídico mismo. Aun así, tal es la doctrina de los derechos naturales o fundamentales cuya versión más remozada y conocida es la doctrina de los derechos humanos.

Empezando por el hecho de que un pretendido orden natural querido por Dios como columna universal de validez de las leyes positivas sea tan debatible como la creencia en la existencia de Dios mismo y por ende de su «orden natural», o por el hecho de que la naturaleza —tal como la entendemos desde las riveras de las ciencias naturales— no está ordenada por leyes jurídicas sino físicas y que de las físicas no pueden deducirse bajo ningún argumento lógico las jurídicas,¹⁵ ya no decimos —en este último caso— la Ciencia, sino la cordura misma de todo pensamiento está mortalmente ofendida por la superchería.

No hay derecho fuera del Derecho. Esa es nuestra premisa fundamental y la que toda la obra de Kelsen demuestra como la mejor prueba posible contra los desvaríos de la mente en materia jurídica. Baste con mencionar el inmenso esfuerzo de la doctrina jusnaturalista

¹⁵ «Con la palabra ‘norma’ se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre deba comportarse de determinada manera [...]. [las normas] están dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros cuando, conforme a su sentido, proponen [ordenan] ese comportamiento; pero también cuando lo permiten y, muy especialmente, cuando se le otorga el poder de establecer él mismo normas. Se trata de actos volitivos [...]. Nadie puede negar que la afirmación de que ‘algo es’ —esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real— es esencialmente diferente del enunciado que dice que ‘algo debe producirse’, esto es: el enunciado con el cual se describe una norma: y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea». KELSEN, Hans. *Op. cit.*, pp. 18-20 y 89-96.

de los derechos humanos para positivizarse mediante tratados internacionales y códigos nacionales, como para dejar bien en claro que la obligatoriedad jurídica de cualquier doctrina filosófica o concepción del mundo pasa necesariamente por la ley, tal cual pasó también la barbarie racista de los nazis.

De este modo, se pone de manifiesto que no es el fin del contenido de las normas en sí el que valida o invalida un sistema jurídico, ni mucho menos la aprehensión científica del fenómeno legal mismo, así como tampoco resulta de la valoración del uso de la física nuclear la validez o invalidez de sus postulados científicos.

Llegados a este punto y puestas en su sitio las críticas tradicionales que allende el conocimiento científico de los fenómenos jurídicos no han escatimado esfuerzos en deslegitimarlos, hemos de dar cuenta de un renovado intento del jusnaturalismo por no perder su pretensión de decir la última palabra sobre el Derecho.

Ante el crepúsculo de la religión y la moral como fundamentos universales del mundo de los procesos normativos, entre los que se halla el Derecho, se alza hoy la Economía como su indiscutible sucesora. Tiene esta a su favor el sino de los tiempos modernos, el prisma del *quantum* iluminado por los medios de intercambio de bienes y servicios en tanto moderno eje sobre el que deben girar todas las relaciones humanas.

Así, relaciones humanas y relaciones económicas terminan siendo una y la misma cosa. Por ello se explica que naturaleza humana y naturaleza económica sean también iguales. *¡Ecce homo!* entonces, he ahí al hombre, el «verdadero» hombre que no puede ser otro que el homo económico. Así, es fácil llegar a confundir las leyes propias de la Economía con las de la «naturaleza humana» que, en tanto anteriores a cualquier orden normativo —al menos esa es la pretensión—, fundan su razón de ser. A la «luz» de este razonamiento, en el Derecho entonces la norma jurídica cobra sentido si y solo si refleja las leyes de la «eficiencia social» o de la «justicia social» de algún enfoque económico determinado. La conclusión es obvia. Ya no son las valoraciones religiosas o morales (por más valiosas que sean en el ámbito personal), «impresentables» en el mundo del conocimiento científico

de nuestros días, las que visan la validez de las normas de Derecho, sino la valoración económica la que cuestiona su existencia, esto es, en buen romance, su validez jurídica.

No está de más recordar que contra este jusnaturalismo económico se alzó Kelsen en su primera versión, que no es otra que la tesis marxista que considera al Derecho como un tinglado de relaciones económicas.¹⁶ Empero existe, aunque con la misma lógica del desacreditado marxismo de antaño, un segundo debut de la juseconomía. Esta vez se llama Análisis Económico del Derecho, «una colección de estampillas» de la que a continuación pasaremos a dar cuenta debida.

¹⁶ Véase: KELSEN, Hans. *The Communist Theorie of Law*. Nueva York: Frederick Praeger, 1955; y KELSEN, Hans. *Teoría comunista del Derecho y del Estado*. Buenos Aires: Emecé Editores, 1957.

Capítulo II

ESQUIZOFRENIA ECONÓMICA

*El opio hace dormir a los hombres
porque contiene un principio somnífero.*
Molière¹

Lamentablemente la esquizofrenia no es una enfermedad imaginaria aunque sí una enfermedad de la imaginación. Ello lo deja meridianamente claro nuestro colega y amigo Alfredo Bullard quien, en una interesante contribución al mundo del Derecho, ha desenmascarado este desvarío de la razón en un artículo que demuestra cómo las realidades jurídicas pueden deformarse a tal grado de supeditar su existencia a una alucinación determinada.

En efecto, en *Esquizofrenia jurídica. El impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú*, Bullard, con sutil maestría pedagógica, nos abre las puertas de un reino fantástico en el que la Economía se ha apoderado de la mente e interpreta el mundo a su guisa. El síntoma de esa esquizofrenia, como dice Bullard con impecable acierto, es la negación sistemática de cualquier realidad que se oponga a la «perfecta» «que sólo ellos [los esquizofrénicos] ven y que defienden como si fuera la única existente». ² Y no le falta razón al citado profesor, pues quienes no ven en todas las relaciones humanas más que transacciones económicas y hacen de todas —o casi todas— las disciplinas del saber objeto de estudio del toma y daca se deslizan por los síntomas de aquella enfermedad.

Llegados a este punto, es pues menester conocer un poco más acerca de aquella esquizofrenia y su impacto en la ciencia jurídica. Llámase Análisis Económico del Derecho,³ que pretendemos en las

¹ Citado por BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Esquizofrenia jurídica. El impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú». *Thémis*, n.º 44, 2.^a época, 2002, p. 19. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

² *Ibidem*, p. 18.

³ Para tener una buena aproximación a los orígenes históricos del Análisis Económico del Derecho y sus escuelas véase: GHERSI SILVA, Enrique. «Una

siguientes líneas analizar. No podemos empezar esta breve aproximación al Análisis Económico del Derecho sin dejar de decir que este forma parte de una esquizofrenia económica mayor, cuyo origen, como ya lo hemos señalado en el capítulo precedente, lo podemos encontrar en el marxismo decimonónico para el que la historia humana, y dentro de ella especialmente el Derecho, no es más que un tinglado de relaciones económicas que la explican y le dan el único sentido posible.

El Análisis Económico del Derecho es, de acuerdo con la literatura que lo describe, una visión de los fenómenos jurídicos desde el exclusivo prisma de la Economía, que es llamada por algunos la «reina de las ciencias sociales».⁴ Se trata, dice Bullard, «de una metodología o, más concretamente, de la aplicación del método económico para entender a las instituciones jurídicas».⁵ El objeto de tal análisis, según el citado profesor, no sería otro que el de predecir la conducta de los seres humanos en tanto y en cuanto ello fuera posible por medio del «método económico». Ahora bien, dado que para algunos «el derecho estudia la conducta humana»,⁶ se entiende por qué un análisis que

introducción al Análisis Económico del Derecho». *Advocatus*, n.º 7, 2002-II, pp. 147-53. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima

⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 20.

⁵ *Ibidem*, p. 20.

⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Análisis Económico del Derecho». *Iuris Dictio* año I, n.º 2, 1996, p. 96. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Lima. Todo parece indicar que Bullard adopta de este modo la controvertida tesis de la Teoría Egológica del Derecho (conocimiento del yo), del jurista argentino Carlos Cossío, que sostiene que el objeto de la ciencia del Derecho no es el conjunto de normas sino la conducta humana. Así, Cossío señala que «el derecho es una manifestación de conducta dentro de una interferencia intersubjetiva». La crítica más conocida a la tesis de Cossío es que «el alcance conceptual del término que denomina la teoría es en cierto modo circular» (EDITORIAL BIBLIOGRÁFICA ARGENTINA. *Encyclopedie Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1955, p. 104). Resultan curiosas entonces las coincidencias teóricas entre Bullard y Cossío, en tanto el primero es un crítico acérrimo de los pensamientos circulares como indicadores de

haga predecible tal conducta con una tendencia bastante aproximada sea el fundamento de validez del Derecho así concebido.

Cómo predecir, pues, qué conducta tendrán los hombres frente a las leyes, las sentencias, las decisiones administrativas o los contratos es la clave que pretende obsequiar el Análisis Económico del Derecho. La médula de este enfoque profético descansa en la afirmación de que los individuos reaccionan a incentivos determinados de una manera bastante predecible. De este modo, las profecías son menos difíciles de lo que parecen si es que los profetas adoptan la antigua sabiduría de Perogrullo de que los incentivos correctos alientan o desalientan conductas en función de un cálculo de costo y beneficio. De esta suerte y con el mundo sometido a los rigores de esta regla «económica», se advierte en realidad un desorden esquizofrénico de la conducta que lleva a algunos a ver solo lo que quieren ver.

Así, pues, el mundo real es reemplazado por un sueño de opio donde se duerme sabiendo a pie juntillas que el principio somnífero que alimenta el sueño está definido por tres elementos básicos, a saber: el comportamiento maximizador, el equilibrio del mercado y las preferencias estables,⁷ todos ellos parte de la misma alucinación esquizofrénica. Y no se ha podido describir mejor esta enfermedad

una patología esquizofrénica. Sobre esto dice Bullard: «En esta línea, los razonamientos jurídicos suelen ser una suerte de razonamientos sobrenaturales y circulares, porque usan conceptos creados para definir otros conceptos. En pocas palabras, solemos contener el elemento definido en la definición, porque los elementos en la realidad son escasos (o inexistentes) en el quehacer diario de los juristas» (BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Esquizofrenia jurídica...», p. 19). Nosotros discrepamos de Bullard y Cossío respecto de la idea que afirma que el Derecho estudia la conducta humana. Creemos, como dice Kelsen, que «el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas, y también la conducta humana, pero sólo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas como condición o efecto, en otras palabras, en cuanto la conducta humana es contenido de normas jurídicas» (KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*, 3.^a reimpresión. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 83).

⁷ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Esquizofrenia jurídica...», p. 20. Véase también BECKER, Gary. «El enfoque económico del comportamiento humano». *Información Comercial Española*, n.^o 557, enero de 1980.

mental que cuando se señala que «si uno entiende que los beneficios y costos no son sólo elementos expresables en términos monetarios, sino en general todo elemento positivo o negativo que alguien recibe o sufre (como el placer o el sufrimiento, la comodidad o la incomodidad) podrá ampliar el campo de la economía, a virtualmente toda forma de conducta humana».⁸

Pero la esquizofrenia económica encarnada por el Análisis Económico del Derecho no ha pasado desapercibida solo en el Perú. También desde la vieja Europa —más precisamente desde Viena, convertida en el ícono de los avances más importantes en las ciencias de la Psiquiatría moderna, de la Economía y del Derecho— llueven los diagnósticos en ese sentido. Así parece confirmarlo la crítica austriaca al Análisis Económico del Derecho del profesor F. A. Hayek y sus seguidores, quienes no hacen sino demostrar que «el mejor de los mundos posibles» que sirve de punto de partida al modelo del análisis en cuestión solo puede ser posible en realidad en el fantástico mundo de los *elefantes rosados* y los *chanchos voladores*.

En efecto, el análisis costo-beneficio aplicado al Derecho en el marco de un mundo signado por el comportamiento maximizador, el equilibrio del mercado y las preferencias estables, tiene por fin la eficiencia social de la que, a su vez, la eficiencia de las decisiones jurídicas forma parte. Así, pues, la eficiencia social sería el objeto central del Análisis Económico del Derecho.⁹ De este modo, un Derecho eficiente es aquel al servicio de la maximización de la riqueza social, que es, dicho sea de paso, el objeto mismo de la Economía. De lo que se trata entonces para el Análisis Económico del Derecho es de buscar que las instituciones jurídicas trabajen en función de un

⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁹ KRECKE, Elisabeth. «El Derecho y el orden del mercado: una crítica austriaca al Análisis Económico del Derecho». *Thémis*, n.º 38, 2.ª época, 1988, p. 242. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

«estado social óptimo»¹⁰ que el análisis tiene como modelo.¹¹ Fácil es advertir aquí que el «estado social óptimo» no es más que un concepto quimérico en el que, «no hay nada real [...] es un mirar al vacío en el que se mueven visiones inexistentes e imperceptibles para los demás, conformadas por una serie de conceptos que encuentran y confirman su consistencia sólo consigo mismos».¹²

El asunto es, pues, que un Derecho eficiente en términos económicos debe necesariamente tener como punto de partida del análisis que oriente sus decisiones un «estado social óptimo» donde, paradójicamente, el Derecho mismo no está contemplado, lo que es manifiestamente un absurdo.¹³ Pues si el Derecho no es considerado más que como un operador armado de la Economía en busca de la eficiencia social, esto es, como un instrumento alternativo al mercado cuando este no existe o es deficiente, ya se podrá adivinar cuán útil resulta el Derecho si se asume como premisa que tiene que ordenar en función de un mundo perfecto donde lo jurídico no tiene ninguna razón de ser porque no hay nada que ordenar. En síntesis: el Derecho mismo no está incluido en la premisa del análisis que le sirve de base.¹⁴

¹⁰ Básicamente, «en un contexto de costos de transacción positivos donde las externalidades, los conflictos en el uso de los recursos asignados, los accidentes, los delitos, las divergencias contractuales» no existen. *Ibidem*, p. 245.

¹¹ «Las normas legales se interpretan como esfuerzos conscientes o inconscientes de los jueces para maximizar la riqueza social. Más aún, la ‘maximización de la riqueza’ es planteada como un principio normativo, como un objetivo ético útil para orientar el razonamiento jurídico [...].» *Ibidem*, p. 243.

¹² BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Esquizofrenia jurídica...», pp. 17 y 18.

¹³ «Mientras que el Derecho que se describe en los modelos formales del Análisis Económico del Derecho no puede existir en el mundo en que vivimos, sino sólo en el mundo imaginario del equilibrio general en el que paradójicamente no es necesario, se puede decir que la razón de la aparición del Derecho tal como lo conocemos se debe al carácter subóptimo del mundo real». KRECKE, Elisabeth. *Op. cit.*, p. 246.

¹⁴ «En este contexto, el Derecho se vuelve banal, la coexistencia del equilibrio general y el Derecho parece ser una contradicción en los términos». *Ibidem*, p. 244.

Pero el diagnóstico austriaco de esta esquizofrenia va mucho más allá. Pues la sola existencia de aquel «mejor de los mundos posibles» se sostiene, como en las supercherías mitológicas de la antigüedad, sobre los brazos de Atlas, tan reales como el coloso mismo. En efecto, cualquier «estado social óptimo» se funda —por necesidad lógica— en la omnisciencia de sus ciudadanos y en el equilibrio perfecto que la hace posible. Así, para empezar, una utopía en donde todos los recursos disponibles estén eficientemente asignados supone un estado que excluye el hecho de la imperfección en el conocimiento humano. No de otro modo podría ser posible que los individuos sepan a ciencia cierta y estén en capacidad de decidir exactamente dónde asignar un recurso determinado para que esta asignación sea «eficiente». De más está decir que esta omnisciencia tiene como premisa el equilibrio del mundo en general y del mercado en particular pues, como bien señalan los austriacos, para conocerlo todo es necesario que todo esté en un estado de coordinación perfecta en relación con los intereses individuales existentes.¹⁵

Por ello, ya llevadas estas alucinaciones al Derecho, requiere también este el conocimiento pleno por los operadores jurídicos de todas y cada una de las variables que lleven a decidir en favor del costo mínimo y el mayor beneficio social. Así, pues, el Derecho del Análisis Económico divaga en las fantasías de la omnisciencia y el equilibrio perfecto de los intereses particulares, o mejor dicho, hace del individuo Dios y del mundo un paraíso, donde el Derecho no tiene sentido porque no existe ningún problema al cual dar solución. Sin duda, a esto se refieren algunos colegas cuando hacen alusión a ese paraíso especial del Derecho soñado por Ihering «[...] en el que se encontraba uno, frente a frente, con numerosos conceptos [...] en su absoluta pureza, libres de la contaminación de la vida humana».¹⁶ Pues la

¹⁵ «En un marco de omnisciencia, el ‘Derecho eficiente’, en el sentido de la minimización de costos sociales, puede efectivamente cumplir su función de asignación de recursos, porque la eficiencia en la asignación se logra instantáneamente si los actores individuales tienen pleno conocimiento de datos como el costo y el beneficio social». *Ibidem*, p. 244.

¹⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Esquizofrenia jurídica...», p. 17.

necesidad del Derecho se funda no en los paraísos esquizofrénicos de los «estados socialmente óptimos», sino en el mundo real donde lo único «óptimo» es el sueño de opio.

No siempre fue, sin embargo, el Análisis Económico del Derecho una patología esquizofrénica. Es más, sus inicios demuestran una cordura difícil de negar que, lamentablemente, el fanatismo de sus seguidores transtornó por completo. En efecto, cuando en 1960 el economista Ronald Coase dio a luz su brillante ensayo *El problema del costo social*,¹⁷ jamás imaginó que el innegable aporte a la teoría económica por él propuesta convertiríase más tarde en un desvarío de pretensiones absolutistas con la Economía por tirana de todas las Ciencias Sociales en un mundo pesado y medido exclusivamente con sus parámetros. «Para mí —dice Coase—, *El problema del costo social* fue un ensayo de Economía. Estaba dirigido a economistas. Quise mejorar nuestro análisis del sistema económico».¹⁸ Y así fue sin duda. Coase marcó con su ensayo una frontera entre el tradicional análisis económico, en el que se daba por supuesto que las transacciones realizadas por los seres humanos en el mercado no tienen costo alguno,¹⁹ y el moderno, en el que demostró que sí lo tienen. Así, pues, bajo este decisivo descubrimiento, cualquier aplicación práctica del análisis económico tradicional quedaba convertida en un error porque partía de una premisa falsa. Y no solo eso. Coase puso en ridículo al análisis económico tradicional al descubrir, para sorpresa de sus apólogos, que en un mundo en donde las transacciones de mercado no costaran nada, los recursos serían maximizados de tal forma por los agentes del mercado que no se necesitaría de la intervención

¹⁷ COASE, Ronald. «The Problem of Social Cost». *Journal of Law and Economics*, n.º 3, 1960.

¹⁸ COASE, Ronald. «El Análisis Económico en Chicago». *Thémis*, n.º 44, 2.ª época, 2002, p. 14.. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

¹⁹ Este es el enfoque del economista Pigou.

estatal exigida por la Economía tradicional para lograr, precisamente, esa maximización con miras al bienestar general.²⁰

Pues bien, hasta aquí la Economía pura y simple. Entra el Derecho en la escena de *El problema del costo social* cuando se entiende que en el mercado no se realizan otras transacciones más que las de derechos de propiedad. En simple: en el mercado los agentes negocian siempre derechos sobre las cosas. Y los derechos son establecidos, regulados, modificados y extinguidos por un orden jurídico. De ahí se deriva que, mientras mayores sean los costos jurídicos de las transacciones sobre derechos, mientras mayores las calificaciones legales para acceder a ellos, menores serán las posibilidades de llegar a una eficiente asignación de los recursos por el mercado por medio de su maximización.

En este contexto, no es difícil concluir, según una interpretación razonable de la tesis de Coase, que el problema del costo social no es en última instancia un problema económico, sino uno de naturaleza exclusivamente jurídica. Es, pues, el Derecho el que gobierna la Economía y no viceversa. He ahí el gran descubrimiento de Coase. Por lo demás, lo sugiere él mismo cuando sostiene que «con *El problema del costo social* no tuve la intención de contribuir con la doctrina legal. Hice referencia a casos legales porque me proporcionaron ejemplos de situaciones reales, en contraste con los imaginarios comúnmente usados por los economistas en su análisis [...] hice algo más. Señalé cómo muchos jueces, en sus opiniones, con frecuencia demostraban un mayor entendimiento del problema económico que muchos economistas [...]. No lo hice para alabar a los jueces, sino para avergonzar a los economistas».²¹

²⁰ «*El problema del costo social* demostró que en un régimen sin costos de transacción (como se asume en la economía estándar) las negociaciones siempre nos llevarían a una solución que maximice los recursos. En consecuencia, el tipo de actividad gubernamental que los economistas creían requerida era totalmente innecesaria dadas las presunciones de su sistema analítico. Por supuesto, todo se hizo para demostrar la vacuidad del sistema analítico Pigoviano». COASE, Ronald. *Op. cit.*, p. 15.

²¹ *Ibidem*, p. 14.

Es comprensible pues el *shock* traumático sufrido por quienes tenían a la Economía por «reina de las ciencias sociales» ante la pavorosa perspectiva de que el Derecho, esa «presunción de ciencia que ni siquiera ha sido adoptada con coherencia»,²² terminase convertida en el eje central del problema económico. De ahí proviene sin duda la esquizofrenia. Y como bien afirman quienes profesan el Análisis Económico del Derecho en el Perú, «nada asusta más al esquizofrénico que la realidad [...]. La realidad entra de inmediato en contradicción con su visión, con sus alucinaciones. [...] La realidad atormenta al esquizofrénico».²³ Y qué mayor tormento que descubrir de pronto que la realidad del pensamiento económico y las soluciones que sus problemas exigen dependen, según las tesis de Coase, casi exclusivamente del Derecho, cuyo objeto de estudio (la norma jurídica y su validez en un sistema legal) nada tiene que ver con el objeto de la Economía.²⁴

Fácil es predecir lo que viene después en la mente de los que no pueden soportar que la solución de los problemas económicos no esté en manos de su ciencia sino de otra. Solo en ese momento crucial se hace entendible el desvarío de que el Derecho termine convertido —por arte de birlibirloque— en una sucursal de la ciencia económica biseccionada por su análisis. Esa es, pues, la razón psicológica de la economización del Derecho. Esa la razón del Análisis Económico del Derecho que no fue obra de Coase, hombre cuerdo, sino de Richard Posner, que a decir de Coase, «tomó lo que dije y fue más allá. Yo nunca intenté seguirlo. Por una razón: él va mucho más rápido que yo. Además avanza en una dirección algo distinta. Mi interés se encuentra básicamente en el sistema económico, mientras el suyo está en el sistema legal»,²⁵ un sistema legal hecho a la medida de una alucinación total.

²² BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Esquizofrenia jurídica...», p. 19.

²³ *Ibidem*, p. 18.

²⁴ Nótese que, grosso modo, esta es la tesis reciclada por Hernando de Soto cuarenta años después en su *best seller* *El misterio del capital*.

²⁵ COASE, Ronald. *Op. cit.*, p. 14.

Capítulo III

EL PRECIO DE LA JUSTICIA

—*Nos han puesto en ridículo*—le dijo. *Guardó silencio y luego, con voz firme, sin temor alguno al precio que pudieran exigirle, añadió: Si queremos justicia, deberemos arrodillarnos ante Don Corleone.*

Enterrador Amerigo Bonasera a su mujer, decepcionado por el fallo de un tribunal americano.¹

La demanda de justicia no es independiente de su precio.

Richard Posner²

El gran problema de aquellos que se aventuran al turismo jurídico es que, como todos los turistas de este mundo, poco o nada llegan a saber sobre el paisaje que tienen al frente. Por ello, a través de las gafas de sol y de acuerdo con el precio pagado por su aventura, se maravillarán fabulando un paraíso si las monedas no han sido muchas o se resentirán despotricando contra el infierno que les vació el bolsillo. Sea como fuere, en ninguno de los casos la realidad habrá triunfado para el conocimiento humano. Evidentemente, ese es el problema del Análisis Económico del Derecho, justamente en el campo que pretende analizar, porque no entiende en absoluto lo que el Derecho es y lo confunde, absolutamente también, con lo que el Derecho *debe* ser según el objeto de la ciencia económica. Por lo menos, ese es el caso de Richard Posner.

En efecto, para Posner «la teoría [económica] es que el derecho común se explica mejor [...] como un sistema para maximizar la riqueza de la sociedad».³ En ese sentido, infiere Posner que «muchas de las doctrinas y las instituciones del sistema legal se entienden y explican mejor como esfuerzos para promover la asignación eficiente de recursos».⁴ Visto así el Derecho, este no debería ser otra cosa que una

¹ PUZO, Mario. *El Padrino*. Madrid: Suma de Letras, 2002, p. 17.

² POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 33.

³ *Ibidem*, p. 29.

⁴ *Ibidem*, p. 28.

herramienta económica,⁵ pero asimismo, en tanto se ofrece y demanda en un mercado, el de la justicia, también —y sobre todo— debería ser un recurso más para ser asignado eficientemente.

En este último contexto, queda claro cuál será la mejor, sino la única fórmula para que el Derecho alcance —en tanto recurso— un estándar económico de eficiencia. «Los recursos —dice Posner— tienden a dirigirse hacia sus usos más valiosos si se permite un intercambio voluntario».⁶ Es pues el mercado, o mejor dicho el mercado libre, el marco de un Derecho asignado con eficiencia, porque justamente en ese escenario los recursos alcanzan su valor más alto. Esto es así pues según el enfoque económico base del análisis, «el hombre es un maximizador racional de sus fines en la vida»⁷ y elegirá siempre, si le dejan hacerlo, lo que mejor convenga a sus intereses. Estos intereses consisten en, invariablemente, sacar el mayor provecho posible al menor costo para él, en un mundo donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas.

Por esta razón, en una realidad signada por la escasez, esta le impone un precio a todo recurso, o lo que es lo mismo, le cuesta a alguien obtenerlo para ofrecerlo y a otro obtenerlo para satisfacerse. De tal modo que, medidos por la disposición de los agentes económicos de pagar en un proceso de intercambio voluntario, los recursos adquirirán el mejor de los usos posibles para la economía y, por tanto, la mayor eficiencia económica. De suyo va que no sucede lo mismo con el monopolio, enemigo mortal de la eficiencia. El asunto que los economistas dan por hecho pero que nunca explican con claridad es que, en principio, la escasez les costará menos a los consumidores, esto es, a la sociedad, si se ve satisfecha por varios en competencia que por

⁵ Aquí está presente uno de los pensamientos circulares sobre los que tanto protestan algunos (véase la nota 6 del capítulo II), porque Posner afirma también que «la economía es una herramienta poderosa para analizar un vasto conjunto de cuestiones legales». *Ibidem*, p. 11. No queda claro, pues, si es el Derecho una herramienta de la Economía o la Economía una herramienta para analizar el Derecho.

⁶ *Ibidem*, p. 18.

⁷ *Ibidem*, p. 11.

uno solo eximido de todo competidor. Así, un recurso monopolizado en el mercado «monopolizará» también el dinero que se paga por él, porque su precio será mayor que el que sería si este fuera competitivo,⁸ e impedirá, también, que la diferencia que no se hubiera pagado por el recurso monopolizado se destine a la adquisición de otro recurso escaso. De este modo los recursos (y el dinero es un recurso escaso)⁹ no se están asignando a su uso más valioso que es, precisamente, paliar en la mayor medida posible la escasez.

Los orígenes de una teoría nos revelan siempre su interés. La del Análisis Económico del Derecho fue el monopolio. «Hasta hace unos 30 años —afirma Posner— el análisis económico del derecho era casi sinónimo del análisis económico del derecho contra los monopolios [...]. Sin embargo, el sello distintivo del «nuevo» derecho y economía —el derecho y economía que surgen en los últimos 30 años— es la aplicación de la economía al sistema legal por todas partes».¹⁰ Así, concluye Posner que «la teoría económica del derecho es la teoría positiva del derecho más prometedora que existe».¹¹ En honor a la ver-

⁸ Un precio es monopólico «porque es el precio que cobraría una empresa que no tenga competencia ni tema tenerla. La competencia haría insostenible el precio». *Ibidem*, p. 261.

⁹ Aunque para Posner «el dinero es sólo un derecho sobre los recursos» (*Ibidem*, p. 14) y, por tanto, no es un recurso, para nosotros queda claro que el dinero es en sí mismo un recurso que tiene un valor de mercado como, dicho sea de paso, cualquier derecho que se negocia en él. Parecería ser este otro pensamiento circular de la Economía. Por otro lado, Posner afirma que es «una de las falacias más tenaces sobre la economía que ésta se ocupa del dinero. Por el contrario, se ocupa del uso de los recursos» (*Ibidem*, p. 14). No vemos por qué tendría que ser esto una falacia, habida cuenta de que la «nueva» Economía se ocupa del Derecho y, según Posner, el dinero es un derecho sobre los recursos.

¹⁰ *Ibidem*, p. 27.

¹¹ *Ibidem*, p. 31. Veamos algunas de las «promesas» de esta teoría positiva del «nuevo» Derecho: Primero. Desde el mismo momento en que la «teoría» explica al Derecho por medio de la economía, no puede ser una teoría positiva del Derecho en el sentido científico del término, esto es, que el fenómeno jurídico no dependa de explicaciones ajenas a su propia problemática. Ello solo es posible mediante la delimitación del objeto del conocimiento del De-

dad, mucho tememos por Posner que ello no sea así, por la razón tan simple de que no se puede analizar lo que no se conoce. Y Posner parece ignorar de una forma flagrante que el precio social del Derecho y de la justicia contenida en sus normas es —nada más y nada menos— el monopolio que él pretende combatir por medio de su análisis económico.

En efecto, hablar de Derecho no es otra cosa que hablar de un monopolio de la fuerza en favor de una comunidad determinada.¹² Este monopolio hace reconocible al Derecho de lo que no lo es. En este sentido afirmaba Kelsen la imposibilidad de que una comunidad se mantenga o siquiera exista si cada uno de sus miembros no respeta por lo menos algunos intereses de los otros comunitarios. De este modo, la abstención de intervenir en las esferas de interés de cada cual es clave para una convivencia pacífica en comunidad. Mediante el Derecho, entonces, los hombres son obligados a respetar las esferas de interés individuales que se puedan manifestar. Así, el Derecho consigue su fin social, que no es otro que mantener la paz con la paradoja de intervenir en la esfera de interés de aquel que no ha res-

recho frente a otras disciplinas. Segundo. Dice Posner, afirmando la primacía de su «teoría positiva» del Derecho, que «los antropólogos, sociólogos y otros científicos sociales que no son economistas también elaboran análisis positivos del sistema legal, pero su trabajo tiene un contenido teórico o empírico insuficiente para generar una competencia seria frente a los economistas. (Retamos al lector a que presente pruebas que contradigan este juicio presuntuoso, totalizador o quizás mal informado)» (*Ibidem*, p. 31). Aquí lo curioso es que, según Posner, todos pueden hacer un «análisis positivo» del sistema legal, menos los juristas a los que, por lo visto, Posner no les reconoce ninguna ciencia y, por tanto, ninguna competencia para explicar en una teoría jurídica su propia disciplina. Habría que preguntarse si Richard Posner habrá leído a Hans Kelsen para sentenciar tan expeditivamente la *capiti diminutio* del Derecho para analizarse a sí mismo. Suponemos que no, puesto que en su bibliografía, Kelsen no aparece ni como *souvenir*. ¿Hasta qué punto pues se puede pontificar sobre el Derecho si no se conoce siquiera una de sus teorías científicas más acabadas y difundidas?

¹² Véase: KELSEN, Hans. «Théorie du Droit International Public». En *Académie de Droit International. Recueil des cours de 1953*. La Haya. Tomo 84 (III), 1953. Leyden : A. W. Sijthoff, 1955, p. 24.

petado la de otro protegida por el Derecho. Este es el sentido de la sanción jurídica, la técnica social propia del Derecho, al decir de Kelsen, independientemente de que esta sea utilizada con fines ideológicos retributivos (ojo por ojo y diente por diente) o preventivos (disuadir de realizar una conducta determinada considerada nociva por el Derecho).

De este modo, la paz social queda garantizada en la medida en que el Derecho reserve el uso de la fuerza a la comunidad y establezca las condiciones de su uso. Así, el Derecho estatuye que solo algunos individuos, actuando en tanto órganos de la comunidad, estén autorizados para intervenir por la fuerza en la esfera de interés de aquellos hombres sujetos a un orden jurídico. Y esto sucede porque, para que toda intervención que no sea la del Derecho esté prohibida en la esfera de interés de un individuo, tiene el Derecho que determinar las condiciones dentro de las cuales sí está permitido intervenir en dichas esferas. Por ello, para protegerlas es necesario que el uso de la fuerza para intervenir en la vida, la libertad, la propiedad y cualquier otro bien que detente el individuo se transforme en un monopolio de la comunidad. De otro modo, si el orden social no estableciera este monopolio, no se podría proteger la esfera de interés de ninguno de sus miembros y entonces no podríamos hablar de un orden jurídico, pues sería imposible instaurar ningún estado de paz. El monopolio de la fuerza en beneficio de la comunidad jurídica es, pues, el costo social que los hombres tienen que pagar por la paz.¹³

Cuando estamos, entonces, frente a un monopolio de la fuerza en favor de una comunidad, estamos inequívocamente en presencia de un orden jurídico. Tal orden, de acuerdo con su grado de evolución, puede ser —a su vez— centralizado o descentralizado.

Se entiende que un orden jurídico es descentralizado, esto es, que el procedimiento de producción general de Derecho lo es,¹⁴ cuando

¹³ *Ibidem*, pp. 26-27.

¹⁴ Sobre este particular dice Kelsen que: «Corresponde advertir que, en este sentido dinámico, no sólo puede ser centralizada o descentralizada la producción de normas jurídicas, sino también su aplicación; más aún: pueden serlo todas las funciones estatuidas por un orden jurídico, es decir, que pue-

«las normas jurídicas generales no son producidas por un órgano legislativo central, sino que lo son consuetudinariamente».¹⁵ Por el contrario, siempre que estemos en presencia de un orden jurídico estatal, tendremos un monopolio de la fuerza centralizado en favor de la comunidad jurídica. Así, el Estado es la forma más acabada y eficiente de un tal monopolio en la medida en que tiene «el carácter de una organización en el sentido estricto y específico de esa palabra, es decir: tiene que instaurar órganos que funcionan con división del trabajo, para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen».¹⁶

Así, pues, a diferencia de los órdenes jurídicos descentralizados cuyo sino es la *vendetta* —con las frágiles consecuencias para la paz que de esta se siguen—, la división del trabajo que caracteriza a un Derecho centralizado ha demostrado cuán superior es en términos de eficiencia cuando se trata de mantener —mediante un monopolio de la fuerza— la paz social.¹⁷ La historia no ha podido mostrar otro orden jurídico más perfecto que el de aquel monopolio centralizado de la fuerza en beneficio de la comunidad llamado Estado. Y su perfección radica, precisamente, en su eficiencia en tanto derecho.¹⁸

den ser desempeñadas por un órgano único, o por una multiplicidad de órganos». KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, 3.^a reimpresión. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 319.

¹⁵ *Ibidem*, p. 291.

¹⁶ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁷ Aclara Kelsen que: «La centralización en sentido dinámico alcanza su grado supremo cuando todas las funciones tienen que ser desempeñadas por un único órgano y, en especial, cuando todas las normas de un orden jurídico, tanto las generales como las individuales, son producidas y aplicadas por un mismo individuo. La descentralización, en sentido dinámico, alcanza su grado máximo cuando todas las funciones son desempeñadas por todos los individuos sujetos al orden jurídico. Se trata, en ambos casos, de situaciones límites, que no se presentan en la realidad social. Nunca pueden todos desempeñar las funciones estatuidas por un orden jurídico, ni nunca pueden ser desempeñadas por un único individuo». *Ibidem*, p. 391.

¹⁸ «Si se reconoce que el Estado, como orden de la conducta humana, es un orden coactivo relativamente centralizado, y que el Estado, como persona jurídica, es la personificación de ese orden coactivo, el dualismo entre Esta-

Perfilanse ya a estas alturas varias preguntas clave desde la óptica del Análisis Económico o de la teoría económica del Derecho suscrita por Posner, en la que el hombre es un consumidor que trata siempre de maximizar su utilidad. ¿Puede el Derecho como recurso en el mercado de la justicia (o del orden social) ser más eficiente de lo que es como monopolio? ¿Es posible que el recurso Derecho se dirija a su uso más valioso si se permite su intercambio voluntario? ¿Mejorará el precio individual y social que los consumidores pagan por el recurso Derecho si queda sometido a la ley de la oferta y la demanda? Y, finalmente, de acuerdo con las respuestas obtenidas, ¿es válido concebir al Derecho en términos económicos?

Para cualquiera queda claro que el Derecho, entendido como un orden jurídico al cual están sometidos los miembros de una comunidad que en tanto tal monopoliza la coacción, es la técnica social más eficiente para la prevención y solución de conflictos. Más incluso que los acuerdos voluntarios o contratos porque, precisamente, no son estos los que en ninguna realidad social conocida garantizan de tal forma la paz social que se haya podido prescindir del Derecho. Más bien, debido al Derecho la validez y ejecución de los contratos quedan garantizadas por la fuerza monopólica de la comunidad.¹⁹

do y derecho se disuelve en una de esas duplicaciones surgidas cuando el conocimiento hipostasía la unidad que constituye su objeto». *Ibidem, loc. cit.*

¹⁹ Como se puede apreciar, nosotros no compartimos la tesis del «contrato social» cuya función sería la de fundar el Derecho y, por tanto, ser anterior a él. Sobre el «contrato social» resulta pertinente el punto de vista del positivismo jurídico de Kelsen, a saber: «Según esta teoría los hombres son, en estado de naturaleza, libres e iguales. El estado o el orden jurídico nace por el hecho de que los hombres libres e iguales se ponen de acuerdo para constituir un orden social que regule su conducta recíproca. Cada hombre restringe voluntariamente su libertad en el interés de todos los otros, a condición de que éstos restrinjan la suya de la misma manera. Esto es lo que se llama contrato social, pero un tal contrato jamás ha existido. Un orden social no es el resultado de un contrato concluido por individuos deseosos de estar sujetos a un tal orden. Es el resultado de la fuerza y de la costumbre. El hombre no está sometido al orden social porque él lo haya aceptado [...]. El hombre nace en el seno de una comunidad y desde su nacimiento está

Es más: el hombre maximizador de la teoría económica de Posner hace posible y necesaria la existencia del Derecho como monopolio de la fuerza porque, en su afán de maximizar su provecho, inevitablemente colisionará su interés propio con el de otros, y hará por lo tanto de los acuerdos una quimera. Así, pues, no puede haber paz social con un hombre maximizador. De ahí se deriva que, puesto a elegir el hombre entre el Derecho y los contratos privados como garantía última de su seguridad, el hombre parece preferir siempre al leviatán, que no es otro que el monopolio de la fuerza en beneficio de la comunidad.

Que el Derecho concebido como un recurso se dirija a su uso más valioso y por tanto alcance el estándar de eficiencia económica al que aspira Posner significa, en principio, que el consumidor debería tener la libertad, esto es, el derecho de elegir —en tanto maximizador racional— el orden jurídico que más le conviene. Porque de eso se trata el intercambio voluntario: de un mercado del Derecho en el que cada cual adquiere el producto que satisface mejor sus expectativas. Puesto así a competir por el favor de los consumidores, el recurso Derecho mejoraría el nivel de su eficiencia social. ¿Pero es esto posible o es pura teoría que, al no ser corroborada por la realidad, deviene en simple utopía?

Ninguna realidad ha corroborado jamás la hipótesis de varios órdenes jurídicos compitiendo entre sí en «calidad y precio» por el favor

sometido al orden social que constituye esta comunidad. La teoría del contrato social es pues una ficción que no tiene por fin explicar el origen del estado o del orden jurídico nacional, sino de justificar su existencia [...]. Esta justificación presupone que la igualdad y la libertad son valores absolutos. Si los hombres son por naturaleza libres e iguales, no pueden estar sometidos más que a un orden social fundado por su consentimiento, es decir, establecido por un contrato concluido voluntariamente por aquellos que deben someterse. De hecho los hombres no son por naturaleza ni libres ni iguales, y así lo fuesen, están obligados, sin su consentimiento, por el derecho, a conducirse de una manera determinada». KELSEN, Hans. «Théorie du Droit International Public», pp. 102-103 (la traducción del francés original es nuestra).

de los consumidores del Derecho en cualquier rincón de la Tierra.²⁰ Y aquellos intentos que podrían asemejarse a algo parecido, como el de aquellos órdenes jurídicos que usan como estrategia de *marketing* la de declararse competentes para conocer cualquier conflicto de intereses que ataña a los así llamados *derechos humanos* entre cualesquiera de los hombres del planeta, no importa el tiempo ni el lugar donde el conflicto se haya producido, no hacen más que demostrar cuán peligroso es para la paz —ya no decimos social, sino internacional— que un consumidor le imponga a otro arbitrariamente su elección de Derecho. Pues de eso se trata aquí si no existe aquel monopolio de la fuerza en favor de una comunidad (internacional) que obligue a los consumidores a someterse a una jurisdicción determinada.²¹

Sí existe, ha existido y existirá, por el contrario, una competencia real al monopolio comunitario de la fuerza en materia de justicia que, por serlo, ha sido, es y será por ello siempre ilegal. Es el caso de la «justicia» clandestina de las organizaciones secretas, la más conocida de estas, la del crimen organizado. No es ninguna novedad histórica que las bandas de ladrones y asesinos tengan sus propios parámetros de justicia y que operen según sus propias «leyes», leyes que no solo tienen que ser obedecidas por sus integrantes, sino también —y por medio de la violencia que se distingue de la coacción del monopolio comunitario— por quienes ellos elijan como destinatarios finales de su «justicia». Y a estos efectos, la de la mafia, qué duda cabe, es un

²⁰ El arbitraje no es un ejemplo. La razón es que todo arbitraje, para ser válido, es decir, jurídicamente relevante, tiene que estar autorizado por un sistema jurídico determinado. Y esto, ya sea explícita o tácitamente. En tal medida, no constituye ninguna competencia a ese sistema jurídico.

²¹ Un ejemplo del caos que podría generar una jurisdicción competitiva en el mercado de la justicia fue el caso del arresto en Londres del ex presidente de Chile Augusto Pinochet en 1999, a pedido del juez español Baltazar Garzón, por una querella presentada en Madrid por unos supuestos crímenes de lesa humanidad cometidos en Chile y de los cuales se lo hacía responsable. El conflicto diplomático que este arresto generó entre Londres, Santiago y Madrid no hace sino demostrar lo caro que es para las relaciones pacíficas entre los Estados y sus pueblos el mercado de la «justicia competitiva» a la libre elección del consumidor.

imán incomparablemente competitivo para quienes saben que no pueden ganar ante los tribunales, o los que no obtienen allí lo que a ellos se les figura lo «justo» para sus intereses.

Así, pues, en la «administración de justicia» del crimen organizado el demandante, por lo general, nunca perderá un caso si es que ha cumplido con sus obligaciones para con «El Padrino» y su organización. Aquí se hace realidad en toda su plenitud aquello de que «el cliente siempre tiene la razón». El proceso judicial es incomparablemente económico. En primer lugar, no hay necesidad de abogados, un costo social bastante considerable es eliminado rápidamente. Tampoco se requiere en principio la presencia del demandado, ni siquiera que esté enterado de la demanda. El juez es «El Padrino», única e inapelable instancia judicial, gran ahorro social. Su fallo es expeditivo: la notificación para cumplirlo llega al demandado bajo la forma de paliza, en el mejor de los casos, y de funeral, en el peor. No hay, pues, necesidad de cárceles en este régimen del terror con todos los gastos que estas causan. Así pues, quien paga al crimen obtiene lo que quiere. El problema es, evidentemente, que el que no paga, el que no elige libremente ese recurso con el precio de convertirse en «ahijado» de «El Padrino» está irremediablemente condenado en aquel «sistema de justicia». He aquí por qué siempre será socialmente mejor pagar el precio de la monopólica justicia del Derecho que el de la competitiva de don Corleone.

No resulta entonces improductiva la pregunta de cómo hacer, según los fundamentos del Análisis Económico del Derecho, más eficiente un sistema jurídico cualquiera si la libre competencia misma que propone ese análisis para darle el mejor uso posible a un recurso escaso es, para el Derecho y en términos sociales, absolutamente inefficiente. Y esto dado que los consumidores no están dispuestos a pagar el precio de la libre competencia²² cuyo corolario sería la ley del

²² Así parece incluso reconocerlo el mismo Posner cuando dice que «un intercambio forzado [...] es un método de asignación de recursos menos eficiente que una transacción de mercado, cuando son viables las transacciones de mercado. No obstante, a menudo éstas no son viables, y entonces la elección se plantea entre un sistema inevitablemente rudimentario de intercam-

más fuerte. Así pues, se revela, finalmente, la única verdad de Posner, aquella que sentencia que «la justicia no es un término económico»,²³ y que en todo caso, si lo es, el precio del monopolio es el más barato para quienes la demandan.

bios forzados, legalmente regulados, y las ineficiencias aún mayores de prohibir todos los intercambios forzados, lo que podría incluir a todos los intercambios, porque todos tienen algunos efectos sobre terceros». POSNER, Richard. *Op. cit.*, p. 23.

²³ *Ibidem*, p. 29.

Capítulo IV

FANTASMAS EN LA PROPIEDAD

Es ilógico pedirme que me comporte bien —contestó, mirando con sorpresa a la linda jovencita que se había aventurado a dirigirse a él—; totalmente ilógico. Es mi deber hacer sonar cadenas y gemir por los ojos de las cerraduras, y vagabundear por las noches, si a ello te refieres. Ésta es toda la razón de mi existir.

El fantasma de Canterville dirigiéndose a la hija del cónsul americano, *miss Virginia Otis*¹

Desde su aparición hace más de cuatro décadas en Chicago, la bandera insignia del Análisis Económico del Derecho ha sido la de exorcizar del pensamiento jurídico y las instituciones que de este se derivan, el espíritu de la tradición cuyo reinado, al igual que en la ópera de Mozart,² solo podía prevalecer en la noche de los tiempos. Tal esfuerzo —o hablando con propiedad, tal pretensión— ha ido en los Estados Unidos acompañada de una variedad de estudios económicos de una seriedad incuestionable, independientemente de que las conclusiones a las que lleguen sean verdaderas o falsas, asunto que dependerá siempre del prisma con el que enfoquemos el mundo y sus problemas.

Una teoría que aspire a prevalecer en el tiempo tiene, necesariamente, que probar sus hipótesis con una metodología concreta. Y mientras en los Estados Unidos la comunidad académica se ha esforzado por hacerlo en cada uno de los casos específicos objetos de crí-

¹ WILDE, Oscar. *El fantasma de Canterville y otros cuentos*. Santafé de Bogotá: Editorial Norma, 1992, p. 83.

² La ópera es *La flauta mágica*, obra estrenada en Viena el 20 de septiembre de 1791, y constituye una de las más bellas alegorías musicales del triunfo de la luz de la razón sobre la tradición, retratada como *La reina de la noche*. Sin embargo, esta luminosidad no era más que el resplandor de la guillotina. Sobre este particular, es oportuno rescatar las palabras del filósofo Víctor Samuel Rivera: «Supera el temor a la noche y enfrente la. Su reina, después de todo, se reserva su aria más hermosa». Véase: GIUSTI, Miguel (ed.). *La filosofía del siglo XX. Balances y perspectivas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 475.

tica —esto es, en cada una de las instituciones jurídicas analizadas económicamente—, en el Perú la mayoría de los seguidores³ de esta corriente económica con devaneos jurídicos han obviado el trabajoso camino de las pruebas para llegar de un salto mortal a la meta de la conclusión. El resultado de tal atajo no puede ser otro que el ridículo, el de un abismo entre la crítica y el objeto de la crítica, cuyo espacio —desprovisto de todo análisis— es ocupado por la vulgar alharaca. Así, en el caso concreto del Perú, las críticas del «Análisis» a diferentes temas específicos del Código Civil han caído en el ridículo de ridiculizar al Derecho Civil. Incluso se ha pretendido negar su existencia o, en el mejor de los casos, su viabilidad, tomando como pretextos temas absolutamente nimios o inexistentes. Y lo que es peor, amparándose en falacias para afirmar la obsolescencia de la tradición jurídica que sustenta en buena medida las instituciones del Derecho Civil.

En efecto, la literatura disponible sobre el Análisis Económico del Derecho en el Perú, es decir, los casos concretos de instituciones jurídicas a las que se pretende analizar económicamente y que dan sentido a esta corriente teórica en nuestro país, no van más allá de una veintena de supuestos contenidos en normas del Código Civil que son absolutamente accesorias y que, cuantitativamente, no tienen ninguna repercusión práctica en los litigios que se ventilan ante los tribunales de justicia. La realidad es que si se hiciese un estudio del número de causas en el Poder Judicial basadas en las instituciones civiles que hayan criticado los apólogos del Análisis Económico del Derecho en el Perú, se podría constatar que no son ni el uno por

³ Rescatamos algunos pocos trabajos serios, independientemente de las discrepancias que podamos tener, que se han escrito desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho en el Perú, cuyos ejemplos más representativos corresponden a Fernando Cantuarias Salaverry sobre la institución jurídica del retracto (CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Retracto: Réquiem de un Derecho 'Económico y Social'». *Thémis*, n.º 24, 2.^a época, 1992, pp. 61-68. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.) y a Alfredo Bullard con un libro de reciente aparición (BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores, 2003).

mil.⁴ Entonces, habría que preguntarse cuál es el sentido de hacer de una cuestión pintoresca y anecdótica el eje de una crítica a todo el Derecho Civil presentando un problema académico y social inexiste-
nte, porque los objetos de crítica no tienen ninguna gravitación en el medio jurídico nacional. No escapa al lector avisado lo irónico de esta situación para una teoría cuya premisa es, precisamente, el costo so-
cial de un Derecho ineficiente. Pues uno en mil casos no representa,
que digamos, costo social alguno, hablando en términos del Análisis
Económico del Derecho. Pero perder el tiempo y el dinero⁵ en rele-
var los argumentos que sostienen el único caso criticable en la balanza
de la justicia de los mil que esta tiene que ponderar demuestra un cos-
to social muy alto y, por ende, sobre todo la ineficiencia de un Dere-
cho así concebido.

Incluso así, y con independencia del impacto real que en la socie-
dad pueda tener cualquier institución jurídica analizada, académica-
mente ninguna crítica tendría porque ser deleznable si estuviera so-
metida a los rigores metodológicos correspondientes. El problema es
que en el Perú, cuando los interesados en profundizar las objeciones
del «Análisis» pretenden hallar una crítica económica, algún análisis
que avale científicamente el nombre de la teoría, algún estudio sobre
la base de variables de costo y beneficio, se encuentran con un chas-
co: lo económico de la crítica se agota en rendirle tributo a esa ciencia
repitiendo un millón de veces las palabras «costos de transacción»,
«costo social» y «externalidades», como si fuesen mágicos pases que
pretenden fundar la justificación del uso de tinta y papel a los ojos de
los incautos. Por ello, no es exagerado afirmar que de análisis econó-

⁴ Desafiamos a los analistas económicos del Derecho a desmentirnos con un estudio estadístico sobre este particular.

⁵ Resulta curiosa la escasa producción intelectual habida en el campo del Análisis Económico hasta la fecha. En efecto, en contraste con algunos artí-
culos y compilaciones de artículos convertidas en libros de Análisis Econó-
mico del Derecho en el Perú, en los últimos quince años, la «doctrina tradi-
cional» del Derecho Civil puede mostrar en su haber alrededor de varios centenares de libros de estudios publicados, que dan cuenta del vigor y la ri-
gurosidad académica de ese enfoque jurídico.

mico poco o nada existe en las críticas a las instituciones jurídicas realizadas por la mayoría de exponentes de esta teoría en el Perú. Simplemente encontramos un rosario de objeciones de lo más elementales que, desprovistas en primer lugar de todo sustrato económico, y en segundo de la necesaria base doctrinaria, se limitan, en el mejor de los casos, a saludar a la bandera del sentido común. Así pues, expósitas de economía y de doctrina jurídica, no resultan muy convincentes las furibundas críticas del Análisis Económico al Derecho Civil y al Código que las contiene. Una de esas tantas críticas fraudulentas es la que se llevó a cabo contra el concepto de propiedad privada, tal como veremos a continuación, caso en el que resalta el hecho de que la institución analizada es, de lejos, clave en el Derecho Civil, lo que revela la pobreza de la crítica y lo que se puede esperar de las que atañen a otras instituciones jurídicas de menor importancia.

Para los efectos de este estudio, el concepto de propiedad y su derecho están regulados por el artículo 923 del Código Civil de 1984. Dice la norma en cuestión que «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley».

Lo primero que hay que resaltar aquí es que esta norma recoge, en su primer párrafo, los conceptos de propiedad tradicionales que han encontrado sustento en todas las Constituciones que nos han regido hasta la fecha. El concepto de propiedad es, pues, el concepto universal de propiedad que viene desde Roma. Son los cuatro atributos clásicos. No hay nada que discutir sobre este punto porque para cualquier tiempo y lugar, la propiedad será siempre el «poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien».

El asunto parece ir, pues, por otro lado. Por el de los límites impuestos por la sociedad al ejercicio del derecho de propiedad, o lo que es lo mismo, a si es un derecho absoluto o relativo. Tal es sin duda la preocupación de los «analistas económicos del Derecho» en el Perú, dado que el artículo 923 del Código Civil es, sin ambages, «relativista»: «Debe [la propiedad] ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley». En efecto, Alfredo Bullard dice con respecto al artículo objeto de estudio que «una primera constatación im-

portante es que la propiedad es una relación jurídica que no sólo le concede al propietario poderes, sino que le impone obligaciones. No sólo es sujeto activo de su derecho, sino sujeto pasivo de los derechos que los demás tienen en cuanto a su comportamiento a propósito del bien (ejercicio en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley)».⁶ Tal constatación no es meramente descriptiva, sino que está fundamentalmente orientada a criticar la relatividad del concepto de propiedad, tal como se colige de las mismas opiniones del citado profesor en diversas publicaciones académicas. Ejemplos de su posición no faltan: «Otro de los principios que el Código [Civil] no comprende de manera adecuada es el derecho de propiedad y lo importante que es considerar que lo de uno es de uno, y de nadie más. Por el contrario, el Código parte de una concepción de propiedad relativa, de una propiedad ambigua que debe ser limitada por las normas legales».⁷

La primera pregunta que salta a la vista sobre estas objeciones del «Análisis» al relativismo del ejercicio del derecho de propiedad en el Código Civil de 1984 es la que se refiere a la existencia de algún país del mundo⁸ en el que la propiedad no esté limitada por normas legales. Y la respuesta es obvia. Ninguno. No hay ningún país en el mundo donde la propiedad privada no sea ejercida de forma relativa. Y por una razón muy sencilla: nos guste o no, ninguna persona, al menos en un Estado capitalista moderno, ejerce sus derechos de propiedad solo. Ejercemos nuestro derecho de propiedad en comunidad. Soy dueño de una casa, pero tengo vecinos; soy dueño de un fundo, pero hay parcelas que lo delimitan; soy dueño de un automóvil, pero

⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *La relación jurídico patrimonial. Reales vs. obligaciones*. Lima: Lluvia Editores, 1990, p. 281.

⁷ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Sobre el Código Civil y los dinosaurios». En CANTUARIAS, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001, p. 45.

⁸ Exceptuamos en la respuesta a esta pregunta a los dos países comunistas que aún boquean en el concierto de las naciones y donde la propiedad privada ha sido abolida. Nos referimos a Cuba y Corea del Norte. China, nominalmente comunista, ha reconocido en el año 2004 el derecho de propiedad privada y su inviolabilidad.

tengo que transitar por las calles y tengo que guardar respeto hacia los demás.

Esto justifica que nos encontremos, como ya habíamos adelantado al inicio de este capítulo, con una de esas afirmaciones carentes de sustento real a las que nos tiene acostumbrados el Análisis Económico del Derecho en el Perú, a una de esas críticas sin sentido que, por lo tanto, no pueden ser más que superficiales o gratuitas.

Piénsese por un momento, *contrario sensu* a los argumentos que rechazan el ejercicio relativo de la propiedad privada, en un ejercicio absoluto de este derecho. Tal ejercicio solo es posible cuando, en un Estado o en una comunidad determinada, una sola persona es dueña de todo lo que existe, incluidos el resto de seres humanos. Han existido en la Historia Universal tales ejemplos de poder jurídico absoluto para usar, disfrutar, disponer y reivindicar bienes, no existe duda de ello.⁹ Pero sí dudamos mucho de que sea ese el espíritu que animó a los padres fundadores del Análisis Económico del Derecho en su lucha contra las pretensiones absolutistas de los monopolios, como para que, de saberlo, no se horrorizaran ante la peligrosa lógica de sus seguidores peruanos en materia de propiedad.

De pronto y como para afirmar lo absurdo que es hacer olas en un vaso de agua, después de haber centrado sus críticas en los límites legales al ejercicio del derecho de propiedad, los seguidores del «Análisis» se encargan de reconocer que «Evidentemente, debe haber límites, pero deben estar referidos a la afectación de derechos de terceros, y no está mal que el Código Civil establezca esas limitaciones».¹⁰ ¿En qué quedamos entonces? ¿Debe haber límites legales y, en consecuencia, el ejercicio de la propiedad privada será siempre relativo, o

⁹ En el siglo VII D. C., aproximadamente por el año 643, el emperador Kotoku inició la Reforma Taika (Gran Cambio). «Lo más importante de estos cambios fue la declaración de que la tierra y la gente pertenecía ahora al emperador, esto es, se nacionalizaba el país entero y se abolía la propiedad privada». Véase KAIBARA, Yukio. *Historia del Japón*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 41.

¹⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Sobre el Código Civil y los dinosaurios», p. 46.

no debe haberlos para ser consecuente con la crítica del Análisis Económico del Derecho criollo a ese relativismo que torna «ambiguo» el derecho de propiedad? Así, parece quedar claro que no es el ejercicio de la propiedad lo ambiguo sino el ejercicio argumental.

Sea como fuere, lo poco que queda en pie de la crítica al derecho de propiedad que «el Código no comprende de manera adecuada» no son los límites legales mismos sino su orientación. La palabra «social» en un Código Civil es la que escandaliza a los «analistas económicos del Derecho» locales. El hecho de que el ejercicio del derecho de propiedad deba realizarse en «armonía con el interés social» les irrita, y es justamente ello lo que da pie a su crítica. Así lo sugieren cuando expresan que «Un código civil social, es decir, un código de derecho privado social, es una contradicción en términos, es la negación de su propia función. Es una norma que se orienta a poner límites a la autonomía en lugar de potenciarla. Es una norma que diluye lo privado en un colectivo abstracto donde lo privado pierde toda su esencia. Un código civil social no puede ser civil y social al mismo tiempo [...]».¹¹ «Por eso, para dictar normas legales, es necesario pensar previamente en qué tipo de sociedad vivimos y no simplemente apelar a los muy usados argumentos del ‘interés social’ y la ‘legislación comparada’».¹²

Pues bien, desde el momento mismo en que «para dictar normas legales, es necesario pensar en qué tipo de sociedad vivimos», estamos admitiendo que es un parámetro social el que debe orientar las normas de Derecho: todas las normas, incluso las del Derecho Civil, que son las que rigen a los individuos de una sociedad en la mayoría de sus asuntos privados. Llámese este parámetro «interés social», «bien común», «utilidad pública» o como se quiera, lo cierto es que no podría existir un Derecho, tal como la civilización occidental lo concibe, cuyas normas no fluyan por ese cauce. Así, el derecho de propiedad siempre va a tener que ser ejercido en armonía con los demás, esto es, con los intereses de la sociedad.

¹¹ *Ibidem*, p. 37.

¹² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, pp. 67-68.

El problema parece no estar entonces en el concepto «interés social» que, como ya hemos visto, es consustancial al ejercicio del derecho en general y a cualquier derecho en particular, sino más bien a la utilización abusiva y antojadiza de este para coartarlos. Estamos convencidos de que en el caso del derecho de propiedad que nos convoca, el temor a esta posibilidad se funda en una institución ajena al Derecho Civil: el derecho del Estado a la expropiación, que es materia propia del Derecho Constitucional.

Sobre este tema, que es evidentemente una de las limitaciones más importantes, aunque excepcionales (porque no se realizan expropiaciones todos los días) al ejercicio del derecho de propiedad, lo primero que hay que dejar bien sentado es que no existe en el mundo Estado alguno que haya renunciado en su legislación al derecho de expropiar. En tal sentido, no es pues este límite en sí el discutible sino su abuso. Y en el Perú, lamentablemente, el abuso de este derecho del Estado ha sido la regla. No deja entonces de tener cierto sustento el temor de quienes han verificado en la historia nacional este uso abusivo de la expropiación, justificada en una apelación a un pretendido «interés social». Sin ir muy lejos en nuestra memoria, las traumáticas experiencias de las «expropiaciones» —«despojos» sería el término más veraz— de fondos y medios de comunicación en la década del setenta del siglo pasado, bajo la férula de la dictadura del así llamado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968-1980), no dejan lugar a duda de las suspicacias legítimas que pueden levantarse en torno al «interés social». Sin embargo, la legitimidad de las sospechas solo alcanza en realidad a la política y no al Derecho, esto es, se puede ser políticamente suspicaz, pero de ninguna manera cabe una sospecha jurídica. Y la razón es muy sencilla. Ni constitucionalmente (Carta Política de 1933)¹³ ni civilmente (Código Civil de 1936)¹⁴ el «interés social» existía como referente explícito en la legislación vigente

¹³ Artículo 29.- La propiedad es inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada (el énfasis es nuestro).

¹⁴ Artículo 850.- El propietario de un bien tiene derecho a poseerlo, percibir sus frutos, reivindicarlos y disponer de él dentro de los límites de la ley.

en la fecha de las expropiaciones de la última dictadura militar. Esto es una constatación de que no existió argumento jurídico alguno para invocar el «interés social» de los despojos, de modo que este «interés» no halló más connotación que el de la política.

Caso ligeramente distinto es el del intento de la última gran expropiación que se recuerda, luego de la dictadura militar de los setenta. Nos referimos a la de la «estatización de la banca» durante el gobierno constitucional del presidente Alan García Pérez (1985-1990). Y esto es así porque en 1987, fecha del anuncio de la expropiación, a diferencia de la Constitución de 1933, la de 1979, vigente en ese entonces, sí hacía referencia explícita al «interés social» como marco jurídico de aquel límite al derecho de propiedad llamado expropiación.¹⁵ Aquella es la época en la que se discutió con ardor tanto en el Congreso como fuera de él los alcances de esos deberes del propietario con la sociedad relacionados con el tema de la expropiación. Pese a eso, la expropiación nunca prosperó legalmente y hoy, vigente la Constitución de 1993, el concepto de «interés social» ha sido reemplazado, creemos que atinadamente, por el de «necesidad pública» en tanto justificación del derecho expropiatorio del Estado.¹⁶ Esto se debe a que, cuando algo se hace por necesidad, esta siempre está de-

¹⁵ Artículo 124.- La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el *interés social*. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades. La ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad (el énfasis es nuestro).

Artículo 125.- La propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de *interés social* [...] (el énfasis es nuestro).

¹⁶ Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

terminada, en última instancia, por la utilidad. Y la utilidad es un concepto susceptible de ser medido con parámetros económicos.¹⁷

En efecto, a diferencia del «interés social», que es un concepto válido como marco del ejercicio de todo derecho, pero general y subjetivo, el de «necesidad pública» tiene la virtud de la objetividad. Así, mientras es difícil probar el «interés social», no lo es probar la necesidad pública, que va unida siempre a una justificación económica. En tal sentido, un estudio tendría que determinar si es decisivamente relevante para el desarrollo económico de una comunidad el hecho de privar a alguien del ejercicio de su derecho de propiedad para realizar un proyecto, de manera que redunde tanto en beneficio del afectado, miembro de la comunidad y compensado monetariamente con un justiprecio, como del público en general o, por lo menos, de un sector importante de este.

Así pues, si existió algún peligro jurídico contra el ejercicio del derecho de propiedad —traducido en una institución como la expropiación abusivamente concebida—, este fue de materia constitucional y no civil. Por último, la expropiación fue absolutamente corregida en la Constitución vigente. En el Perú de hoy, nadie sostiene una visión de ataque a la propiedad privada. Ni siquiera los sectores más recalcitrantes de la izquierda que aún quedan. No existe, pues, cuestionamiento alguno al concepto de propiedad privada y al respeto que ella debe tener en el marco de la Constitución y del Código Civil. Por ello es irrelevante fundar en el «interés social»¹⁸ una crítica que, antojadizamente, pretende demostrar que en ese cuerpo normativo existiría algún peligro contra la propiedad privada legislada en el artículo 923.

¹⁷ Por eso, el jurista español Eduardo García de Enterría, experto en Derecho Administrativo, en su libro *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, editado en Madrid por Cuadernos Cívitas en 1979, señala en referencia al tema expropiatorio que el eventual expropiado tiene derecho a probar la inexistencia de la utilidad pública.

¹⁸ El Código Civil de 1984 tenía que supeditarse, como toda norma de inferior jerarquía, a la Constitución vigente a la fecha en materia de propiedad, esto es, a la Constitución de 1979, ya derogada. Hoy el Código Civil debe interpretarse a la luz de la Constitución de 1993.

Queda demostrado entonces que a los analistas económicos del Derecho les ha sido necesario, para justificar su crítica al artículo 923 del Código Civil, levantar un fantasma, el fantasma de los horribles conceptos retrógrados y peligrosos que constituyen una espada de Damocles sobre el desarrollo de la economía y de la inversión privada en el Perú. Sobre este particular, amén de lo que ya hemos dicho hasta aquí, habría que preguntar a esos críticos cuántas inversiones han dejado de venir al país o no se han consumado por los propios nacionales por temor al «ambiguo concepto de propiedad» que sanciona el artículo 923 del Código Civil en los veinte años que tiene de vigencia. Y ello para demostrar la «ineficiencia» de la norma en cuestión y, por ende, la necesidad de la modificación exigida por los seguidores criollos del Análisis Económico del Derecho. La verdad es que no puede haber respuesta porque ninguno de estos críticos se ha tomado el trabajo de hacer un solo estudio que demuestre económicamente el perjuicio —o como ellos gustan llamar, el enorme costo social— que significa para la sociedad peruana no creer, como ellos, en que los fantasmas existen.

Capítulo V

Y SERÉIS COMO DIOSES

Omnisciencia, previsión, excesiva
onerosidad de la prestación y dinosaurios

Ah, ya veo —dijo la duquesa, sintiendo un gran alivio—; ¿lee la buenaventura, no? Y la mala también —contestó lady Windermere—, toda la que venga. El año entrante, por ejemplo, voy a estar en gran peligro, tanto en tierra como en el mar, por lo cual tendré que irme a vivir en un globo y hacer que me suban la comida por las tardes en una canasta. Todo está escrito en mi dedo menique...

La duquesa de Paisley y lady Windermere conversan sobre el don de preverlo todo.¹

Uno de los peores errores que no deja de cometer el hombre es el de creer que puede llegar a dominarlo todo. Pues para dominar se necesita conocer. Y conocerlo todo es el delirio de los inocentes. Fue ese, sin duda, el pecado de Eva y Adán que, al ser hipnotizados por la lengua de la serpiente, creyeron demasiado pronto que comiendo la manzana nada les estaría en el futuro prohibido porque —¡cuán confiables son las promesas de los bichos rastreros!— serían como dioses y lo preverían todo. Y, en efecto, si en vez de jugar a dioses solo hubiesen respetado la ley que les había dado el Legislador Supremo, habrían podido prever cuál sería su suerte y no habrían sido expulsados del reino de los inmortales al del polvo de donde salieron. Hoy hay otros que piensan que pueden preverlo todo, o, al menos, que todo puede preverse si podemos pagar el precio. Ese es el caso del Análisis Económico del Derecho y el pilar de su crítica a la institución jurídica de la excesiva onerosidad de la prestación, sancionada en el artículo 1440 del Código Civil.²

¹ WILDE, Oscar. «El crimen de lord Arthur Saville». En *El fantasma de Canterville y otros cuentos*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Norma, 1992, pp. 11-12.

² Artículo 1440.- En los contratos comutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez

La excesiva onerosidad de la prestación tiene como premisa la excepción. Se funda en una situación absolutamente imprevisible y extraordinaria para los contratantes a la hora de pactar una prestación determinada. Esto significa que el equilibrio de intereses —que fue la causa de que las partes contrataran— queda roto, y que las prestaciones, que de ordinario hubieren sido la consecuencia de ese equilibrio, resultaran posibles de cumplir solo al costo de un perjuicio muy grande o de la ruina de una de las partes contratantes. Esta onerosidad excesiva en el cumplimiento de una prestación contratada no es responsabilidad de ninguna de las partes, porque obedece a un hecho o situación imprevisible y extraordinaria para ambas; mientras que el Derecho propone que se restituya el equilibrio de intereses primigenio del contrato, esto es, la situación que animó a las partes a contratar prestaciones no onerosas para sus intereses. Y lo hace judicialmente a pedido de la parte perjudicada, ya sea por medio de la reducción de la prestación devenida en excesivamente onerosa, ya sea por el aumento de la contraprestación debida, o, finalmente, si ambas opciones son imposibles por la naturaleza misma de la prestación, mediante la resolución del contrato.

Contra esto se alza el Análisis Económico del Derecho. El argumento de fondo contra la institución de la excesiva onerosidad de la prestación es que para el «Análisis» no existe lo imprevisible. Por lo tanto, no puede alegarse lo que no existe para modificar judicialmente, en nombre de una «falaz inequidad» *ex post facto*, el cumplimiento de las prestaciones que las partes contrataron originalmente. Así parecen creerlo algunos defensores del Análisis Económico del Derecho,³

decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas».

³ «Económicamente, al menos, no existen acontecimientos imprevisibles, sino únicamente acontecimientos previsibles a un muy alto costo. Es decir, todo se reduce a un problema de costos». PATRÓN SALINAS, Carlos A. «¿Mentiras verdaderas?: reflexiones en torno de la regulación del derecho contractual». En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001, p. 151.

para quienes «desde un punto de vista económico no hay nada imprevisible»,⁴ porque «para los economistas nada es imposible de prever».⁵ Por ese motivo se afirma que «incluso el evento más impensable puede ser previsto usando nuestra imaginación, si es que tenemos tiempo suficiente para dejarla correr en el mundo de las posibilidades».⁶ Según los analistas económicos del Derecho, de lo que se trata entonces no es de que tal o cual situación sea imposible de prever, sino de que el tiempo que nos costaría preverla cuesta —en términos económicos— más que el beneficio de su predicción. «En consecuencia el *standard* de previsibilidad tiene necesariamente que estar vinculado con los costos (racionales o irracionales) de contemplar en el contrato una contingencia determinada. Sólo así llegaremos a un contrato óptimo en términos económicos».⁷

Asumir la conclusión de que todo es previsible tiene como premisas la omnisciencia y el equilibrio perfecto de aquel mundo de fantasía que la escuela austriaca de Hayek denunció como debilidades teóricas del Análisis Económico del Derecho. Así se explica su inviabilidad en el mundo «subóptimo», el nuestro, que da origen al Derecho que la Economía pretende analizar, digámoslo, con profundo desconocimiento.⁸ Lo cierto es que, efectivamente, en el mundo óptimo de las fantasías, en el que nada puede cambiar porque todo está en general equilibrio, todo puede ser conocido y, por ende, todo también preverse. Es el mundo de los dioses omniscientes a los que ningún hecho escapa por más futuro e incierto que sea. Y, precisamente, como nada escapa a la vista divina, como todo es aquí previsible, ninguna falta hay, pues, de que derecho alguno arregle entuerto alguno, porque entuerto alguno puede producirse cuando todo es previsible.

⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Hay algo imprevisible? La excesiva one-rosidad y la impracticabilidad comercial». En *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima: ARA Editores, 1996, p. 214.

⁵ *Ibidem*, p. 214.

⁶ *Ibidem*, p. 217.

⁷ *Ibidem*, p. 218.

⁸ Los temas de la omnisciencia y el equilibrio perfecto ya han sido desarrollados en el Capítulo II de esta obra.

Lamentablemente, quienes no vivimos en el Olimpo de los analistas económicos del Derecho y sí en el mundo real que Hayek consideraba, con razón, como el de la ignorancia genuina,⁹ necesitamos del Derecho porque no conocemos el equilibrio perfecto ni somos omniscientes para preverlo todo.¹⁰ Súbitamente nos encontramos así con la antítesis del mundo absolutamente previsible del Análisis Económico del Derecho. En efecto, si partimos de la certeza de la imperfección del conocimiento humano llegaremos muy pronto —y sin dificultad— a concluir que es muy poco lo que se puede prever, independientemente del tiempo del que dispongamos y del costo de tal esfuerzo. Ambos, tiempo y costo, resultan, como se ve, pretextos para justificar, precisamente, la imposibilidad económica de «preverlo todo». Es más, incluso lo poco de previsible que existe y que responde a un conocimiento concentrado y limitado de ciertos datos que la experiencia ha puesto a nuestra disposición, está sujeto a error, precisamente, por aquella falla de origen de la humanidad que es la imperfección de su conocimiento. En este contexto, el Derecho y sus instituciones, según la escuela austriaca, no serían otra cosa que una adaptación a la ignorancia genuina del hombre, y funcionarían socialmente como «procedimientos de simplificación... [que] sirven como pautas o medios de orientación en un mundo verdaderamente

⁹ «Fundamentales para la teoría económica en general, los conceptos de los austriacos sobre el problema del conocimiento a la vez dotan de sentido al problema de la eficiencia del Derecho. La integración de conceptos tales como la ignorancia genuina y la dispersión del conocimiento a la interpretación económica del Derecho considera efectivamente la posibilidad de que el entorno jurídico no favorece necesaria ni sistemáticamente la coordinación global». KRECKE, Elisabeth. «El Derecho y el orden del mercado: una crítica austriaca al Análisis Económico del Derecho». *Thémis*, n.º 38, 2.ª época, 1998, p. 248. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

¹⁰ «Cuanto más lejos esté el sistema del equilibrio general, más se acentúa el problema del conocimiento y más se deben amparar los individuos en las normas. Con la omnisciencia el derecho no tiene ninguna función informativa, porque todo se sabe». *Ibidem*, p. 247.

incerto [...].¹¹ Solo así puede entenderse y cobra pleno sentido —en tanto manejo de información— aquello de que «contratar es prever». Pero también y sobre todo, habida cuenta de la ignorancia como consecuencia de la imperfección del conocimiento humano, aquella precisión de que, sin embargo, «nadie puede prever lo imprevisible». Este es el fundamento teórico y práctico, a nuestro parecer, de la doctrina jurídica de la excesiva onerosidad de la prestación.

Destruido el falaz argumento de que «todo es previsible a un costo determinado» pues, como ya hemos visto, sus suscriptores se niegan a pagar ese costo para demostrarlo, y establecido más bien que, en principio, todo nos puede sorprender en un mundo signado por la imperfección del conocimiento humano y la ignorancia que esta lleva, no habría más que decir sobre las viciadas tesis *ab origine* que el «Análisis» esgrime contra la institución de la excesiva onerosidad de la prestación. Sin embargo, para no dejar suelto ningún cabo en la cadena de argumentos sin mayor consistencia lógica que se exponen ante los incautos, nos es necesario descubrir algunos más, aunque solo fuere para fines informativos. El primero de estos es que la institución de la excesiva onerosidad de la prestación está hecha en perjuicio del acreedor, quien debe asumir el costo del riesgo contractual y, por ende, en beneficio del deudor a quien esta institución, hecha ley por virtud del Código Civil, protege. Sergio Salinas Rivas es enfático al respecto: «Desde el punto de vista económico, podemos enfocar el tema desde la perspectiva de la asignación del riesgo entre las partes. La excesiva onerosidad de la prestación constituye, en última instancia, una regla de distribución del riesgo del contrato entre las partes: ¿quién debe asumir el costo de un cambio de circunstancias? ¿El acreedor o el deudor? [...]. A nuestro entender, la institución de la excesiva onerosidad de la prestación es un mecanismo mediante el cual se asigna el riesgo de pérdida de valor del contrato debido a la ocurrencia de eventos extraordinarios e imprevisibles al acreedor».¹²

¹¹ *Ibidem*, p. 249.

¹² SALINAS RIVAS, Sergio. «El rol del Estado en la contratación privada: a propósito del principio de protección al deudor en el Código Civil peruano».

La afirmación del citado profesor no hace más que corroborar las tesis de Hayek acerca de lo imprevisible del mundo, pues lo menos que se espera de una crítica a una norma de Derecho Civil es que se le dé el sentido jurídico correcto. Por ello, y por razones más que elementales, preguntamos en qué párrafo del artículo 1440 del Código Civil está escrito que el acreedor tiene la obligación de cargar con el «muerto», pues ello sería como apreciar el problema en relación con una sola de las obligaciones del contrato, como si no existiera la otra (cuyo objeto es la contraprestación). En tal virtud, el Código Civil acierta en no hablar de acreedor ni de deudor, sino de parte. Así, de una lectura atenta de la norma resulta que esta no asigna el riesgo al acreedor. Habla de «la parte perjudicada» por la excesiva onerosidad de la prestación por causa de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. La norma no distingue cuál es la parte perjudicada, no la determina más que en el perjuicio que, entonces, bien puede producirse para cualquiera de ellas. Así pues, cualquiera de las partes que se sienta perjudicada por la excesiva onerosidad de una prestación modificada en sus costos por circunstancias ajenas a las previstas en el contrato tiene derecho de ir al juez para exponer y probar su caso.

Además, no debemos olvidar que en los contratos que se celebran a diario, las partes —la mayoría— tienen a la vez la calidad de deudor y acreedor en relación con las diversas obligaciones de las que —ya sea pasiva o activamente— son titulares.

Pero hay más. Para Salinas «la teoría económica sugiere que el riesgo debe asignarse a aquella parte que puede asumirlo o evitarlo a un menor costo, pues en tales casos el costo social derivado de la ocurrencia de eventos riesgosos se minimiza. Pero, ¿quién puede evitar el riesgo a menor costo? No tenemos ningún argumento para pensar *a priori* que siempre el acreedor es quien está en mejor posición para evitar o reducir el riesgo del contrato».¹³ Tampoco, como ya hemos visto, el Código Civil tiene ese argumento *a priori* y por eso concede que cualquiera de las partes, deudor o acreedor en la relación

En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001, p. 115.

¹³ *Ibidem, loc. cit.*

contractual, puede asumir finalmente en los tribunales el riesgo producido por lo imprevisible y extraordinario. Se pregunta, sin embargo, el citado profesor «¿por qué esta asignación del riesgo tendría que hacerla el Estado?».¹⁴ Y quién sino el Estado, suponemos que por medio de algún juez correligionario del Análisis Económico del Derecho, sería el que —en todo caso— determine «quién pudo evitar el riesgo a menor costo» para sentenciar si procede o no la excesiva onerosidad de la prestación demandada por una de las partes. Porque, entonces, ¿qué cosa estamos discutiendo si las partes no tienen ningún desacuerdo?

Hasta aquí parece, por la serie de razonamientos expuestos por los analistas económicos del Derecho, que el Código Civil excluye la posibilidad de que las partes de un contrato se puedan poner de acuerdo en los riesgos que cada una de ellas debe asumir: «¿No es preferible que las propias partes determinen cómo quieren distribuirse el riesgo entre ellas?»,¹⁵ se pregunta Salinas. Y él mismo se responde: «Sin embargo, dado el carácter imperativo de la norma, no tendría sentido para las partes ponerse de acuerdo respecto de la distribución del riesgo, pues en cualquier momento, el deudor podría, oportunamente, desconocer dicho acuerdo y recurrir a la protección prevista por el código. Así pues, consideramos que el Código comete un doble error: usando la terminología de Calabresi, el Código no sólo ha asignado incorrectamente la titularidad, sino que la protege con una regla de inalienabilidad, con lo cual hace imposible la reasignación de la titularidad a través del mercado».¹⁶

Pero ¿es cierto que el Código niega a las partes contratar sobre los riesgos, y valida así la pregunta y la respuesta del citado profesor? Veamos. Si partimos del supuesto de que contratar es prever, asumimos también que en el contrato están considerados todos los riesgos que pueden preverse de acuerdo con la naturaleza de este y que las partes han querido prever. En efecto, un evento riesgoso es un evento previsible, por eso puede ser considerado y definido como un ries-

¹⁴ *Ibidem*, p. 116.

¹⁵ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁶ *Ibidem*, p. 117.

go, pues solo es riesgo para alguien aquello que existe en el abanico de las posibilidades y que es siempre especificable. Lo imprevisible, lo extraordinario, lo inefable, precisamente por serlo, por no existir al momento de evaluar los riesgos, no puede ser riesgo alguno sobre el que las partes puedan contratar. Por ello, si nadie puede prever lo imprevisible, nadie tampoco puede hacerlo materia de contrato que es, precisamente, el dominio de lo previsible. Así queda descartado que el Código Civil, por medio del artículo 1440, prohíba contratar sobre riesgos y su asignación. Lo que sí prohíbe —y con acierto— en el artículo 1444¹⁷ es que, por arte de birlibirloque, lo imprevisible y extraordinario sea considerado como un riesgo más en sí mismo, lo que sería sancionar no solo un despropósito conceptual, sino sobre todo un abuso de posición de dominio de mercado¹⁸ que, paradójicamente, ciertos analistas económicos del Derecho pretenderían por lo visto avalar.

Finalmente, abordaremos el último argumento que nos ha parecido relevante contra la institución de la excesiva onerosidad de la prestación por parte del Análisis Económico del Derecho. Se trata de la posición contractualista fundada en la inviolabilidad de la norma *pacta sunt servanda* cuya consecuencia es la santificación de la autonomía de la voluntad. Desde este punto de vista, y ciñéndonos estrictamente a las premisas de esta visión filosófica del Derecho, si los pactos deben cumplirse, si los contratos tienen fuerza de ley, si uno es libre de contratar pero cuando contrata pierde esa libertad en cuanto a lo que está estipulado en el contrato, entonces la excesiva onerosidad de la prestación no tiene, en un mundo tal, razón de ser. El problema es que ese mundo jurásico de los contratos inviolables es el del siglo XIX. Es el del *fiat ius et pereas mundus*. Es el de la Corte de Casación de París que declaró infundado el fallo del tribunal de Aix que diera la razón al ingeniero Capronne en el primer caso que se puede reconocer en la historia del Derecho sobre excesiva onerosidad de la

¹⁷ Artículo 1444.- Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación.

¹⁸ Solo así podría explicarse que alguien consiga que otro contrate asumiendo todas las eventualidades posibles.

prestación, hoy, 130 años después, como parte integral de la doctrina jurídica civilista y de los códigos de los países más avanzados del mundo.¹⁹ Pregunta para los analistas económicos del Derecho: ¿quiénes son pues aquí, «contra todo lo previsible», los dinosaurios?²⁰

¹⁹ En el siglo XIX, durante la Guerra Franco-Prusiana (1870-1871), un famoso ingeniero apellidado Capronne tuvo un gravísimo problema. Había contratado la construcción de unos enormes canales de regadío en Francia. A raíz de la guerra y el enorme incremento de los materiales de construcción, la realización de estos canales de regadío —que corrían por cuenta de Capronne— resultaba absolutamente onerosa para el ingeniero en comparación con las cantidades de dinero que se habían comprometido a pagarle quienes lo habían contratado para tal efecto. Al no poder llegar a un acuerdo para un reajuste de las prestaciones con aquellos con los que contrató, Capronne acudió al tribunal de Aix y su demanda fue amparada. El tribunal ordenó que sus contrapartes en el contrato aumentaran la contraprestación, porque resultaba injusto que Capronne construyera los canales de regadío habiendo una absoluta desproporción entre el costo *post bellis* y el *ante bellis* pactado. Es el primer precedente de la excesiva onerosidad de la prestación. Véase OS-TERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuarta parte, vol. XVI, tomo XI, 2003, p. 728.

²⁰ No hay duda de que en ocasiones el atrevimiento es grande. Algunos suscriptores del Análisis Económico del Derecho llaman «dinosaurios» a los civilistas.

Capítulo VI

LA ESCUELA DEL ABUSO Y LOS BUENOS SAMARITANOS

La lesión

*(¡Qué traza vil de publicano tiene!
Le odio porque es cristiano, y le aborrezco
Aun más por su humildad, por la simpleza
Con que hace alarde de prestar dinero
Sin interés, logrando de esa suerte
Abaratar el tipo de la usura aquí en Venecia...,
Y en los parajes donde más afluyen
Los mercaderes, de baldón me colma,
A mí, mis tratos y mi honesto lucro,
Que él llama usura vil. Maldita sea
la tribu en que nací, si le perdono).*

Shylock despotricando, maldiciendo y jurando venganza introspectiva contra el mercader de Venecia, un buen samaritano.¹

Partiendo del discutible supuesto de que mientras más provecho se le pueda sacar a la circunstancia desventajosa de otro —a su desgracia, para hablar sin eufemismos—, mejor será el negocio, porque mayor será también el beneficio para el aprovechador, el Análisis Económico del Derecho blande un estilete cubierto de seda contra el escudo jurídico con el que las sociedades civilizadas protegen a sus súbditos del abuso con que el rigor de la necesidad invita a los desalmados a comer el *boccato di cardinale* en vajilla de plata al precio de una propina. Enemigos mortales son, pues, los analistas económicos del Derecho de la institución civilista de la lesión. Con este nombre se indica que los intereses patrimoniales de una de las partes contratantes han sido, sin ambages, lesionados. Reconócelo así *ex post facto*, y liberada ya del estado de necesidad, la parte damnificada.

La lesión tiene tres elementos constitutivos. El primero, que es la consecuencia de los otros dos, es la desproporción objetiva y absolu-

¹ SHAKESPEARE, William. *El mercader de Venecia. Los clásicos. Comedias*, 7.^a ed. México, Nueva York, Panamá: W. M. Jackson, 1974, p. 15.

tamente insólita de las prestaciones contratadas voluntariamente por las partes. El origen de esta situación es el aprovechamiento de una de ellas de un estado de necesidad sufrido por la otra, sin el cual tal transacción se hubiera realizado de manera distinta. La solución que prescribe el Derecho es la rescisión del contrato lesivo. Así lo estipula el artículo 1447 del Código Civil:

Artículo 1447.- La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos terceras partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.

Uno de los primeros errores que comete el Análisis Económico del Derecho al criticar la institución jurídica de la lesión es el de no comprender absolutamente su naturaleza conceptual. Afirma el «Análisis» que «Si bien nuestro Código Civil trata la lesión en el libro de Fuentes de las Obligaciones, lo que es cierto es que, por su naturaleza, se asemejaría más a un vicio de la voluntad y como tal debería regularse en el libro de Acto Jurídico».² Una vez más nos es lícito preguntarnos quiénes son los dinosaurios aquí, pues nos parece estar haciendo un viaje en el tiempo de casi ochenta años cuando, en 1925, en el debate de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, Manuel Augusto Oláechea aún sostenía la tesis —entonces legítimamente debatible, pero hace varias décadas absolutamente superada— de que la lesión no debería existir porque es una figura muy similar al dolo o el error, ambos vicios de la voluntad.

Pero lo cierto es que la lesión no es un vicio de la voluntad y, salvo algunos seguidores del «Análisis», nadie sostiene hoy en el Dere-

² BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el Derecho de Contratos». *Thémis*, n.º 43, 2.^a época, 2001, p. 232. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

cho una tesis similar. Y la razón es muy simple: quien contrata a un precio insólitamente inferior al del mercado una prestación cualquiera bajo las circunstancias especialísimas del aprovechamiento de su estado de necesidad por su contraparte contractual, lo hace libérrimamente. No hay en su voluntad error ni ha sido sorprendida por el dolo de la otra, ni sometida por violencia ni intimidación alguna. Claro está, entonces, que en tanto excéntrica a todo vicio de la voluntad, carece de sustento legislar la lesión en el libro de Acto Jurídico. Tal sería un despropósito legal con consecuencias económicas imprevisibles, además, pues los vicios de la voluntad son aplicables a todos los actos jurídicos, unilaterales y bilaterales, a título gratuito y oneroso, con contenido patrimonial o sin él. Así que quienes objetan la existencia de la lesión en los contratos, paradójicamente terminan, al proponerla como objeto de regulación de los actos jurídicos en general, fomentando su expansión a todas las instituciones jurídicas del Código Civil.

Otra de las críticas más altisonantes del «Análisis» se centra en la teoría del valor implícita en las estimaciones económicas de las prestaciones propias de la lesión. En efecto, se afirma que «quizás el mayor error conceptual que se encuentra bajo la defensa de la figura de la lesión es su mala comprensión de la teoría del valor. Para los defensores de la lesión las cosas tienen un valor objetivo, determinable y único, sin comprender que toda valorización es subjetiva y, por tanto, dos personas diferentes pueden asignar a exactamente el mismo bien dos valores diferentes según sus propias preferencias, sus limitaciones presupuestarias y las circunstancias en las que se realiza la operación. [...] La lesión opera sobre la base de la posibilidad de determinar la desproporción entre dos valores de manera matemática. Nada más falso. No es posible que un juez pueda afirmar que los valores de dos prestaciones están en desproporción en un contrato; *no existe una regla única de medición de valor*.³ La pregunta cae por sí misma: si no existe una regla única para la medición del valor, ¿por qué tendríamos que aceptar la del Análisis Económico del Derecho, a saber, la de la valoración subjetiva?

³ *Ibidem*, p. 228.

Y he ahí la clave para introducirnos correctamente al problema del valor que es, precisamente, su irresolución teórica. Para comenzar, no existe una teoría del valor, sino varias, de lo que se sigue un debate teórico que está lejos de terminar, por más que algunas personas quieran darlo por sepultado para abonar sus puntos de vista.⁴ Es más: una de las grandes paradojas de una fundamentación subjetiva del valor por parte de analistas que tienen por objeto de estudio el Derecho es, precisamente, la negación del Derecho, puesto que este no es otra cosa que la objetivación del valor en el ámbito de los juicios que se emiten sobre las cosas, las personas o las circunstancias. En efecto, en Derecho las cosas valen y las personas o las circunstancias son lo que el Derecho dice que valen o son. Y es esa la última palabra. Ese es el fundamento de toda justicia positiva destinada a resolver los conflictos que se suscitan de una valoración subjetiva de las cosas.

No por otra razón, en general, cualquier precio para la ley es justo entonces no porque «existe un precio que cada cosa tiene en justicia».⁵ Tampoco porque el «valor de lo que se entrega debe ser equivalente al valor de lo que se recibe».⁶ Es justo simplemente porque, dado el caso, el Derecho así lo ha establecido en forma arbitraria para cuando se presente la hipótesis de un conflicto por el precio entre las partes contratantes. Y aquí subrayamos aquello de la hipótesis de conflicto. Porque a simple vista el «Análisis» pretende hacernos creer que el Código Civil, por medio de sus instituciones (como la lesión), es un ente regulador de precios y que los agentes del mercado no están en la libertad de valorar y ponerle a sus bienes el precio que estimen conveniente para traficarlos. Nada más falso. En el Perú cualquiera está, al amparo del Código Civil, en su derecho de vender y comprar un bien al precio que le venga en gana. Quien quiera vender un palacio, que por sus características y su ubicación tenga un precio de mer-

⁴ Para quien quiera tener una perspectiva completa de las teorías del valor en la Economía le recomendamos el capítulo sobre valor y dinero del clásico de: SCHUMPETER, Joseph A. *Historia del análisis económico*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1971, pp. 323-385.

⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 229.

⁶ *Ibidem, loc. cit.*

cado de un millón de dólares, a un sol, es libre para hacerlo. Y no existe tampoco ningún impedimento para comprar tal ganga. ¿Cuál es, pues, la regulación de precios establecida por el Código? Ninguna.

El problema se presenta únicamente cuando hay una discrepancia por el precio contratado y la parte que se siente insatisfecha acude al Estado en demanda de justicia. Precisamente, porque según lo postulado por el «Análisis», «depende de cada cual y de cómo cada cual valorice algo»,⁷ esto es, de la subjetividad del valor, que una de las partes puede reconsiderar el valor que le dio a su prestación en un contrato y tocar la puerta de los tribunales.

Pero ¿tienen la obligación los tribunales de admitir todas las reconsideraciones fundadas en la subjetividad del valor de las cosas por parte de las miles de personas que en cada operación contractual terminen insatisfechas por lo que pagaron o recibieron a cambio? Obviamente no. La ley solo admite como susceptibles de juicio aquellas demandas basadas en reconsideraciones subjetivas de valor si una de las partes estima que su prestación vale hasta 40% más de lo que en el contrato se pactó. Y como constitucionalmente nos regimos por una economía social de mercado, implícitamente debemos suponer que es este, el mercado, la referencia que sirve de base objetiva para calcular la pérdida de ese más del 40% en el valor de la prestación de quien se considera mal pagado. ¿Regulación de precios entonces? No. Simple y llano requisito para la admisión a juicio que el Derecho impone para causas generadas por discrepancias en la subjetividad del valor de un bien. Pero tampoco el único requisito, ni mucho menos. Debe ir acompañada necesariamente aquella reconsideración subjetiva de valor, para ser atendida por los tribunales de justicia, de una prueba por parte de quien alega que sus intereses han sido lesionados. ¿Cuál? Pues que ese 40% en que se valoró de menos su prestación obedeció al aprovechamiento de un estado de necesidad que lo aquejaba al momento de contratar y que era conocido por su contraparte.⁸

⁷ *Ibidem*, p. 231.

⁸ Contrariamente a la hipótesis de que el estado de necesidad de una de las partes debe ser conocido por la otra, se encuentra el supuesto del artículo 1448 del mismo Código Civil que será analizado más adelante.

Más obstáculos no puede poner el Derecho a quienes pretenden reconsiderar el valor subjetivo de sus prestaciones en un contrato y fundamentarlas en la lesión de su patrimonio. Pero aun con tantos obstáculos para preservar a fin de cuentas la solidez de los contratos, ¿por qué no cierra el Derecho de plano las puertas de la justicia a los subjetivistas que reconsideran *ex post facto* el valor de las prestaciones contratadas? Y la respuesta es por una simple cuestión de política legal, a saber, que el Derecho considera inadmisible la sola posibilidad de que bajo su imperio se permita abusar del prójimo, y sospecha que bajo los supuestos legislados en el artículo 1447 del Código Civil, este abuso podría haberse producido. Esta política legal no hace más que seguir, por lo demás, el mandato constitucional que sanciona en su artículo 103 que «La Constitución no ampara el abuso del derecho». En el caso que nos ocupa, el derecho a contratar en términos lesivos para una de las partes.

Sin embargo, el «Análisis» objeta esta política legal aduciendo que «La figura trata de impedir que ‘los malos samaritanos’ se aprovechen del estado de necesidad de alguna persona para obtener contraprestaciones que no guarden un supuesto equilibrio desde el punto de vista económico. Esta figura persigue desincentivar una conducta excesivamente egoísta. Sin embargo, al hacerlo, la lesión crea un incentivo peligroso en sentido contrario. Así, la lesión desincentiva operaciones de rescate que pueden ser motivadas por la oportunidad de obtener un lucro mayor al que se obtendría en una operación de mercado común y corriente».⁹

Sobre esta pretendida objeción hay que precisar varios puntos. El primero es que, en efecto y con absoluto acierto, el Derecho trata de modelar una sociedad de «buenos samaritanos», en donde las cortes de justicia tengan el menor trabajo posible, porque no hay muchas pendencias en una comunidad así. El futuro es, pues, el destino de estas sociedades estructuradas bajo el principio de la solidaridad. Por el contrario, una sociedad donde los «buenos samaritanos» son la excepción y los «malos samaritanos» la regla querida por el Derecho, es,

⁹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 225.

por simple ejercicio del sentido común, una sociedad destinada a la extinción, porque incentivando a que sea el «hombre el lobo del hombre», todos terminarán, más temprano que tarde, por devorarse unos a otros. No hay por eso ningún futuro allí, ni para el hombre en particular ni para la sociedad en general ni, por supuesto, a la larga, tampoco para el Derecho.

Otra precisión necesaria es la que corresponde hacer a la afirmación de que el Código trata de desincentivar que las personas obtengan contraprestaciones que no guarden un supuesto equilibrio económico. Como ya hemos señalado, esto es absolutamente falso. Ninguna ley impide a alguien vender un bien a un precio *ilimitadamente* irrisorio en comparación con su valor de mercado, y a otro aprovechar la legítima oportunidad que se le presenta. Lo que desincentiva el Código en su artículo 1447 es que esta operación económica se realice bajo el imperio de un estado de necesidad sufrido por uno de los agentes del mercado, y que sea conocido por otro para sacarle un provecho que el Código considera indebido por abusivo.

Por esta última razón, nosotros consideramos contradictorio el artículo 1448 del mismo cuerpo legal que, impropia e inopinadamente *supone el conocimiento del estado de necesidad, el estado de necesidad mismo y el aprovechamiento* de un agente del mercado cuando la operación económica refleje un valor de intercambio inferior a dos tercios (66,6%) del precio del mercado.

En efecto, dice el artículo 1448 que «En el caso del artículo 1447, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado». Esta norma constituye un aval al abuso que, paradójicamente, la lesión trata de impedir. ¿Por qué? Porque le bastaría a alguien que, sin haber sufrido estado de necesidad alguno, traficó un bien de su propiedad por un valor inferior al 66,6% del mercado para que, *ex post facto*, pudiera arrepentirse arbitrariamente y, sin la obligación de probar nada, conseguir del juez la rescisión del contrato. Estaría abusando así de quien de buena fe contrató, él sí, sin abusar de nadie. El lesionado sería entonces este último y aquí se estaría cometiendo una injusticia que el Derecho no puede amparar. El

artículo 1448 del Código Civil podría sí, pues, ser eliminado sin contemplaciones por absurdo. Curiosamente, sin embargo, sobre este artículo y sus implicancias solo un crítico del Análisis Económico del Derecho se ha pronunciado tangencialmente.¹⁰

Por último, queda por levantar la afirmación de que desincentivando a los malos samaritanos, a los *ávida dollar*, a los viciosos de la codicia, se termine por perjudicar a los buenos samaritanos necesitados de liquidez, porque con la lesión no «se quiere que quienes están en estado de necesidad encuentren la mayor cantidad de opciones para salir de dicho estado».¹¹ Lo cierto es que si el Derecho, según esas premisas, les dejara las manos libres a los Shylock del mundo para lucrar con una libra de carne del corazón de sus víctimas, a fe nuestra que lo harían sin parpadear siquiera. Bastante hace la ley con dejarles el halo de respetabilidad de los buenos samaritanos. Porque, después de todo, un descuento del 39,99% del valor del mercado al momento del contrato no es un mal negocio ni para Shylock. Y a fe nuestra también que no habrá ninguna «escasez de *rescatadores* y colas de potenciales *rescatados* esperando un rescate».¹²

¹⁰ «Sea cual fuere la carga probatoria escogida para regular la lesión, es interesante destacar que nuestro Código recoge un criterio mixto (es decir, cuando la desproporción es mayor a las dos quintas partes (40%), el lesionado adicionalmente tendrá que probar el aprovechamiento de su necesidad apremiante. Cuando la desproporción es mayor a dos terceras partes (66%) se presume *juris tantum* que ha existido lesión), discutiblemente lo peor de dos mundos». PATRÓN SALINAS, Carlos A. «*Mentiras verdaderas?: reflexiones en torno de la regulación del derecho contractual*». En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001, p. 143.

¹¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 225.

¹² *Ibidem, loc. cit.*

Capítulo VII

INDULGENCIAS Y AVEMARÍAS AJENAS

La prohibición legal de prohibir
contractualmente enajenar o gravar

*Distingue tempora, et habeis iura!*¹

Si hay algún ejemplo que cae como anillo al dedo al aforismo aquel de querer ganar indulgencias con avemarías ajenas, ese no es otro que la posición del Análisis Económico del Derecho sobre el viejo debate civilista en torno a la prohibición legal de prohibir contractualmente enajenar o gravar un bien por parte de su eventual propietario, que en el lenguaje jurídico se conoce como la prohibición de cláusulas de inalienabilidad. No pecamos de exageración al decir «viejo debate civilista». Este pone de manifiesto el tradicional enfrentamiento en la doctrina del Derecho Civil de las tesis contractualistas, de un lado, y las de la soberanía de la propiedad privada, del otro. Así, pues, en el fragor del gran debate por la precedencia entre la libertad y la propiedad —pues de eso se trata después de todo—, se desliza de pronto, bastante tarde por cierto, al final ya de la cola pero con un agudo sentido de la oportunidad, el Análisis Económico del Derecho, convencido de que está descubriendo una pólvora^{*} ya quemada mil veces por el Derecho Civil al que pretende, divertidamente, dar lecciones pirotécnicas y, aún peor, ponerse a la cabeza de un debate en el que ya se han gastado todas las municiones.²

¹ Busca el tiempo y encontrarás el Derecho.

² Independientemente del debate universitario sobre el artículo 882 suscitado desde la aparición misma del Código Civil en 1984, el Derecho Civil puede exhibir publicaciones ya desde el lejano año 1989 sobre las cláusulas de no enajenar en general y el debate sobre la conveniencia o no de la prohibición legal. Las críticas del «Análisis» sobre este tema —que no aportan nada nuevo al debate civilista— apenas si aparecen publicadas a partir del año 2000, como se aprecia a lo largo de este capítulo. Véase: CASTILLO FREYRE, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*. Tesis de bachiller. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, mayo 1989. CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas*, tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, pp. 921-927.

En efecto, rágase las vestiduras el «Análisis» por el artículo 882 del Código Civil que sanciona la tesis de la soberanía de la propiedad privada a través de la prohibición de las cláusulas de inalienabilidad. Dice así la norma:

Artículo 882.- No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.

Súmase de este modo a la hora nona el «Análisis» a las críticas de uno de los artículos más polémicos del Código Civil, cuyos detractores son un grupo importante de civilistas —entre los que nos encontramos— desde el momento mismo en que fue promulgada en 1984 la norma. Coincide así por una vez con nosotros el «Análisis» en su extemporáneo señalamiento del artículo 882, con la diferencia, grande por cierto, de que en el bajel de los argumentos a favor de su modificación, todas las avemárias son del Derecho Civil.

Veamos, pues, la lógica jurídica y económica del artículo 882 y las críticas que esta suscita en la doctrina del Derecho Civil cuyas consecuencias —mas no sus argumentos— hace suyas el Análisis Económico del Derecho.

Como para todos es obvio, el artículo 882 del Código Civil asume plenamente la tesis de la soberanía de la propiedad privada, esto es, el ejercicio pleno de los cuatro atributos que la definen y sin los cuales —cualquiera de ellos— no estaríamos hablando de propiedad ni de propietario. Así pues, no tiene sentido hablar de propiedad como poder jurídico si no se permite a quien ejerce ese poder usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien dentro de los límites de las leyes, tal cual lo sanciona con claridad el artículo 923 del cuerpo legal comentado. Esa es la lógica del Código y las normas jurídicas que expresamente protegen la intangibilidad de los cuatro atributos. El artículo 882 lo hace específicamente con el atributo de disponer, prohibiendo que en un contrato se obligue el propietario a renunciar al poder de disponer de su bien, en este caso, renunciando a enajenarlo o a gravarlo. Es esta una prohibición absoluta, tanto personal como temporal.

La primera atingencia que se hace a este razonamiento es que al proteger la capacidad positiva de disponer, se vulnera la capacidad negativa, esto es, la de no disponer voluntaria y libremente de un bien.³ Aunque en principio pueda parecernos lógico este argumento, lo cierto es que no lo es. De hecho, si extendiésemos esa misma capacidad negativa no solo al derecho de disponer, sino también al de usar, disfrutar y reivindicar un bien, o sea, a contratar libre y voluntariamente no usarlo, no disfrutarlo y no reivindicarlo, en la práctica estaríamos aboliendo la propiedad privada. Y ello por más que formalmente quien se abstenga de todas estas facultades continúe figurando *erga omnes* como «propietario». Por otro lado, el Código ha actuado con absoluta coherencia al proteger generalmente la capacidad positiva de disponer del propietario y no así contractualmente la negativa. ¿Por qué? Porque las leyes legislan sobre las reglas y no sobre las excepciones, y renunciar a disponer de un bien de nuestra propiedad es, obviamente, una excepción a la regla de la disposición absoluta que caracteriza el poder jurídico de todo propietario.

Por ello, no tiene ningún sentido el argumento del «Análisis» contra el artículo 882 del Código. Le imputa a este partir de un concepto de propiedad relativa y ambigua que constituye una violación a los derechos inherentes a la propiedad, como la libre disposición de los bienes y la libertad de contratar en los términos deseados y cuyo resultado es una expropiación de uno de los atributos de la propiedad.⁴ Todo lo contrario, como ya hemos visto. Propietario ambiguo, relativo o precario es aquel que no puede disponer de su propiedad, aquel que no puede usarla, ni disfrutarla ni reivindicarla, por más que

³ «El Código prohíbe (por ley) prohibir (por pacto) qué puedo hacer con mi propiedad. El resultado es una 'expropiación' de uno de mis atributos sobre la propiedad, como es la facultad de disposición, pues la misma no debe entenderse sólo como el derecho a vender y disponer de lo mío, sino, evidentemente, el derecho a no vender o a no disponer». BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Sobre el Código Civil y los dinosaurios». En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001, p. 45.

⁴ *Ibidem, loc. cit.*

así lo haya consentido libremente. Pues, a fin de cuentas, ¿qué propietario sería aquel que renunciase durante su vida a uno o varios atributos de la propiedad, como lo propone alegremente —y sin ningún argumento doctrinario— el «Análisis»? ¿Qué libertad tendría sobre su propiedad?

Llegamos pues al meollo del asunto, a aquella libertad contractual que el Análisis Económico del Derecho privilegia por sobre todas las cosas, incluso sobre la propiedad, sin comprender que es la propiedad privada la que hace posible cualquier clase de libertad individual. Pues son, en última instancia, los derechos de propiedad la condición lógica para que florezca el espíritu de la libertad. En efecto, sería imposible hablar de libertad personal, esto es, de la capacidad de elegir una opción determinada (la mejor opción, si nos atenemos a la racionalidad de las decisiones que ve en todos los hombres el «Análisis») si es que no existiese una delimitación concreta del conocimiento de cada cual. Y ello solo es posible en el pequeño mundo del que somos dueños, porque sobre este podemos tomar las mejores decisiones para nuestros intereses. Así se maximiza el criterio personal libre de interferencias externas, o lo que es lo mismo, se ejerce la libertad de acción individual al máximo. La libertad exige, pues, conocimiento para ser ejercida con plenitud y este a su vez fronteras. Esas fronteras son la propiedad privada. De manera que, tal como lo sostiene Hayek, los derechos de propiedad privada definen la libertad individual y no al contrario.⁵

Por ello, resulta absurdo que se invoque la libertad personal, por medio de la contratación, para hacer de la propiedad privada una caricatura en la que el propietario termine siéndolo solo en el papel, con todos sus derechos a disponer o a usar, disfrutar y reivindicar en salmuera. Tal camino llevaría inevitablemente a la extinción misma de la libertad, en la medida en que estaría extinguendo en los hechos la propiedad que la origina y que la maximiza. Por ello, el Código es

⁵ Véase: HAYEK, F. A. *Law, Legislation and Liberty: Rules and Order*. Vol. I. Londres: Routledge and Kegan, Paul, 1973. También en español: HAYEK, F. A. *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*. Vol. I. Madrid: Unión Editorial, 1985.

rotundo en proteger la capacidad de disponer positivamente de un bien por parte de su propietario y en prohibir legalmente que acaso el principal de todos sus atributos quede decapitado matando —conceptual y físicamente— el derecho de propiedad privada.

No es, pues, la primacía de la libertad contractual un argumento doctrinario válido contra el artículo 882 del Código Civil, tal cual lo sostienen algunos colegas⁶ que se han convertido en abanderados de las críticas del «Análisis» contra la prohibición de las cláusulas de inalienabilidad.

Tampoco, y por paradójico que parezca, lo son sus argumentos económicos, que no toman en cuenta que la lógica del artículo 882 en esta materia es incentivar que los bienes circulen libremente en el mercado. Lo cierto es que no existe nada más perjudicial contra la economía de mercado —cuyas bondades se supone el «Análisis» predica— que impedir que los bienes circulen libremente creando una escasez artificial de estos, fomentando la especulación y elevando los precios. Ese es el costo social de la circulación restringida de bienes y

⁶ Bullard dice: «[...] pero la norma estableció límites que afectaban precisamente a quien libremente podría pactar la limitación». BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 46. Por otro lado, recuerda Salinas que Lucrecia Maisch Von Humboldt, en la Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil, sostenía que una prohibición de vender significaría una severa limitación del *jus abutendi*, el principal atributo de la propiedad, y conllevaría una desnaturalización de ese derecho. El autor no está persuadido de ello, en tanto la autolimitación sea aceptada libre y voluntariamente por el propietario. Véase: SALINAS RIVAS, Sergio. «El rol del Estado en la contratación privada: a propósito del principio de protección al deudor en el Código Civil peruano». En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2001, p. 126.

Finalmente, sostiene Pizarro que: «[...] en la intención aparente de resguardar la libertad de disposición de los bienes, se ha limitado la libertad contractual, la misma que nosotros consideramos, entre ambas, la más importante [...]». PIZARRO ARANGUREN, Luis. «El Código Civil peruano y la contratación actual». En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001, p. 62.

servicios que precisamente el Código que ellos denostan por fomentar la inefficiencia económica prohíbe. Y la prohíbe porque mientras más circulen los bienes en el mercado, más información habrá y mejores decisiones sobre aquellos podrán tomar los consumidores, de manera que se maximicen la propiedad, la libertad y —por consecuencia— la riqueza y prosperidad económica de una sociedad. Este es finalmente el fundamento económico de la prohibición general de las cláusulas de inalienabilidad que, sorprendentemente, no comparte, en estas tierras, el Análisis Económico del Derecho.⁷

Una pregunta se hace pronto necesaria. ¿Por qué entonces nosotros abogamos por la modificación del artículo 882 en los términos de flexibilizar la prohibición legal de prohibir contractualmente enajenar o gravar, tal cual lo sostiene en forma extemporánea el Análisis Económico del Derecho? Descartando de plano aquella pseudoargumentación doctrinaria que hace prevalecer la libertad contractual sobre la propiedad privada, nuestros reparos son exclusivamente de orden económico. Nosotros estamos resueltamente por la libre circulación de bienes y entendemos que ese ha sido el sentido económico del artículo 882. Sin embargo, muchas veces la realidad es más poderosa que las buenas intenciones y que los mejores argumentos. Y sostenemos por tanto que, en forma excepcional, aquella prohibición absoluta de las cláusulas de inalienabilidad que sanciona el Código podría sacar también absolutamente del mercado algunos bienes y servicios, e ir contra el propio sentido económico de la norma. Por paradójico que parezca, así podría ser.

En efecto, estamos hablando de aquellos casos en los que, por no poder contractualmente obligar el vendedor al comprador de un bien a que este último se abstenga por un tiempo determinado de enajenarlo a su vez a cualquiera,⁸ el bien que circularía en forma fluida según esas condiciones excepcionales —restrictivas, pero mínimas

⁷ Véase: HAYEK, F. A. «Economics and Knowledge». *Económica*, vol. IV, 1937.

⁸ Ya sea por no poder obligarlo a excluir de cualquier futura enajenación a una persona determinada o a alguien que esté abocado a alguna actividad específica.

para el comercio— deje de hacerlo absolutamente. Y esto, por ejemplo, porque a quien vende no le conviene traficar de otra manera, con las consecuencias económicas que ello significa para una economía de libre mercado.⁹

En este caso particular habría que elegir legislativamente entre que el bien no circule nunca o circule lo más posible, aunque lo posible no llegue a una oferta universal a todos los agentes del mercado. Según nuestro criterio, la única forma coherente de poner al bien en el tráfico de los hombres es que se modifique la prohibición legal absoluta de prohibir contractualmente disponer de un bien determinado (cuya lógica apunta a la libre circulación de los bienes). Solo así cobraría sentido una prohibición relativa que contemple la hipótesis que la prohibición absoluta no había tomado en consideración, y que restringía en algunos casos esa libre circulación que —precisamente— trata de proteger la prohibición absoluta de las cláusulas de inalienabilidad.

⁹ Tómese como ejemplo el caso hipotético de dos bancos, el Midas y el Creso, ambos con locales en la plaza de armas de una ciudad cualquiera. Tras una operación de fusión, Midas absorbe al Creso y entonces quedan dos locales del mismo banco en la plaza de armas cuando la nueva entidad bancaria solo necesita uno. Lo lógico es que el Midas quiera vender el local que ahora le sobra y que fue del Creso. En ese local —muy bien situado— tiene interés la bodega Don Cuco, que quiere expandir su negocio. A Midas le interesa vender y no tiene ningún problema en hacerlo a un negocio de abarrotes. Pero Midas no quiere que, en un futuro, la bodega Don Cuco termine vendiendo —a su vez— aquel local a una entidad financiera o bancaria que se constituya en competencia de Midas, en la propia plaza de armas. Como el Código prohíbe las cláusulas de inalienabilidad, entonces Midas no se atreverá a vender su local a Don Cuco y preferirá tenerlo clausurado y, por consiguiente, fuera del mercado. Si la prohibición de las cláusulas de inalienabilidad fuera —por el contrario— relativa, Midas podría pactar con Don Cuco que, o bien durante un plazo de X años no pueda vender el local a nadie, o bien que solo no pueda hacerlo a ninguna entidad bancaria o financiera. Según estas condiciones, el bien, que con la prohibición absoluta de cláusulas de inalienabilidad no circularía nunca, con la prohibición relativa sí podría hacerlo, y el mercado ganaría.

Y los plazos son el medio para ello. En consecuencia, nosotros buscamos que el artículo 882 establezca un plazo razonable, mientras menos excesivo mejor,¹⁰ para que, con la finalidad de que un bien circule la mayor cantidad de tiempo en el mercado, un propietario pueda contractualmente ser obligado a abstenerse de disponer de su bien por el menor tiempo posible, si esta es la condición para que suceda lo primero. Se trata, en sencillo, de elegir el mal menor para la libre circulación de bienes y servicios.

Ciertamente que ello no agota el debate doctrinario sobre el propietario disminuido en su poder jurídico de disponer, sino que —por el contrario— lo revive. Pero a diferencia del «Análisis», que no ve inconveniente alguno en que esta disminución pueda ser vitalicia si es que está pactada por el mismo propietario,¹¹ de manera que desvirtúa su calidad de tal, nosotros creemos que un plazo corto no afecta en esencia esta calidad y, en tal virtud, no se desnaturaliza el derecho de propiedad.^{**}

En general, al hablar de las cláusulas de inalienabilidad y su interdicción legal por medio del artículo 882 del Código Civil, hemos tenido siempre en mente en el debate doctrinario sobre el poder

¹⁰ Nosotros habíamos sido incluso más radicales en cuestiones de plazo que los propios seguidores del Análisis Económico del Derecho. En efecto, mientras el profesor Alfredo Bullard («Sobre el Código Civil y los dinosaurios...», p. 47) estaba por un plazo de diez años, siguiendo las propuestas de la Comisión de Reforma de Códigos, aunque repara que «si bien el plazo puede ser muy breve (dada la naturaleza económica de ciertos negocios) es un avance respecto de la norma vigente que impide cualquier pacto al respecto», nosotros proponíamos modificar el artículo 882 en los términos siguientes: «Se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, por un plazo máximo de veinte años, renovables a su vencimiento. Cualquier exceso en el plazo pactado se reduce al límite establecido por el artículo». CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas*, pp. 601 y 602. Sin embargo, y por los argumentos expuestos por nosotros en este capítulo, convenimos en que un plazo de diez años es el más razonable para desnaturalizar lo menos posible el derecho de propiedad.

¹¹ Solo le interesa que el «[...] plazo minimice el efecto de externalidades a los sucesores» o sea que los derechos de estos (terceros) no se vean afectados con la decisión. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 46.

jurídico del propietario a disponer de su bien la esencia de este, es decir, su derecho a enajenarlo. No hemos, sin embargo, hecho hincapié en otro de los derechos de disposición contra el que el Código prohíbe pactar renuncia alguna: el derecho a gravar un bien o, lo que es lo mismo, a darlo en garantía para acceder a un crédito. No vamos a redundar en los argumentos jurídicos que justifican la prohibición legal de prohibir contractualmente gravar un bien por parte de su propietario. Son los mismos, doctrinariamente hablando, que los que tocan al de enajenar. En el caso de gravar, la prohibición del Código cobra sentido cuando se trata de que para acceder a un crédito, quien presta exija como requisito de este que la garantía puesta por el propietario sea exclusiva y excluyente. En buen romance, que contractualmente el propietario quede prohibido de volver a ofrecer en garantía el mismo bien a otro u otros para acceder a más créditos o beneficios. La lógica de esta prohibición contractual de gravar es que el prestamista no tenga que concurrir con otros acreedores a ejecutar una garantía ofrecida *n* veces, en caso de que quien gravó no haya honrado su deuda.

La ley se opone a esto porque, con la misma razón que le asiste a quien es propietario y disfruta absolutamente (en el marco de la ley) de todos sus atributos, no ve impedimento doctrinario alguno en que un propietario pueda gravar cuantas veces quiera ese mismo bien, porque es un derecho que le asiste como propietario.

A diferencia de nuestra discrepancia económica que fundamentaba nuestra posición de relativizar la prohibición legal absoluta de prohibir contractualmente enajenar un bien, en el caso de la prohibición legal de pactar contra los gravámenes ilimitados no tenemos una opinión económica formada. No existe ningún estudio económico que pueda demostrar, a ciencia cierta, si es mejor para el acceso al crédito aquella prohibición legal o no. Una tarea sin duda pendiente para el Análisis Económico del Derecho que, como hemos visto a lo largo de este complejo capítulo, se ha ganado nuestra indulgencia en su afán de modificar *a placé* el artículo 882, con la fuerza irresistible de las oraciones civilistas.

* Pero no es este, ni mucho menos, el único caso en que el Análisis Económico del Derecho cree haber descubierto América. Un ejemplo es el referido al artículo 1562 del Código Civil. Establecía este (la norma fue felizmente modificada en 2001) la improcedencia de la acción resolutoria en un contrato de compraventa a plazos por parte del vendedor si el comprador había cancelado más de la mitad del precio estipulado. En este caso, el «Análisis» pretendió sorprender a los despistados presentándose como el adalid de las críticas absolutamente justificadas a este artículo. Lo cierto es que la polémica empezó desde el momento mismo de la entrada en vigencia del Código, porque para muchos civilistas se atentaba contra el principio de integridad del pago, fundamental en el Derecho de Obligaciones y Contratos.

Es más, la polémica viene desde mucho antes, habida cuenta de que en la Comisión Revisora que participó en la elaboración del Código de 1984, la improcedencia de la acción resolutoria se adoptó luego de una prolongada discusión, lo que quiere decir que entre los mismos autores de la norma no siempre hubo consenso.

Una vez más, pues, es el Análisis Económico del Derecho el que coincide con el Derecho Civil incorporándose a una crítica de larga data. Otro caso de crítica en el último lugar de la cola es la del «Análisis» al artículo 949 del Código Civil sobre la transferencia de la propiedad inmueble y que el «Análisis» ha tomado como cruzada personal. El «Análisis» critica, también con razón, que la transferencia de propiedad se haga según el sistema francés, esto es, por el solo consenso entre las partes, y no por medio de la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, según el sistema alemán. Pero en el Perú, esta crítica a la transferencia de inmuebles por el solo consenso se remonta, al menos documentadamente, a 1925, en un memorando de Manuel Augusto Olaechea al seno de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852. Ahí, Olaechea se declaraba partidario del sistema alemán por todas las virtudes de seguridad que este apareja, pero consideraba, muy a su pesar, continuar con el sistema francés, teniendo en cuenta la precariedad de los Registros Públicos de la época.

Hoy, sin exagerar, 90% de los abogados que ejerce la docencia en Derecho Civil Patrimonial está a favor de cambiar de sistema de transferencia de inmuebles. Sin duda, una batalla académica que ni por asomo empieza con las críticas del Análisis Económico del Derecho, que apenas ha gastado escasa munición para su victoria.

Sin embargo, en honor a la verdad, debemos reconocer la honestidad intelectual de uno de los propulsores del «Análisis», el doctor Bullard, quien al abordar el tema reconoce —a diferencia de muchos de sus colegas— que las críticas al sistema francés no son novedad en el Derecho Peruano.

Véase: PIZARRO ARANGUREN, Luis. «El Código Civil peruano y la contratación actual». En *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2001, pp. 58 y 59.

SALINAS RIVAS, Sergio. *Op. cit.*, pp. 124 y 125.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *La relación jurídico patrimonial. Reales vs. obligaciones*. Lima: Lluvia Editores, 1990, pp. 287-290.

** El Análisis Económico del Derecho es pródigo en desnaturalizar derechos, sobre todo los de propiedad. Por ejemplo, se opone, también en aras de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, a la existencia de los plazos máximos legales para el arrendamiento de duración determinada que el Código legisla en el artículo 1688. Independientemente de que los plazos ahí prescritos sean materia debatible en cuanto a su duración (diez y seis años de acuerdo con la calidad del propietario), lo cierto es que ello no tiene el mérito suficiente como para que se proponga su abolición. ¿Por qué? Porque el Derecho Civil siempre ha cuidado que las instituciones jurídicas no pierdan su naturaleza.

En efecto, el arrendamiento es una desmembración del derecho de propiedad, cuya premisa es siempre la transitoriedad porque se entiende que el propietario que suspende su derecho a usar el bien a cambio de una renta, en algún momento deberá recuperarlo, él o sus herederos. Pero qué pasaría si, no existiendo plazos máximos legales, un bien es arrendado por 500 años (las oficinas del edificio *Empire State* lo están) o por mil años, lo que es perfectamente posible de acuerdo con el principio de la libertad contractual, entendido con el fundamentalismo que lo concibe el «Análisis». ¿Qué clase de propietario sería aquél que suspende su derecho de uso, no ya en vida, sino por generaciones?

Los plazos máximos tienen, además, un profundo sentido de realidad —que no tiene el Análisis Económico del Derecho— en la medida en que a través de esta el Derecho reconoce que las circunstancias de la vida cambian constantemente. Debido a ello es conveniente, económicamente hablando, que cada cierto tiempo razonable, la ley permita que los agentes del mercado tengan la oportunidad de renovar sus negocios jurídicos para que no permanezcan atados a unos contratos que, aunque libremente celebrados, no pueden prever jamás todas las vueltas que dará la vida.

Pero la abolición de los plazos máximos legales propuesta por el «Análisis» tiene otras implicancias allende la desnaturalización del derecho de propiedad en el arrendamiento. Abre las puertas para que se legalice el fraude y se burle la ley en el caso de la libre disposición de bienes de la masa hereditaria, que la ley fija en un tercio para quien tiene herederos forzosos

(artículo 725 del Código Civil). Así, podría darse el caso de que un propietario «arriende» por 100, 200 o 300 años, más de un tercio de sus bienes por una renta simbólica para favorecer a alguna persona que no califica como heredero. Como en este caso el propietario no está donando más del tercio, sino que lo está «arrendando», los herederos quedarían despojados del uso de estos. Sin ningún recurso legal para impugnar el arrendamiento. Sin ninguna esperanza de recuperarlos a falta de plazos máximos. Si existiesen estos, por el contrario, al menos sabrían que el despojo terminaría con el plazo máximo que la ley señale para el arrendamiento.

Véase: PIZARRO ARANGUREN, Luis. «El Código Civil peruano y la contratación actual». *Op. cit.*, pp. 59-60. También en: PATRÓN SALINAS, Carlos A. «¿Mentiras verdaderas?: reflexiones en torno de la regulación del derecho contractual». En *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001, pp. 147 y 148. Finalmente, CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas*. Tomo II, pp. 1007 y 1008.

Capítulo VIII

SANCTA SIMPLICITAS¹

¡Inmutabilidad de la cláusula penal!

¹ Socarrona expresión italiana que se hizo común en la Europa del siglo XIX a raíz de la proclamación del Papa de su infalibilidad.

¡O sancta simplicitas! ¡Qué mundo más extrañamente simplificado y falsificado aquel en que vive la humanidad! No cesa uno de asombrarse, tan pronto como se pone las gafas apropiadas para ver semejante prodigo. ¡Con qué cuidado hemos tratado de conservar ante todo nuestra ignorancia, para gozar de una libertad, de una despreocupación, de una imprudencia [...] casi inconcebibles [...].

Friedrich Nietzsche²

El problema de un mundo complejo es que a muchos disgusta y a no pocos asusta. Incapaces pues de enfrentarlo tal como este es, ya sea por miedo o por simple inmunidad a toda sutileza que la complejidad impone, lo dividen muy pronto los santos en Cielo e Infierno y los simples en blanco y negro. Pero ni en el mundo existen ángeles y demonios sino apenas hombres —y muy pocos santos— ni los colores y sus mil combinaciones han sido, gracias a Dios, desterrados del día y de la noche que solo los simples —que son legión— tienen la tragedia de no ver. Sea como fuere, a quienes nos dedicamos a ejercer la mundana profesión del Derecho y mucho más a los que nos hemos arriesgado a reflexionar sobre él, el deber nos llama a no ser ni santos ni simples si queremos hacer justicia aquí en la Tierra.

Quizás uno de los ejemplos más ilustrativos de lo que es la complejidad en el Derecho Civil sea el tema de la Cláusula Penal y el partido por su mutabilidad o inmutabilidad. Prueba de lo complejo que es para nosotros el problema, es que uno de los autores de este ensayo ha dedicado un tomo y medio completo de los 16 del Tratado de las Obligaciones,³ a la doctrina de la Cláusula Penal. Pero lo que para unos es esforzado ejercicio de sutileza, para otros no es más que liberadora simplificación de cualquier problema que impone el Dere-

² NIETZSCHE, Friedrich. *Más allá del bien y del mal*. Madrid: EDAF, Ediciones-Distribuciones, s. a., p. 59.

³ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*, cuarta parte, vol. XVI, tomos XIV y XV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

cho.* Pues para los simplificadores basta con apenas un párrafo⁴ —y decimos bien ¡un párrafo!— extraído del cenáculo que tiene el don de esta alegre sabiduría para declarar *urbi et orbi* salvados los meandros de la confusión y resuelta la cuestión que agobia a los civilistas desde tiempos pretéritos.

Así pues, no nos queda más que expresar nuestra sana envidia por aquellos que, dentro del Análisis Económico del Derecho, han obrado el milagro de reducir la problemática de la Cláusula Penal a esto:

No queremos dejar de mencionar otros ejemplos de sobreprotecciónismo contraproducente que, por razones de extensión, no podemos tratar con mayor detalle, como son la posibilidad judicial de reducir el monto de las cláusulas penales (artículo 1346), las limitaciones a los plazos de preferencia de suministro (artículo 1614), la nulidad de las estipulaciones punitivas en la retroventa (1587) y las normas de usura (artículo 1243), entre otras. Finalmente, a favor de las disposiciones antes mencionadas se podría sostener que en el contexto en que se promulgó el Código Civil del 84, éstas servirían a un propósito razonable, esto es, combatir un posible abuso de poder monopólico estatal. Sin embargo, dentro del actual modelo económico, tal argumento carecería de toda eficacia.⁵

No habíamos pues mentido: *Ecce* párrafo. Tan simplificado ha quedado el problema de la Cláusula Penal que se nos escapa. He aquí una verdadera economía del análisis, una obra maestra del intelecto,

⁴ Queremos dejar sentado que, de la bibliografía recopilada para la elaboración de este ensayo, solo hemos encontrado un párrafo relativo al tema de la cláusula penal. Sin embargo, admitimos que podría existir alguna otra referencia desconocida por nosotros. En todo caso, los argumentos a favor de la inmutabilidad de la cláusula penal que siempre han esgrimido en conferencias y disertaciones quienes profesan el «Análisis» han girado exactamente en torno a la misma idea expuesta en el párrafo citado.

⁵ PATRÓN SALINAS, Carlos A. «¿Mentiras verdaderas?: reflexiones en torno de la regulación del derecho contractual». En *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001, p. 149.

una poderosa razón por la que hay que cambiar el Código Civil. Como quiera que tal poder de síntesis es ajeno a todas nuestras posibilidades, no nos queda más remedio que abrumar al lector *non sancto* con el peso de un problema cuya solución pasa por la orfebrería de hilos muy finos, y dejar para los masoquistas, sin duda, la lectura de las 111 páginas del tomo XIV y las 412 páginas del tomo XV del Tratado de las Obligaciones ya mencionado, en donde quien busque castigarse con rigor en las profundidades del tema encontrará gran y profuso placer.

¿Qué cosa es pues la Cláusula Penal? No es esta otra cosa que un pacto de indemnización anticipado cuyo monto está indubitablemente definido por los daños y perjuicios ante el eventual incumplimiento de las obligaciones de una de las partes que celebran un contrato. Así lo establece por cierto el artículo 1341 del Código Civil que dice:

Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

Uno de los problemas, aunque no el principal, que se presenta a la doctrina y a la justicia, es si este pacto de indemnización anticipado sanciona el incumplimiento absoluto de la prestación debida o si también castiga con la misma severidad y el mismo monto el incumplimiento relativo. Varias preguntas cobran entonces sentido y exigen una respuesta: ¿solo se puede cumplir absolutamente una obligación? ¿Es posible hablar de un cumplimiento relativo o parcial? ¿El mundo se divide en cumplidores e incumplidores a secas? ¿Incumple quien ha cumplido con 99% de lo pactado? ¿Le ha sido útil o se ha beneficiado en alguna medida el acreedor de la obligación con ese 99%, 80%, 50% o quizás 20% realizado en su favor por el deudor? Y si es así, ¿es posible hablar de daños y perjuicios por el 100% del monto de

la Cláusula Penal pactada, siendo que el objeto de esta es la indemnización de los daños y perjuicios producidos? ¿Es justo o injusto que pueda reducirse el monto de la Cláusula Penal en proporción al beneficio o utilidad obtenido por la obligación irregularmente cumplida? En pocas palabras, ¿debe ser la Cláusula Penal inmutable como el fósil de los dinosaurios en la roca o, bajo ciertas condiciones, mutable como todas las leyes de los hombres? Un problema complejo, sin duda.

Dentro de esta complejidad, el Código Civil opta, en el artículo 1346, por la tesis de la mutabilidad, esto es, por la posibilidad de reducir el monto de la Cláusula Penal:

Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

Así, pues, la ley prevé dos supuestos bajo los cuales la mutabilidad de la Cláusula Penal es posible. El primero, que la pena sea manifiestamente excesiva. El segundo, que la obligación hubiese sido parcial o, si se prefiere, inexactamente cumplida. Es, por lo tanto, sobre la bondad y pertinencia de estas dos hipótesis donde debe centrarse la discusión sobre la tesis elegida por el Código.

El artículo 1346 es manifiestamente un despropósito, no porque adopta la tesis de la mutabilidad, como veremos más adelante, sino porque una de las premisas sobre la que la asienta es un absurdo indiscutible. Como es obvio, nos referimos a la posibilidad de que la Cláusula Penal sea reducida judicialmente cuando, luego de que las partes contratantes pactaron en forma libre y voluntaria en una negociación contractual el monto indemnizatorio anticipado por el eventual incumplimiento de la obligación de una de ellas, suceda que a aquella que haya incumplido absolutamente la obligación le asista aun el derecho de escabullirse de la penalidad pactada aduciendo el excesivo rigor de esta. ¿Cuál sería entonces el sentido de la Cláusula Penal como elemento disuasivo del incumplimiento si se puede

incumplir totalmente la obligación contratada y todavía ser premiado con la reducción judicial del monto indemnizatorio?

No es novedad, dicho sea de paso, este cuestionamiento.⁶ El artículo 1346 del Código Civil copia fielmente la fórmula de la mutabilidad del artículo 1227 del Código Civil de 1936. Y si no le faltaron a este las críticas, ya se supondrá la fuerza con que vinieron estas cuando el de 1984 reprodujo literalmente el craso error de su antecesor. Así pues, son hasta la fecha 68 años de feroz debate civilista en el Perú sobre el supuesto aquel que permite, luego de no cumplir absolutamente con la obligación pactada, que se reduzca a su vez la Cláusula Penal alegando un pretendido exceso. A este debate se ha sumado en los últimos diez años el Análisis Económico del Derecho con el argumento contenido en el incandescente párrafo antes señalado.

En esta primera hipótesis bajo estudio, ¿es el despropósito del artículo 1346 razón suficiente para descalificar la tesis de la mutabilidad

⁶ Jorge Muñiz Ziches dice sobre el particular que «El artículo 1341 regula la figura de la cláusula penal, la que es definida como el pacto por el cual los contratantes acuerdan que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, la misma que tiene el efecto de limitar el resarcimiento de los daños y perjuicios; sin embargo, el artículo 1346 faculta al deudor que ha incumplido la obligación asumida en el contrato a solicitar al juez la reducción de la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. Podemos percibir que esta contradicción desvirtúa la existencia de la cláusula penal, pues la desnaturaliza, toda vez que si bien por un lado busca garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas voluntariamente, por el otro, permite no sólo que se incumplan las obligaciones contraídas, sino que además no sanciona debidamente el perjuicio que se cause con dicho incumplimiento y por tanto, la incorporación de la cláusula penal en un contrato resultaría inútil. Creemos pues, que urge una sistematización de ambos artículos». MUÑIZ ZICHES, Jorge. «Revisión del Código Civil de 1984 y la necesidad de reformas urgentes». En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: UPC, 2001, p. 89. Debemos decir, sin embargo, que aunque la crítica de Muñiz es válida en términos generales, el problema que plantea el artículo 1346 es mucho más complejo de lo que parece, como se verá más adelante.

sostenida por el Código, y por consiguiente, razón también para abrazar la tesis de la inmutabilidad de la Cláusula Penal? Muchos lo creen así. Nosotros no. Hemos dicho desde un inicio que la Cláusula Penal impone problemas complejos cuya solución no pasa por el vuelo de pájaro de una primera impresión. Naveguemos, pues, en los meandros del asunto.

Cuando el Código establece dos hipótesis para la reducción de la cláusula penal las está excluyendo explícitamente. Así, si una de ellas estatuye que el monto de la cláusula penal puede reducirse si se ha cumplido parcialmente con la obligación debida, la otra hipótesis descarta esta posibilidad. De este modo, la hipótesis de la reducción del monto de la cláusula penal por excesiva estaría implicando el incumplimiento total de la obligación. A todas luces, la justicia aquí se ofende ante la perspectiva de que a quien no hubo cumplido absolutamente nada de lo que se había obligado le sea posible minimizar judicialmente los daños y perjuicios que también pactó por anticipado en caso de incumplimiento. Nótese, sin embargo, que en esta repugnancia por el incumplimiento doble de las obligaciones contraídas subyace el hecho de que ambas lo han sido con el absoluto conocimiento y concurso de todas las partes involucradas en el contrato. Por eso, no tiene disculpa alguna que quien participó en la negociación y luego celebró de buen grado, tenga la felonía de desdecirse y reclamar mercedes. Porque, como es obvio, la lógica de un asunto tan grave como el de una indemnización anticipada, tanto para el eventual indemnizado como para el indemnizador es, sin duda, la de la negociación. El sentido común exige que las partes tengan el derecho a deliberar sobre algo tan delicado como el monto de los daños y perjuicios que estuvieren dispuestas a exigir y a asumir, respectivamente, en caso de incumplimiento.

Pero en el mundo moderno no todos los contratos tienen de hecho las paritarias características que exigen los contratos negociados. Existen aquellos en los que la negociación es imposible porque una de las partes establece, a su guisa, todas las obligaciones habidas y por haber y a la otra solo le queda la posibilidad de aceptar (la mayoría de las veces sin conocer siquiera lo aceptado), o la libertad de

quedar fuera de la civilización y regresar a la era de los dinosaurios tan mentada por algunos. La electricidad, el agua, el teléfono, el transporte aéreo y las operaciones bancarias son vivos ejemplos de servicios cuyos contratos no admiten negociación alguna. La adhesión y las cláusulas generales de contratación son su sino. Y no está mal que así sea, pues es el precio que hay que pagar por vivir en un mundo civilizado. Pero es un precio muy alto, ya no decimos para la civilización, sino para la justicia —que es su esencia—, que las penalidades contractuales puedan estar a merced de monopolios u oligopolios que, como sostiene el «Análisis» son la fuente de todo abuso para el consumidor en particular y para la sociedad en general. De ahí se deriva que, si en nombre del progreso y el confort que este apareja sea tolerable que para gozar del suministro de electricidad, de agua o de teléfono no tengamos más que decir *sí* a las tarifas fijadas por los cárteles, sea también en nombre de la justicia un exceso que estos puedan tener, además, la única y última palabra en las penalidades contractuales que, como la obligación principal, han sido estatuidas sin más concurso que el omnímodo poder de su leal saber y entender.

De esto se sigue que, en principio, nosotros seamos contrarios a que en la contratación masiva como la de las cláusulas generales y la adhesión sea doctrinariamente lícita la posibilidad de establecer penalidades. Y esto porque su naturaleza⁷ queda absolutamente desvirtuada.

Sin embargo, lo que es incuestionable por lógico en el debate doctrinario no lo es necesariamente en la realidad que, después de todo, tiene su propio sino. Así, pues, debemos reconocer que está profundamente arraigada en nuestra tradición jurídica contractual la Cláusula Penal en la contratación masiva. Por ello, aceptando lo difícil que es modificar realidades por la vía de las leyes, dicta el sano sentido que por lo menos es deber del Derecho atenuar cualquier pernicioso efecto a que hubiere lugar bajo el imperio de tan penosas circunstancias. En este sentido y según el supuesto exclusivo de que

⁷ Reiteramos que la naturaleza de las penalidades contractuales es siempre la de la negociación, en tanto reclama el concurso de todas las partes en la aceptación de cualquier responsabilidad indemnizatoria, máxime si se busca fijar montos adelantados que afectarán la hacienda de una de las partes.

se trate de contratos por adhesión y cláusulas generales de contratación, sí resulta explicable, entendible y atendible que, a solicitud del deudor, pueda judicialmente exigirse la reducción de la pena en casos de incumplimiento; ya que, si el abuso se cuela por la ventana de la realidad, no le queda al Derecho otro remedio que abrir de par en par las puertas a la justicia. Ese es su deber.

Por eso, en su debido momento uno de los autores de este ensayo propuso la modificación total del artículo 1346 del Código en estos términos:

Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena sólo cuando la obligación principal hubiese tenido un cumplimiento inexacto, el mismo que hubiera sido aceptado por el acreedor, o cuando se trate de contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.⁸

En esta misma propuesta modificadora del artículo 1346 dejamos sentada también nuestra posición sobre la segunda hipótesis que el Código contempla para la mutabilidad de la Cláusula Penal. Nos referimos a aquella que admite la reducción de la indemnización anticipada por daños y perjuicios que hubiese sido acordada entre las partes por el incumplimiento de la obligación principal. Aquí creemos haber puesto en el dominio del acreedor la llave para que una obligación parcialmente cumplida pueda tener la posibilidad de una reducción judicial de la penalidad a solicitud del deudor. No otro es el sentido de la fórmula expuesta que establece que «sólo si hubiera sido aceptado por el acreedor» el *cumplimiento inexacto* de la obligación principal (cumplimiento parcial, tardío o defectuoso) podría abrirse la posibilidad de la reducción equitativa de la pena. Y la razón es muy simple. Si el acreedor no acepta, porque no le interesa más que el cumplimiento exacto de la obligación y este no se produce, existe

⁸ CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones Académicas*, tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, pp. 803 y 804.

obviamente un daño y un perjuicio que debe ser reparado tal cual fue acordado por las partes, en tanto el acreedor en nada se ha beneficiado y en todo se ha perjudicado. Pero si —por el contrario— aceptase de buen grado aquella inexactitud en el cumplimiento, obvio es que esta le reporta alguna utilidad y beneficio. ¿Se puede colegir de esto que la penalidad pueda reducirse equitativamente en proporción a la utilidad y beneficio aceptado por el cumplimiento inexacto de la obligación? La respuesta es *sí*.

No debemos nunca perder la perspectiva de que la Cláusula Penal tiene como fundamento la reparación de daños y perjuicios. Son estos, pues, los que demandan una satisfacción. Son estos el eje central de la norma. Tan claro es ello para la doctrina y la ley que en el artículo 1341 —que nadie objeta, incluidos los del «Análisis»— se deja establecida la posibilidad de que, previo acuerdo, si los daños y perjuicios fueran mayores a los estimados por las partes en la Cláusula Penal, pueda el acreedor perjudicado acudir a la Justicia y solicitar el monto real de la indemnización (estipulación que se conoce con el nombre de «cláusula de indemnización de daño ulterior»).

Así, pues, ¿por qué lo que es lícito para el acreedor no habría de serlo también para el deudor? ¿Por qué si los daños y perjuicios fueron menores a los estimados por las partes, en el entendido de que el acreedor hubiere aceptado el cumplimiento inexacto de la obligación, como proponemos nosotros, tendrían que ser esos daños y perjuicios los mismos que los originalmente pactados? ¿Por qué no tendría el deudor el derecho a solicitar al juez la reducción de la Cláusula Penal en proporción a los daños y perjuicios realmente sufridos por el acreedor? ¿Por qué? No existe razón alguna dentro de esta lógica de ideas para que la Cláusula Penal sea, pues, inmutable.

Llegamos así al final del camino, el cual, como anticipamos al principio, no era ni por asomo un lecho de rosas. Tortuoso, difícil, complejo, así es el tema de la Cláusula Penal y el partido por su mutabilidad o inmutabilidad. Hemos elegido el propuesto por el Código, pero rechazado categóricamente su equivocada lógica por razones más poderosas y felices que nos han llevado a buen puerto. Y hemos dejado el camino de lo simple a los santos y a los simples.

Después de todo, como decía Nietzsche, solo ellos tienen el privilegiado secreto de las esencias inmutables.

* El Análisis Económico del Derecho no economiza ejemplos sobre este tipo de simplificaciones doctrinarias. Amén del que tocamos en este capítulo, podemos señalar el de los pactos sucesorios y en especial la venta de herencia futura [A (heredero) vende a B (tercero) la futura herencia que recibirá de C (causahabiente)], tema cuya controversia es tan grande en el Derecho Civil, porque el fraude es para todos los efectos el anfitrión de esta figura, que la mayoría casi absoluta de la tradición jurídica romano-germánica de los últimos 200 años ha optado por la prudencia. Baste con decir que en el mundo tan solo hay dos Códigos Civiles (el alemán y el suizo) que la admiten, legislada al milímetro (el Código Alemán de 1900 le dedica más de 30 artículos). Pero para el «Análisis» toda la prudencia de la Tierra es puro asunto de timoratos o de bisoños (en su tesis de bachiller, uno de los autores de este ensayo se dejó llevar en este tema por sus ímpetus de juventud). Para esta doctrina monócula la cosa es tan simple como afirmar los pactos sucesorios en nombre del principio de la libertad contractual. Así, pues, si alguien quiere contratar para ser estafado impunemente, ¿por qué no puede hacerlo, si es su voluntad? Y si asumimos eso, ¿qué puede importar que la obligación en la venta de herencia futura carezca de objeto porque este (la herencia) no puede ser determinado o determinable como exige el Derecho? ¿Para qué tanto lío? ¿Para qué tanto Derecho? ¿Para qué tanto Código? «Si las cosas simples de la vida nos dan tanta alegría que son la, la felicidad», como dice la vieja canción.

Véase el trabajo del profesor Eduardo Benavides Torres (BENAVIDES TORRES, Eduardo. «La Reforma del Código Civil peruano sobre el Derecho de los Contratos, parte general: ¿En busca de una isla?» *Advocatus*, n.º 7, 2002-II, pp. 397 y 398. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima.), quien, no adhiriéndose a las tesis del «Análisis», hace referencia a estos controvertidos temas.

Capítulo IX

AMOR DE GAVILANES

Mujer, casos de la vida real: discriminación,
disposición y gravamen de los bienes sociales

¿Cómo no te iba a conmover descubrir que no estabas sola, que [...] otros, como tú, encontraban intolerable que la mujer fuera considerada un ser inferior, sin derechos, un ciudadano de segunda clase?

Mario Vargas Llosa como *alter ego* de Flora Tristán¹

Muchas veces las cosas no son lo que parecen. Tras los abalorios de la modernidad, tras las revolucionarias teorías que pretenden arrasar todo, tras las reivindicaciones de la razón en nombre de la eficiencia y el progreso, se esconde, acechante, el mazo de las cavernas. Y aunque a estas alturas no deberían extrañarnos las inconsistencias, vacíos y paradojas de una teoría que pasaba por ser la vanguardia del pensamiento jurídico, el Análisis Económico del Derecho en el Perú deja la indeleble huella de la noche de los tiempos, esta vez, en el tema de la disposición y gravamen de los bienes sociales del matrimonio. Veamos, pues, de qué se trata.

Uno de los aspectos más importantes de la institución del matrimonio ha sido, es y será siempre el de los bienes regidos bajo su imperio. En tanto que bienes, esto es, en tanto objetos de intercambio económico, se hace necesario que el mercado sepa sin ambages quién o quiénes tienen ante la ley la legitimidad para ejercer los atributos de la propiedad y, por ende, la facultad de disponer a su guisa del patrimonio conyugal. Como quiera que en nuestra legislación asúmese, salvo expresión manifiesta y formal en contrario,² la

¹ VARGAS LLOSA, Mario. *El Paraíso en la otra esquina*. Lima: Alfaguara, 2003, p. 353.

² El artículo 295 del Código Civil establece que: «Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales». Si bien es cierto que

mancomunidad de bienes o sociedad de gananciales como el régimen patrimonial del matrimonio por excelencia, quiere consecuentemente la ley que sean ambos cónyuges quienes participen de pleno derecho en la eventual disposición de los bienes de propiedad del matrimonio. Así, el Código Civil, en su artículo 315, establece que: «Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitarse tal facultad, si tiene poder especial del otro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales».

Un hecho cierto es, obviamente, que una cosa es la ley y sus designios, y otra, muy distinta, la realidad. Y en nuestro país, a diferencia de muchos otros, la realidad es que, como consecuencia de un sistema registral muy inefficiente e incapaz en la práctica de constituir derechos y obligaciones frente a terceros, el estado civil de las personas es, *erga omnes*, un estatus jurídico meramente declarativo. Por tanto, está sujeto a la misteriosa sombra de la duda.³

el Código permite elegir a los contrayentes el régimen patrimonial del matrimonio, no menos cierto es también que prefiere, a falta de las formalidades expresas exigidas para el de separación de bienes, el régimen de sociedad de gananciales. Más adelante regresaremos en detalle sobre este artículo que será clave para el desarrollo del presente capítulo.

³ Así lo reconoce, como nosotros, el Análisis Económico del Derecho cuando dice a través de uno de sus representantes que «El Documento Nacional de Identidad (DNI) no garantiza que la declaración de soltero en él contenida sea cierta. Hay millones de DNIs en los que se dice que la persona es soltera y en realidad es casada. No existe un sistema de información que permita [...] tener certeza sobre el estado civil de las personas. [...] El resultado absurdo de esta situación, dado que no hay un sistema que publicite de manera efectiva y cierta el estado civil de todas las personas, es que tendríamos que revisar municipalidad por municipalidad de las más de dos mil que hay en nuestro territorio para saber si la persona está casada en alguna de ellas». BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Sobre el Código Civil y los dinosaurios». En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001, p. 48.

Así las cosas, el problema que se presenta al debate es quién o quiénes deberían asumir los costos jurídicos y económicos de una declaración inexacta por parte de un cónyuge que afirma no ser tal en una transacción comercial que involucra la disposición o el gravamen de los bienes sociales del matrimonio, con lo que falta a lo prescrito en el artículo 315 del Código Civil. En pocas palabras, quién ha de pagar la factura de un fraude.

Para el «Análisis» la cosa es muy clara: debe perjudicarse quien está en mejor capacidad de conocer la situación civil, los antecedentes personales y la trayectoria moral del que oculta al mundo la alianza que juró ante Dios y las obligaciones que contrajo ante la ley del hombre. Y aquel no es otro que el cónyuge, en tanto que «cada cual está en mejor posibilidad de saber con quién se ha casado, y por tanto, qué nivel de confianza tener en esa persona».⁴ Suena lógico el argumento así expuesto en la asepsia de las burbujas teóricas. El problema es que el mundo no es aséptico y nosotros vivimos en la realidad del mundo. El problema es pues que en el Perú, ese cónyuge asexuado por el velo del «Análisis» que, además, debe asumir los riesgos de un fraude matrimonial, tiene el rostro de mujer.

En efecto, para nadie es un secreto, y mucho menos para quienes ejercen la práctica profesional de abogado, que en nuestro país, la abrumadora mayoría de los cónyuges defraudados en el patrimonio de los bienes sociales por aquellos que en su momento les juraron honrarlos y respetarlos hasta que la muerte los separe son las mujeres. Los maridos sinvergüenzas son la regla; las mujeres, la excepción.

El Análisis Económico del Derecho propone, por ejemplo, que en el caso de los créditos bancarios, no sean ni el banco ni los solteros que quieren obtener un crédito quienes asuman el eventual costo del incumplimiento del préstamo solicitado por una persona que, ocultando su calidad de cónyuge, compromete como garantía un patrimonio que no puede disponer ni gravar. Desde el momento mismo en que el «Análisis» exige que este costo sea asumido por el

⁴ *Ibidem*, p. 49.

otro «cónyuge» ignorante de los hechos,⁵ lo que en realidad está diciendo es que los platos rotos los pague la mujer. De este modo, el «Análisis» pretende reparar la injusticia de un fraude contra los acreedores de un crédito por otra injusticia contra la compañera de lecho.*

Y eso se llama aquí y en cualquier parte del mundo discriminación. Así de simple, así de fácil. Porque al discriminar el riesgo y cargárselo a uno de los cónyuges que en más del 90% de los casos son mujeres confiadas en la buena fe del otro, lo que se está proponeando —de facto— es la discriminación de la mujer y su patrimonio de la protección de la ley.

Nosotros no avalamos, por supuesto, la discriminación de nadie. Ni la del banco que presta contra una garantía espuria. Ni la del comprador de buena fe de un bien vendido por quien no tenía la facultad de hacerlo. Ni mucho menos la discriminación de la mujer en el problema que nos ocupa, esto es, en determinar quién debe pagar la cuenta del incumplimiento del artículo 315 del Código Civil que sanciona la intervención de ambos cónyuges en la disposición y gravamen de los bienes sociales.

El hecho es que la solución del problema no pasa por destruir la regla del artículo 315, tal como lo exige el «Análisis»,⁶ porque esto permite que en una mancomunidad de bienes cualquiera de los cónyuges pueda disponer de ellos y gravarlos, con la intolerable injusticia hacia la mujer que de esto realmente se sigue. Ello sin

⁵ «Los bancos van a incorporar en la tasa de interés el costo que implica el riesgo de personas casadas que, aparentando ser solteras, firmaron solas el contrato de crédito y como consecuencia no pueden ser embargadas. [...] La pregunta es si los bancos, y en especial los solteros que quieren obtener un crédito, deben pagar por ese hecho, o si es mejor que ello sea asumido por el cónyuge». *Idem*, p. 49.

⁶ «Otro ejemplo de las malas reglas lo constituyen las normas que regulan el régimen patrimonial del matrimonio. Según el régimen vigente, se necesita del consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los bienes comunes. Esto ha conducido a una interpretación judicial según la cual un bien común no puede ser embargado por una deuda contraída por uno solo de los cónyuges». *Ibidem*, pp. 47 y 48.

mencionar siquiera el despropósito que significa desnaturalizar así el régimen de bienes comunes en el que, precisamente, por ser comunes, debe serlo también el acuerdo sobre cualquier eventual disposición de estos.

No. La solución pasa por hacer de la mancomunidad de bienes una excepción, y de la separación de estos la regla que rija el régimen patrimonial del matrimonio. Exactamente al revés de lo que el Código Civil sanciona. Pasa pues, entonces, por modificar no el artículo 315, como erróneamente propugna el «Análisis», sino el 295. Y la razón de ello es muy simple. Jurídicamente, porque de asumirse la separación de bienes como el régimen patrimonial del matrimonio querido por la ley, se reduce a su mínima expresión la aplicación del artículo 315. De tal suerte que se convierte en general que los cónyuges puedan disponer cada cual de sus bienes en la medida en que no son comunes. Así, pues, se minimiza el riesgo de los cónyuges que *le sacan la vuelta* al patrimonio del otro, el fraude a los bancos con garantías ajenas y, por tanto, el costo de los créditos que tanto preocupa al Análisis Económico del Derecho.

Pero es en el terreno económico en el que cobra su total dimensión el cambio de la regla del régimen patrimonial del matrimonio, propuesta por nosotros para disminuir la relevancia social de los casos de incumplimiento del artículo 315. Y esto, porque —en principio— la economía tiene un importantísimo componente psicológico, por no decir que toda ella se reduce a esos términos. En efecto, la razón de ser de un régimen de mancomunidad de bienes no es otra que la de asegurarle a la mujer su puesto en la cocina a cambio de acceder en calidad de «dueña» a los bienes que el hombre pueda comprar con un trabajo remunerado. Así se explica muchas veces, sino todas, que el cónyuge que trabaja a cambio de un salario —esto es, en la abrumadora mayoría de los casos, el hombre— se sienta con derecho a disponer y gravar lo que él siente como «suyo» en tanto fue adquirido con su trabajo reconocido por una planilla o un recibo de honorarios profesionales. Y de ahí se deriva quizá, aunque queremos creer que inconscientemente, la justificación de algunos a que, después de todo, sea la mujer la que asuma los riesgos

de un mal matrimonio y no los bancos ni cualquier otro, en el caso de la disposición indebida de los bienes sociales.

Pero quien resulta, a fin de cuentas, el acreedor más defraudado por la engañifa psicológica de la ilusión de un «futuro económico asegurado» por la sociedad de gananciales es la mujer misma. Pues no hay mejor futuro económico que la verdadera garantía de tener el pleno poder jurídico que da la propiedad de los bienes que son solo de uno. La separación de bienes como regla del régimen patrimonial del matrimonio sería, pues, el mejor incentivo económico entonces para que la mujer que quiera asegurar su vejez de cualquier sorpresa en las que la vida es pródiga se ponga de inmediato a trabajar a cambio de un salario. Abriríase de este modo en la economía nacional, por la fuerza de la necesidad —que es el más poderoso motor de todo progreso—, un espacio insospechado aún para la mujer en el desarrollo de la Patria. Y, demás está decirlo, para ella misma y su independencia, de manera que contribuya a ganar la justa batalla contra la discriminación de sus derechos que algunos todavía, pese a su discurso de *avant garde*,** avalan entre líneas y medias voces. Con esto no queremos desconocer que hoy mismo y en todos los ámbitos de la sociedad peruana la mujer casada ocupa un lugar expectante en el mercado laboral. Pero creemos que sus motivaciones, dada la vigente regla del régimen patrimonial del matrimonio y las ilusiones que este engendra, son más las de la abnegación de contribuir al hogar común que a su propio beneficio. Y es este el que deseamos nosotros. Buscará así su prosperidad personal sin dejar de lado el hogar y el matrimonio, pero con el seguro inventario de todo el activo que le pertenece, llegado el infortunado momento de hacer maletas.

Queda, sin embargo, el problema de las consecuencias del incumplimiento del artículo 315 para quienes, en el marco de nuestra propuesta, quieran expresamente y con las mismas formalidades notariales que prescribe hoy el artículo 295 para el régimen de separación de bienes tomar partido por el de la sociedad de gananciales. Ya hemos dicho que estos serían pocos, tanto como hoy son pocos los que se toman la molestia de realizar el engoroso trámite de elevar a escritura

pública la separación de bienes. Así pues, el «costo social» del incumplimiento, también como ya hemos dicho, sería poco. En esa balanza comprenderíamos que atendiendo a su «filosofía» del costo-beneficio, para el «Análisis» devenga socialmente irrelevante⁷ quién deba pagar la factura por disponer o gravar indebidamente los bienes comunes (si es que acaso insistan aún en su teoría de que deba pagarla el cónyuge honesto que escogió la (hipotética) excepción del régimen mancomunado). Esa es la diferencia entre ellos y nosotros. Y es que para quienes amamos la justicia esta no debe administrarse en función de los muchos o pocos beneficiados por su imperio, ni discriminar por el número, el tamaño de la bolsa, la raza, la religión o el sexo de sus súbditos. Debe, por el contrario, dar solución a todos los problemas legales que se expongan a consideración de su majestad.

¿Y cuál era el problema que ponía bajo la luz de la inteligencia el artículo 315? No que existiera un cónyuge desalmado, que en todas partes y en todo tiempo habrá. El asunto era que no había forma de corroborar si quien dispone o grava un bien es o no es cónyuge y, en este último caso, a qué régimen patrimonial está adscrito. Y todo esto por la inefficiencia del sistema registral, no lo olvidemos. Obvio es entonces para cualquiera con un mínimo de sentido común que la solución va por prevenir el fraude, esto es, porque el Estado cumpla con su deber, pues es al Estado al que le toca prevenir en primer lugar los actos ilícitos, y solo después y supletoriamente a los individuos. Si no, ¿para qué existiría el Estado? Antes pues que convertir a la mujer casada en policía, o de recordarle incansablemente el precio de su «negligencia» por no cuidar sus intereses en el patrimonio conyugal, lo que debió proponer el «Análisis» es hacer del sistema

⁷ Nótese sin embargo la paradoja que se ha desvelado a lo largo de todo este libro, a saber, la irrelevancia jurídica, económica y social de todos los temas puestos por el Análisis Económico del Derecho como ejemplos de crítica y fundamento de por qué habría que cambiar de Código Civil. Es recién este tema, referente a la disposición y gravamen de los bienes sociales, uno de impacto social en lo que respecta al costo del crédito. Pero ni aún aquí han dado con la solución económicamente correcta, ni qué decir ya de la jurídica. Ironías de la vida, sin duda.

registral, en este caso del Registro Personal, un instrumento eficaz para el propósito de constituir derechos y obligaciones de indubitable factura. ¿Que ello es costoso? Sí, lo es. Pero más costoso para la civilización es ese amor de gavilanes que cortejan a sus víctimas con la complacencia de un Derecho economizado de toda justicia.

* Otro ejemplo de esta curiosa «lógica» del Análisis Económico del Derecho de resolver injusticias creando otras aún más costosas, es el caso de la ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias y del pacto comisorio, que propugna. Aquí el argumento es que es injusto y caro que, ante el incumplimiento de un deudor que ha garantizado su deuda con una hipoteca, tenga el acreedor que pasar por los engorrosos y largos trámites de un proceso judicial para ejecutar la garantía y cobrarse el saldo (artículo 1097), con todos los inconvenientes que esto implica para el acreedor. Así, el «Análisis» propone la expeditiva justicia de vender el bien hipotecado sin necesidad de proceso judicial alguno o de quedarse simplemente con el bien (pacto comisorio prohibido en los artículos 1130, 1066 y 1111 del Código Civil). El problema es que esta «solución» es la puerta abierta para problemas aun mayores que el que se pretende resolver. En efecto, lo lógico de la ejecución judicial de garantías hipotecarias y de la prohibición del pacto comisorio es proporcionar todas las seguridades posibles del Estado para evitar una venta fraudulenta de la garantía o un despojo de esta. Mediante un remate judicial se impide que el acreedor venda el bien en garantía a un precio menor del que puede figurar en un contrato de compraventa celebrado sin la supervisión del Estado, cobrando más de lo que en realidad le correspondía e incluso aduciendo que la garantía no alcanzó a cubrir la deuda y que el deudor aún tiene la obligación de pagar. También existe un segundo riesgo aún mayor, consistente en que se haya honrado la deuda pero que el acreedor, en vez de levantar la hipoteca, simplemente venda el bien, toda vez que puede hacerlo sin pasar por ningún filtro judicial. Los mismos riesgos lleva consigo el pacto comisorio porque se presta a malos manejos, tales como el despojo de la garantía aduciendo que no se pagó o que se pagó mal, de manera que se obliga al deudor a recurrir a los tribunales que, precisamente, se pretendía alejar del escenario contractual. En resumidas cuentas, todas estas «soluciones» terminarían siendo más onerosas para la sociedad que los injustos procesos judiciales que el Análisis Económico del Derecho busca corregir.

Véase: PIZARRO ARANGUREN, Luis. «El Código Civil peruano y la contratación actual». En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que*

cambiar el *Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001, pp. 60, 61 y 64. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Sobre el Código Civil y los dinosaurios», p. 31. PATRÓN SALINAS, Carlos A. «¿Mentiras verdaderas?: reflexiones en torno de la regulación del Derecho Contractual», pp. 148 y 149.

** En efecto, uno de los mitos recurrentes del Análisis Económico del Derecho es el de presentarse ante la comunidad jurídica como el paladín de la novedad. El papel de «niño terrible» del Derecho no es sino otra de las exageraciones con que el «Análisis» trata (y logra) frecuentemente sorprender a los incautos. Lo cierto es que no solo en el tema que nos ocupa en este capítulo, sino en muchos otros, es el Derecho Civil el que marcha a la vanguardia. Ejemplos no faltan. Uno de los más significativos sea quizás el de los plazos máximos para los poderes irrevocables legislados en el artículo 153 del Código Civil. Así, mientras que el «Análisis» se rasga las vestiduras condenando al Código por la estrechez del plazo de un año como límite a cualquier poder irrevocable, sosteniendo la «avanzada» tesis de que la irrevoabilidad de los poderes debería —si las partes así lo quieren— poder ser indefinida, nosotros objetamos también el plazo del Código, pero porque creemos que nunca ningún poder debería ser irrevocable, en virtud de que los poderes obedecen a un acto de confianza del poderdante, confianza que puede terminar en cualquier momento. Como se puede apreciar aquí también, lejos de estar a la vanguardia, el Análisis Económico del Derecho deja una huella jurásica en el pensamiento jurídico.

Véase: PIZARRO ARANGUREN, Luis. *Op. cit.*, pp. 61 y 62; y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones Académicas. La Reforma del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, pp. 299 y 300.

Capítulo X

RETRACTO

Tedeum para el derecho a la
eficiencia económica y social

No importa qué color tenga el gato, lo que importa es que cace ratones.

Proverbio chino

Tal como afirmáramos en el cuarto capítulo de este ensayo,¹ uno de los seguidores del Análisis Económico del Derecho en el Perú cuya producción intelectual no discurre por los perezosos caminos de las frases hechas, los clichés y los lugares comunes es Fernando Cantuarias Salaverry. Su agudeza y rigor analítico son una constante de su trabajo académico que, como es ley entre pares de mientes, reconocemos también en la única crítica conocida desde la doctrina que abraza, sobre la clásica institución civilista del retracto. En efecto, en «Retracto: Réquiem de un Derecho “Económico y Social”»,² un breve artículo de revista jurídica, Cantuarias hace un serio esfuerzo por demostrar por qué el retracto debe desaparecer del Código Civil para la eficiencia económica y el dinamismo social. En atención a esas mismas razones, nosotros afirmamos la vigencia del retracto, y lo rescatamos del catafalco donde precipitadamente había sido enterrado saludable y vivo por un —a juicio nuestro— equivocado diagnóstico de nuestro amigo, el doctor Cantuarias.

Si hay algún telón de fondo en la crítica de Fernando Cantuarias sobre el retracto, a saber, «el derecho que importa la posibilidad impuesta por la ley, que ciertas personas puedan subrogarse en el lugar del comprador, de manera que el contrato original vendedor-comprador se convierta en uno vendedor-comprador (retrayente)»³

¹ Véase el Capítulo IV, nota 3.

² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Retracto: Réquiem de un Derecho “Económico y Social”». *Thémis*, n.º 24, 2.^a época, 1992, pp. 61-68. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

³ *Ibidem*, p. 61. El artículo 1592 del Código Civil lo define así: «El derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compra-

es, sin duda, su casi indignada perplejidad porque una institución que a su parecer tiene un insoportable acento medieval subsista hasta nuestros días en el Derecho moderno. «El retracto —dice Cantuarias— sirvió en la Edad Media como uno de los tantos mecanismos ideados por el Derecho para impedir que los bienes pudieran ser libremente transferidos en el mercado. Esta función del derecho de Retracto no era sino la consecuencia natural de un sistema basado en relaciones político-económico-sociales muy particulares, en donde lo que interesaba fundamentalmente era la vinculación entre los señores feudales y los vasallos, siendo la tierra el nexo entre ambos».⁴

Dado que el feudalismo terminó para la historia de divulgación masiva en 1492, y que tras la Revolución Industrial y la Revolución Francesa el mundo sufrió una transformación económica, política y social sin precedentes en que «el acento ha sido colocado exclusivamente en la organización de la producción y en la facilitación de un sistema de intercambios privados»,⁵ Cantuarias se pregunta «¿cómo es que una figura como el Retracto se mantiene vigente dentro de un sistema económico totalmente distinto?».⁶ Es más, incide en que «¿Acaso no se ha percatado el legislador que el Retracto atenta contra la propiedad privada y el libre intercambio de bienes, ambos pilares de un sistema económico moderno?».⁷

Resulta curioso —para no hablar una vez más de paradojas— que los cimientos doctrinarios de la crítica del Análisis Económico del Derecho al retracto como institución jurídica de otro mundo, en voz de un reconocido liberal, no sean otros que el materialismo histórico de Carlos Marx. Afirmaba este que la realidad material condiciona cualquier realidad ideal y, por tanto, que los procesos productivos determinan las relaciones sociales y sus instituciones. El Derecho

venta. El retrayente debe reembolsar al adquirente el precio, los tributos y gastos pagados por éste y, en su caso, los intereses pactados. Es improcedente el retracto en las ventas hechas por remate público».

⁴ *Ibidem*, p. 62.

⁵ *Ibidem, loc. cit.*

⁶ *Ibidem, loc. cit.*

⁷ *Ibidem, loc. cit.*

es una de ellas.⁸ No es que nosotros no reconoczamos el importante legado al reino de las ideas de quienes nos han precedido en la aventura de la humanidad, pero comprarse el materialismo marxista sin verificar la fecha de vencimiento, a quince años de la caída del Muro, es históricamente temerario, por decir lo menos. Ciento es que Cantuarias escribió contra el retracto, en tanto derecho «reflejo» de una realidad económica, política y social pretérita, en 1992, cuando muchas mentes aún estaban empapadas de los métodos de análisis y categorías marxistas. Pero no menos cierto es que hay quienes jamás se dejaron encandilar por sus vapores. Liberales como Hayek, Mises,

⁸ «MATERIALISMO HISTÓRICO. Parte integrante de la filosofía marxista-leninista, ciencia filosófica de la sociedad que resuelve de modo materialista el problema cardinal de la filosofía en el ámbito de la historia y estudia, partiendo de ello, las leyes generales del desarrollo de la historia y las formas en que se realizan en la actividad humana [...] La creación del materialismo histórico fue un viraje radical en el progreso del pensamiento social. Por una parte permitió aplicar de modo consecuente la concepción materialista del mundo en su totalidad, esto es, no sólo en la naturaleza, sino también en la sociedad; por otra hizo posible exteriorizar la base material de la vida social y las leyes que determinan el desarrollo de ésta y, por ende, el desarrollo de todos los demás aspectos de la vida social determinados por esta base material. La idea fundamental del proceso histórico-natural de la sociedad fue elaborada por Marx discriminando, de las diferentes esferas de la vida social, la esfera económica y de todas las relaciones sociales, las relaciones de producción como básicas y determinantes de todas las demás. Tomando como punto de arranque el hecho primordial de toda sociedad humana de la obtención de medios de subsistencia, el marxismo lo articuló con las relaciones que los hombres encuentran en el proceso de producción de su vida y vió en el sistema de estas *relaciones de producción* los cimientos —la base real de cada sociedad determinada— que se configuran en superestructuras jurídico-políticas y diversas formas de pensamiento social [...], el materialismo histórico pone al descubierto el condicionamiento material del proceso histórico-social [...]. Los rasgos fundamentales del materialismo histórico fueron expuestos por primera vez por Marx y Engels en su obra *Ideología alemana*. En el prefacio a la *Contribución a la crítica de la economía política* (1859), Marx formula la esencia del materialismo histórico. Pero este se tornó “sinónimo de ciencia social” sólo al aparecer *El Capital*. Véase en: ROSENTAL, M. M. *Diccionario filosófico*. Lima: Ediciones Pueblos Unidos, 1980, pp. 391-392.

Popper y muchos de los padres fundadores del Análisis Económico del Derecho dan fe de ello.

De hecho, el dudoso enfoque marxista de la historia empleado como base de análisis para sustentar el ciclo y la función de las instituciones jurídicas en general y del retracto en particular no podía más que conducir al desvío. Pues si siguiésemos ese curso de razonamiento, no quedaría en pie ninguna institución jurídica, ya no decimos de nuestro Código Civil, sino de ningún código civil del mundo. Y esto porque en una mayoría casi absoluta, todas las instituciones de Derecho conocidas vienen desde Roma en lo que atañe a nuestra tradición jurídica, y del «urticante medioevo» en el Derecho anglosajón.

El gran problema de las visiones dogmáticas sobre los asuntos del mundo es que siempre distorsionan los sentidos y no permiten ver las cosas en su justa perspectiva. En efecto, pues si es un hecho que las circunstancias cambian con el devenir histórico, también lo es que la lógica de los principios que animan la existencia de ciertas reglas de Derecho permanece, en tanto la lógica es una de las pocas cosas constantes en este mundo variable.

¿Cuál es, pues, la lógica del retracto? He aquí nuestra segunda discrepancia con Cantuarias, para quien el principio lógico del retracto es limitar o controlar la libre transferencia de bienes en tanto, según él, para eso fue concebido en el mundo medieval.* Lo único cierto aquí es que eso no es cierto. La razón de ser del retracto es y ha sido siempre consolidar en una sola mano o acumular lo más posible los atributos de la propiedad para quienes sobre un bien determinado solo tienen alguno de ellos. Así pues, en el mundo feudal donde la tierra es la principal fuente de riqueza, la consolidación de la propiedad predial en una sola mano o familia y el interés en su acumulación se explican en tanto que, a mayor tierra de la que uno solo es propietario, mayor riqueza. Pero ¿es el retracto acaso la causa de que se limite la libre transferencia de la tierra, el bien por excelencia en la sociedad de los juglares y los caballeros galantes? Ciertamente no. Ello no es sino la consecuencia de la circunstancia de que la propiedad de la tierra sea la principal fuente de riqueza en una sociedad dada. Porque, como es obvio, ¿para qué alguien querría desmembrar su tierra y

deshacerse de su propiedad o menguar sus atributos para perder o limitar así su fuente de riqueza? De hecho, a lo sumo podemos concluir aquí que el principio lógico del derecho de retracto fue utilizado eficientemente para crear riqueza por la sociedad feudal dadas las condiciones económicas del medioevo.

Veamos qué sucede con el retracto cuando cambian las circunstancias y «el sistema económico se centra en la propiedad privada y en el libre intercambio de bienes y servicios»,⁹ porque «el valor de la propiedad contemporánea, a diferencia del pasado, se encuentra inseparablemente unido a su libre transferencia».¹⁰ Si la libre transferencia de cualquier bien tiene como premisa fundamental derechos de propiedad claramente definidos sobre los bienes, entonces, el principio lógico del retracto sigue teniendo plena vigencia.¹¹ Y esto porque la libre transferencia requiere propietarios en ejercicio pleno de todos sus atributos, y no propietarios disminuidos, cuya propiedad carece de interés de intercambio porque nadie quiere hacerse de una «propiedad a medias». Así, pues, «consolidar en una sola mano o acumular lo más posible los atributos de la propiedad para quienes sobre un bien determinado sólo tienen alguno de ellos» hace posible la definición de los derechos de propiedad sobre las cosas y, por ende, deja expedita su libre transferencia.

No es que el «Análisis» no entienda la importancia que tiene para una economía de mercado y el atractivo que significa para el intercambio de bienes que la propiedad de estos no esté diluida en un cúmulo de propietarios disminuidos en sus atributos. Pero para el «Análisis» el retracto no es «la manera más eficiente de incentivar la consolidación del dominio en una sola mano [...] porque violenta flagrantemente las necesidades de una sociedad moderna, genera graves costos de transacción y perjudica a los vendedores, compradores y terceros en general, sólo para beneficiar a un sujeto —el retrayen-

⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 62.

¹⁰ *Ibidem, loc. cit.*

¹¹ De hecho, en la única realidad económica donde el retracto no tendría vigencia sería en la utopía marxista de la sociedad sin clases donde la propiedad privada ha sido abolida.

te— que está en perfecta capacidad para adquirir su derecho libremente en el mercado».¹²

Todo esto, sin embargo, en la mayoría de estas radicales proposiciones, no constituye más que simples prejuicios y sútiles falacias. Y la mayor de todas es que el retracto no debería existir porque privilegio a quien bien puede adquirir su derecho libremente en el mercado. Precisamente es todo lo contrario. El supuesto para que el retracto tenga objeto y en consecuencia opere, es que se ha excluido injustificadamente del mercado a quien tiene, dada su situación con el bien materia de la venta, un interés especialísimo en adquirir su propiedad. Y ello porque es condómino, usufructuario, superficiario o colindante de este.¹³ Es decir, el retracto es el mecanismo por el cual el Derecho subsana esta exclusión y vuelve a poner en el mercado al excluido. Y es que es obvio que no tendría sentido ejercer este derecho si antes el bien no hubiera sido ofrecido, como a cualquiera, al condómino, usufructuario, superficiario o colindante del bien cuya libre circulación se busca.

¹² *Ibidem*, pp. 67 y 68.

¹³ El Código Civil Peruano establece en su artículo 1599 lo siguiente:
Tienen derecho al retracto:

- 1.- Inciso derogado.
 - 2.- El copropietario, en la venta a tercero de las porciones indivisas.
 - 3.- El litigante, en caso de venta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente.
 - 4.- El propietario, en la venta del usufructo y a la inversa.
 - 5.- El propietario del suelo y el superficiario, en la venta de sus respectivos derechos.
 - 6.- Los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no pueden ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor.
 - 7.- El propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquélla y ésta no excedan dicha unidad.
- En este último caso, reconocemos que el retracto es casi impracticable en tanto una finca tiene por lo general a varias otras colindantes y, por lo tanto, todas tienen el derecho. Así pues, si todas quisieran ejercer su derecho, no habría manera de discriminar.

En efecto, pongámonos en el caso de un condominio predial del que son propietarios A y B. B busca vender su parte y pone sus condiciones lanzando su oferta al mercado. De esta no tiene por qué estar excluido A. Resulta sin embargo que A no está interesado o simplemente no puede cumplir con las condiciones para acceder a la propiedad de B. Por el contrario, resulta que C sí está interesado en cumplir con esas condiciones para adquirir la alícuota de B, y contrata con este. Nos preguntamos entonces cuál sería la explicación lógica para que A termine subrogándose en el contrato tomando el lugar de C y asumiendo unas condiciones que ya había rechazado porque eran demasiado onerosas para sus intereses. Por el contrario, solo cuando A ha sido marginado por B de su oferta al mercado, por medio del retracto, puede enmendar esa arbitrariedad y satisfacer las condiciones que B ofreció a todos menos a él, cuya relación e interés con la propiedad materia de la venta era, por su calidad de condómino, la más próxima al bien.¹⁴

Otra de las falacias —admitimos que ingeniosa— sobre el retracto es aquella de los elevados costos de transacción que origina para el vendedor, el comprador y los terceros, y perjudica así a la sociedad entera. Se esgrime que la sola posibilidad de que exista el retracto implica necesariamente que el número de potenciales compradores se reduzca significativamente. Y se argumenta que esto es así «por cuanto, los terceros interesados preferirán invertir sus escasos recursos en actividades alternativas que les generen beneficios seguros, y no jugar al ‘azar’ en una compra que luego puede ser materia de al-

¹⁴ Como expresó hace unos años uno de los autores de este ensayo, los supuestos en que procede el retracto son, además del que el propietario no haya ofrecido el bien en venta al potencial retrayente, el caso del propietario que sí lo haya hecho, pero ante la negativa o el silencio de este, haya vendido el bien a un tercero en condiciones más ventajosas. Se entiende así que el bien se haya vendido a menor precio del ofrecido al potencial retrayente. También, que el bien se haya vendido a igual precio que el ofrecido al potencial retrayente, pero con una forma de pago más ventajosa. Al respecto, consultese CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la venta*. Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. XVIII, tomo VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, pp. 261 y ss.

guna reclamación judicial».¹⁵ En este caso el retracto perjudicaría el vendedor.

Pero esto no resiste un riguroso análisis. Basta que el comprador exija al vendedor o que este proporcione al comprador una garantía cierta de que el potencial retrayente no fue excluido del mercado y rechazó la oferta del vendedor para que no exista azar alguno para el comprador ni posibilidad alguna de que opere el retracto en contra de su derecho. Salvo, claro está, que el potencial retrayente sea un enfermo mental o se saque la lotería (si el rechazo de la oferta se debió a razones monetarias), en cuyo caso la probabilidad de un juicio por retracto es la misma que la de la lotería o la de que el comprador podría sufrir por cualquier otra causa a manos de un orate. Por esta misma razón también es débil el razonamiento de que en la relación contractual vendedor-comprador (no retrayente) «la contraprestación refleje el riesgo que implicaría el ejercicio del derecho de Retracto [...]», lo que va a determinar que el precio a ser ofrecido [...] sea sensiblemente menor al que (el vendedor) podría aspirar de ofertarlo libremente en el mercado».¹⁶ No hay ningún sustento real para que el comprador ofrezca un precio espurio si la posibilidad del retracto ha sido probadamente conjurada.

Es más. Si, como afirma Cantuarias, «según nuestras normas sobre el Retracto, para que éste proceda no es necesario que el derecho del potencial retrayente se encuentre inscrito en el Registro de la Propiedad»,¹⁷ entonces todos los bienes inmuebles podrían ser objeto de retracto. De aquí se seguiría que «la sola posibilidad de que exista el Retracto implicará necesariamente que el número de potenciales compradores se reduzca significativamente»¹⁸ en todas las transacciones comerciales sobre bienes inmuebles. Y lo más grave, que en todas estas transacciones se ofrezcan precios ridículos de manera que se perjudique gravemente a los vendedores. Así pues, según esto, todo el mercado de bienes inmobiliarios se vería afectado desfavora-

¹⁵ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, pp. 64 y 65.

¹⁶ *Ibidem*, p. 65.

¹⁷ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁸ *Ibidem*, p. 64.

blemente por el retracto. La realidad desmiente sin atenuantes esta afirmación que se sigue de premisas asaz falaces.

Como es obvio para todos los que circulamos por los caminos de la vida real y no por los de las teorías y generalizaciones sin medida, a la hora de contratar sobre la venta de cualquier bien inmueble, lo que menos tiene en cuenta el comprador común y corriente —esto es, la mayoría casi absoluta de los compradores— para hacer una oferta, una contraoferta o para celebrar un contrato es el retracto. Así, su incidencia negativa en los precios de mercado de bienes inmuebles es una quimera y por ende, también lo es en los costos para celebrar un contrato de ese tipo. Por el contrario, quienes tienen en cuenta el retracto a la hora de una transacción inmobiliaria son los que saben a ciencia cierta que existe, en tanto está inscrito el derecho. Si no, no tendrían cómo saberlo. Ello no quita que no habría estado de más que el Código Civil hubiese exigido la obligatoriedad de su inscripción como requisito para su ejercicio. Pero ¿ello es causa para que se elimine del Código el retracto o más bien para que se subsane la omisión?

Asumiendo como hipótesis el acierto que significaría para la seguridad jurídica la obligatoriedad de la inscripción como un requisito para el ejercicio de este derecho, se cae la aserción del «Análisis» en cuanto que el retracto perjudica a terceros «toda vez que, según lo dispone el artículo 1601 del Código Civil ‘Cuando se hayan efectuado dos o más enajenaciones antes de que expire el plazo para ejercitarse el Retracto, este derecho se refiere a la primera enajenación sólo por el precio, tributos, gastos e intereses de la misma. Quedan sin efecto las otras enajenaciones’». ¹⁹ Por simple sentido común no nos explicamos por qué un tercero, conocido el derecho de retracto por medio de su inscripción obligatoria, no esperaría a que expirase el breve plazo para su ejercicio antes de contratar por segunda vez la enajenación del bien con quien ya lo hizo por primera vez.²⁰

¹⁹ *Ibidem*, p. 66.

²⁰ El artículo 1596 establece que: «El derecho de retracto debe ejercerse dentro del plazo de treinta días contados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho. Cuando su domicilio no sea

Lo lógico aquí y en todas partes del mundo es que lo haga expirado el plazo. Se desbarata así cualquier hipótesis de un poco probable perjuicio, en tanto que su enajenación quedaría sin efecto. Y recalcamos aquí lo de «poco probable», en la medida en que quien realizó la primera enajenación adquiriendo un bien potencialmente afecto al retracto lo hizo para no verse a su vez perjudicado, seguro de que el potencial retrayente no hubiera sido marginado del mercado por el vendedor. Así pues, ¿cómo bajo el imperio del sentido común y las seguridades registrales pertinentes podrían perjudicarse con el retracto los terceros?

Entonces, ni vendedor perjudicado ni terceros perjudicados hasta el momento bajo la condición de que se respete el derecho del potencial retrayente a no ser excluido arbitrariamente del mercado (para no hablar de los exóticos casos del demente y la lotería). Pero ¿qué pasa cuando esto sí ocurre y el retracto subsana la arbitrariedad? Sin duda, aquí Cantuarias tiene razón cuando fraterniza con el comprador expectorado del contrato por el retrayente, en tanto que al expectorado no le interesa que le devuelvan el precio nominalmente pagado por el bien. Le interesa que le reembolsen el valor en que estimó esa propiedad por sobre el precio pagado, premisa sin la cual no hubiera realizado la transacción.²¹ Pero el problema que se le presenta en este caso al Derecho es cómo saber el valor subjetivo asignado al bien por el comprador expectorado para hacerle justicia en un mundo en el que hay congresistas que valoran cuatro libros viejos y corrientes, cuyo valor de mercado no pasa de diez soles el lote, en

conocido ni conocible, puede hacerse la comunicación mediante publicaciones en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de mayor circulación de la localidad, por tres veces con intervalo de cinco días en cada aviso. En este caso, el plazo se cuenta desde el día siguiente al de la última publicación.

²¹ «Recordemos que para que se celebre una transferencia patrimonial en el mercado, es necesario que el precio ofrecido a cambio del bien sea mayor al valor que el titular le asigna, y que el precio pagado por el comprador sea menor al valor que este último le adjudica al bien». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 65.

jun millón de dólares!²² La devolución del valor nominal del bien sigue siendo, después de todo, la solución más justa a falta de otra.

Por otro lado, si hablamos del valor adjudicado al bien por el comprador y del perjuicio sufrido por este al no considerar el legislador más que el reembolso nominal, habría que preguntarse cuál sería el perjuicio por parte del potencial retrayente si este hubiera sido marginado arbitrariamente del mercado y no existiera mecanismo jurídico alguno para subsanar este hecho. Porque, como es obvio, en tanto el valor de un bien de propiedad unificada en una sola mano o con mayores posibilidades de serlo será siempre superior al valor asignado a uno sin unificar o con menores probabilidades de serlo, el perjuicio económico para quien está en mejor posición para consolidar la propiedad será muy superior al perjuicio sufrido por quien no lo está. En este sentido, por ejemplo, el condómino, superficiario o usufructuario defenestrado arbitrariamente del mercado será siempre más perjudicado que cualquier tercero, porque el bien estaría mejor asignado al retrayente que al tercero. Y esto, habida cuenta de que el bien unificado por el retrayente en su propiedad tendría mayor valor para el mercado y mejores posibilidades de circular libremente que el de propiedad no unificada del tercero. Si hay, pues, que preferir quién debe perjudicarse cuando esto es inevitable para no defraudar al mercado, la lógica de la eficiencia económica nos indica que debe ser el que menor posibilidad tiene de hacer circular un bien y no el que tiene la mayor posibilidad de hacerlo en beneficio de toda la sociedad.

Y en el caso que nos ocupa eso solo es posible gracias a esa añeja institución de otros tiempos. Tedeum, pues, para el retracto. Porque en cuestiones de eficiencia económica no importa qué color tenga el gato, lo que importa es que cace ratones.

²² Los autores se refieren al caso de un polémico congresista peruano que en su declaración jurada avaló los contados —y nada llamativos— volúmenes de su biblioteca en un millón de dólares.

* Una de las características recurrentes del Análisis Económico del Derecho son sus incongruencias. Así pues, mientras en el tema en cuestión se exige la abolición de una institución jurídica para fomentar la libre circulación de bienes, por otro lado son los mismos analistas económicos del Derecho quienes promueven en otros temas la limitación a esa circulación —tan cara a su doctrina— so pretexto de la autonomía de la voluntad. Tal es el caso, por ejemplo, de los plazos máximos en los contratos preparatorios que para el «Análisis» no deben existir, tesis que el Código ha recogido en las recientes modificaciones del año 2001 a los artículos 1416 (contrato de opción) y 1423 (compromiso de contratar) que los regulan.

Un contrato preparatorio es un contrato destinado a la celebración de un futuro contrato definitivo y, como tal, su naturaleza es transitoria. Así, es una cuestión de sentido común que la ley fije plazos máximos razonables para que lo transitorio no llegue a convertirse, al menos en teoría, en tan extenso que desnaturalice la transición en virtud de una pretendida libertad contractual. Debido a que en la mayoría de los casos los contratos preparatorios versan sobre bienes inmuebles, ya sea una opción o un compromiso de contratar inverosímilmente extensos en el tiempo, no harían más que impedir la celebración del contrato definitivo cuyo objeto es transferir propiedad y promover la circulación de los bienes en el mercado. En otras palabras, justo lo que el Análisis Económico del Derecho critica.

Véase: SALINAS RIVAS, Sergio. «El rol del Estado en la contratación privada: a propósito del principio de protección al deudor en el Código Civil peruano». En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2001, pp. 121-124. También CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas*, tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, pp. 850-853.

Capítulo XI

UNA CUESTIÓN SIN INTERÉS

Anatocismo

Hipocresía; morir de sed teniendo tanta agua [...]

Canción popular de Los Pasteles Verdes

Penosa cosa sería, por cierto, que el lector pierda su tiempo en una cuestión de poca monta si no fuese porque muchas veces de lo nimio se revela cuánta «sustancia» tiene en los hechos una doctrina. No nos ha parecido excesivo, por ello, desvelar la inoportuna y expósita crítica del Análisis Económico del Derecho sobre los límites y condiciones que prescribe el Código Civil al anatocismo, ya que nos interesa demostrar lo despistados que pueden estar algunos, en el mejor de los casos, o lo necesitados de llenar una página en el peor de los supuestos.

Lo primero que habría que decir sobre el particular es la definición de «anatocismo»,¹ ese exótico nombre que da origen al subtítulo de este capítulo. Sumariamente, se entiende por anatocismo que los intereses generados por un capital generen a su vez intereses. Esta figura ha sido tradicionalmente repudiada por el Derecho Civil, en tanto se concibe a los intereses como los frutos civiles del capital, incapaces, como todo fruto, de generar por sí mismos otros frutos. Por ello, para el Derecho Civil los intereses jamás pueden producir intereses. Y esto no está en discusión, en la medida en que nadie en el Derecho sostiene lo contrario, pues sería un absurdo manifiesto.

Sin embargo, en un mundo regido por las finanzas y donde el dinero es un bien escaso, se entiende que el precio de este —es decir los intereses— no puede permanecer constante en tanto que socialmente siempre serán más los que demanden dinero. Así, pues, el ca-

¹ «Boffi Boggero señala que la expresión “anatocismo” deriva del griego *anatokismos*. *Ana* o repetición y *Tokos* o cosa producida o interés; que significa [...] aumento o repetición de un producto». OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, segunda parte, vol. XVI, tomos VI y VII, pp. 245, 289 y 135-138.

pital es cada vez más caro y esto también es una realidad que nadie discute. ¿Cómo conciliar entonces las finanzas con el Derecho o este con aquella? ¿Cómo hacer que los intereses generen realmente intereses sin que para el Derecho formalmente los generen?

Recursos nunca le faltarán al Derecho para adecuarse a la realidad sin ceder a la sinrazón. Y es que si los frutos no pueden nunca generar otros frutos, sí pueden abonar la tierra que alimenta al árbol del capital. Y así este, alimentado por sus propios frutos, producir a su vez más y más frutos. Esto es lo que se conoce como «capitalización de intereses» que, haciendo prosaica la metáfora, no es otra cosa que agregar los intereses generados por el capital al propio capital, de tal modo que los nuevos intereses se generen del resultante de este agregado y que, por lo tanto, siempre sean mayores que los precedentes. Así, pues, estamos ante un anatocismo edulcorado por el Derecho.

Este es el caso de los artículos 1249 y 1250² del Código Civil, que reconociendo jurídicamente la capitalización de intereses, esto es, visitiendo a la mona de seda, señalan no obstante ciertos límites y condiciones para su presentación en sociedad con el fin de que pase por respetable dama. Así, establece la primera norma mencionada, que salvo que se trate de operaciones con agentes del sistema financiero o mercantil, queda prohibido pactar la capitalización de intereses al momento mismo de contraerse la obligación. En buen romance, esto quiere decir que los bancos y las financieras tienen, según el artículo 1249, el monopolio del anatocismo *ab origine obligatio*. Queda para quienes no tienen, como prestamistas, la suerte de ser bancos o financieras la posibilidad de recurrir al anatocismo si y solo si luego de un año de contraída la obligación, los intereses no han sido satisfechos. Así lo establece el artículo 1250 discriminando al común de los

² Artículo 1249.- No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares.

Artículo 1250.- Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de intereses.

mortales. Y esto porque no se entendería por qué Juan Pérez tiene que esperar un año de «perro muerto» sobre sus intereses y el Banco de Crédito no. Esto tendría, sin embargo, un intento de explicación cuyo eje es el marco del régimen de intereses que era el referente de nuestra realidad cuando el Código fue promulgado.

En efecto, en 1984 el régimen de las tasas de interés en el Perú y en buena parte de países era el de tasas nominales.³ Una tasa nominal de interés, pedestremente descrita, es aquella en que el interés no se agrega al capital para engrosarlo, e impide así que los intereses subsecuentes se incrementen efectivamente. Así, pues, tenía cierta lógica en 1984 que el Código Civil limitara y condicionara la capitalización de intereses, y la convirtiera en una figura excepcional, en tanto que lo contrario hubiera sido desnaturalizar el régimen de tasas nominales establecido por el Banco Central de Reserva. Incluso así, ello no explica la razón por la que la excepción tuviera que favorecer a los bancos o desfavorecer a quienes no lo son.

Sea como fuere, el asunto es que cualquier debate sobre estos dos artículos del Código Civil es, desde hace 13 años, completamente irrelevante. La razón estriba en que, en 1991, el Banco Central de Reserva cambió el régimen que regía las tasas de interés de nominales, en las que los intereses no se capitalizan nunca automáticamente, a efectivas, esto es, en las que los intereses se capitalizan siempre automáticamente.⁴ De este modo, al modificarse la fórmula de calcular los

³ Este ensayo no pretende —ni por asomo— disputarles a las ciencias financieras su soberanía en cuestión de conceptos de interés. Baste aquí lo que el Derecho entiende por estos. Quien quiera tener una idea financiera sobre materia de tasas de interés y métodos de calcular intereses puede revisar: VAN HORNE, James C. *Administración financiera*. Buenos Aires: Ediciones Contabilidad Moderna, 1973, pp. 645-648.

⁴ Todo comenzó con el Aviso del Banco Central de Reserva del Perú —de fecha 12 de marzo de 1991— publicado en el *Diario Oficial El Peruano* con fecha 15 de ese mes y año, mediante el cual dicha institución hizo de público conocimiento las que serían a partir del 11 de marzo de 1991 las tasas efectivas máximas del interés convencional compensatorio y moratorio en nuestro país. La tasa de interés efectiva es aquella que refleja el tiempo en que se pagan los intereses, impuestos, comisiones y cualquier otro tipo de gasto que

intereses, los artículos 1249 y 1250 del Código Civil quedaron, para todos los efectos, inaplicables.

No existe explicación, por lo tanto, para que estas normas puedan enardecer hoy a alguien y, más todavía, encender un debate sobre un tema cuyas cenizas están frías por más de una década. Y sin embargo, esto ha sucedido por obra y gracia del Análisis Económico del Derecho. En efecto, desconociendo por completo el cambio de régimen sobre tasas de interés operado en 1991, o simplemente poseso por un irrefrenable deseo de polemizar con los muertos, el «Análisis» se lanza tardíamente en el año 2001 sobre los artículos 1249 y 1250 abogando por su desaparición, debido a los perniciosos efectos que estos tendrían, según su punto de vista, para la economía de libre mercado y, sobre todo, por atentar contra la autonomía de la voluntad.

Así, se llega a decir que:

Prohibir la capitalización de los intereses al momento de contraerse la obligación resulta financieramente incoherente y jurídicamen-

incluya la operación financiera. Este tipo de tasa de interés incluye una capitalización de intereses, lo que pone de manifiesto el interés que se obtendrá por una unidad de capital inicial en una unidad de tiempo, y depende de una tasa de interés nominal cuyo período de capitalización generalmente no es anual. Por su parte, Avelino Sánchez (*AVELINO SÁNCHEZ*, Esteban. *Cálculo de intereses y actualización de deudas tributarias*. Lima: Editorial San Marcos, 1994) señala que cuando el interés es convertible más de una vez en una unidad de tiempo, nos encontramos frente a una tasa de interés nominal. En cambio, una tasa de interés efectiva es aquella que nos permite saber exactamente cuánto paga el deudor a su acreedor por concepto de intereses. La tasa efectiva puede calcularse en dos formas: tasa de interés efectiva vencida o adelantada. La primera es la que se agrega al capital inicial para formar un monto dado al cabo de una unidad de tiempo. La segunda es lo que se deduce a cada unidad monetaria de monto final para calcular un capital inicial; es decir, el préstamo inicial no es de un capital final, al cual se le descuentan los intereses, sino un capital inicial, cuyo valor, incluidos los intereses, será el capital final. Esto según lo anotado por un documento que elaboró la Central de Arequipa del Banco Central de Reserva del Perú (*BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ*. Sucursal de Arequipa. *Investigación económica*, 1987, pp. 6 y 7).

te cuestionable. [...] Entendamos que tal como una corbata, una casa, un automóvil o cualquier otro bien tiene un precio, el mismo que nadie en el mercado pretende fijar; igualmente, tratándose de los intereses, no deben ser fijados por el Estado, sino que debe dejarse que dicho precio sea fijado por el mercado, según las condiciones que sean pactadas libremente entre las partes contratantes. Por el contrario, cuando se establece a través del Código Civil que no se puede acordar más allá de ciertas tasas o no se puede, si las partes están de acuerdo en pactarlo, capitalizar el interés (De acuerdo con lo señalado en el propio artículo 1249 del Código Civil, sólo los bancos pueden capitalizar intereses; sin embargo, no vemos una razón suficiente [ni nosotros, los autores de este ensayo, tampoco] que justifique dicha discriminación a favor de los bancos; creemos que debería dejarse que cualquier particular pueda también acordar de antemano la capitalización) devengando al momento de contraerse la obligación, se está regulando contra un acuerdo natural que pueden pactar acreedor y deudor en una simple transacción financiera, comercial o personal. *En tal sentido, debería dejarse que en el Perú, las partes puedan acordar libremente si en determinados casos capitalizarán intereses o no y fijar las tasas que mejor les convengan.*⁵

Así, pues, como en la vieja canción, el «Análisis» se muere de sed teniendo tanta agua. Porque en nuestro país, 13 años ha que las partes, mejor dicho, todas las partes, pueden acordar sin restricción alguna la capitalización de intereses según las normas vigentes que sobre ese tema estableció en 1991 el Banco Central de Reserva, al que el Código Civil reconoce en sus artículos 1243⁶ y 1244⁷ como la autoridad

⁵ PIZARRO ARANGUREN, Luis. «El Código Civil peruano y la contratación actual». En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001, pp. 63-64 (el énfasis es nuestro).

⁶ Artículo 1243.- La tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor.

⁷ Artículo 1244.- La tasa del interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

dad suprema en materia de regulación de intereses. Así pues, en el Perú de hoy, no solo las entidades del sistema financiero sino cualquier persona puede, si así lo desea, contratar un crédito bajo esa modalidad. Es más, la capitalización de intereses es la moneda corriente de toda transacción crediticia, independientemente de la calidad civil de las partes involucradas.

En cuanto a la «libertad de las partes de fijar las tasas de interés que mejor les convengan», esto es, el precio que alguien está dispuesto a cobrar y otro a pagar por el capital, el «Análisis» no hace más que ahogarse en un vaso con agua pues, por si se le había pasado por alto, estamos en posición de informarle que en el sistema financiero, asimismo desde 1991, es la mano invisible del mercado la que regula según la oferta y la demanda el precio del dinero. Y esto significa que no hay límites para el sistema financiero en establecer los montos de las tasas de interés. No hay más tasas mínimas o máximas que las que fije el mercado.

De suyo va que, fuera del sistema financiero, la situación cambia para quienes quieren hacer negocios como banca informal o paralela sin estar sujetos a las garantías y escrutinios que gasta la ley —por medio de la Superintendencia de Banca y Seguros— para el sistema formal con el fin de lograr el bien público. Obviamente, una de las principales pretensiones del Banco Central de Reserva al establecer tasas máximas de interés para los operadores informales de dinero es combatir el delito de usura. Sobre esta y sobre quienes la practican o apañan ideológicamente nada tiene que decir el Código Civil y, por ende, tampoco nosotros, los civilistas. Son el Derecho Penal y su Código quienes tienen sobre los usureros la función de la palabra.⁸

⁸ El artículo 214 del Código Penal Peruano establece lo siguiente:

Artículo 214.- *Crédito usurario*

El que, con el fin de obtener una ventaja patrimonial, para sí o para otro, en la concesión de un crédito o en su otorgamiento, renovación, descuento o prórroga del plazo de pago, obliga o hace prometer pagar un interés superior al límite fijado por la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con veinte a treinta días-multa.

Si el agraviado es persona incapaz o se halla en estado de necesidad, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

En lo que a nosotros respecta, como lo afirmamos al inicio de este capítulo, nada hubiéramos tenido que decir sobre un tema como el anatocismo, que hoy día no es materia discutible en el Código Civil, si no fuera porque el Análisis Económico del Derecho pretende que los artículos 1249 y 1250 cobren un alucinante interés sobre un capital hace años extinguido.

Capítulo XII

TELÓN: LA CAUSA FALSA

Irresponsabilidad lógica y responsabilidad civil

En Nueva York hay más iglesias que en cualquier otra ciudad de la nación y en Nueva York se cometen más crímenes que en cualquier otro lado. Este hecho hace evidente que para eliminar los criminales debemos abolir la iglesia.

Ejercicio para identificar falacias recomendado
por el profesor Irving M. Copi¹

Jerry Williams, de Little Rock, en Arkansas, percibió 14,500 dólares más los gastos médicos, después de ser mordido en el trasero por el perro de su vecino. El perro estaba encerrado en una jaula dentro del jardín de su propietario. La indemnización fue menor, al percibir el jurado una cierta provocación en el hecho de que el señor Williams estuviera disparándole al perro desde arriba de la jaula con una pistola de bolas.

Premio Stella a la segunda indemnización
más estúpida otorgada en los Estados Unidos en el 2003²

Ha llegado la hora de bajar el telón no sin antes presentar ante la opinión pública la última —y quizás la más importante— *performance* en el escenario de este libro del Análisis Económico del Derecho. Tal

¹ COPI M., Irving. *Introducción a la lógica*, 12.^a edición. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Eudeba, 1972, p. 74.

² «Los Premios Stella son unos premios que se dan anualmente en Estados Unidos, para poner en evidencia su ridículo sistema legal. Estos premios llevan el nombre de Stella Liebeck, mujer que, en 1992, a la edad de 79 años, sufrió un accidente en McDonalds al caérsele encima el café que le produjo diversas quemaduras de consideración; fue indemnizada con 2.9 millones de dólares. Desde entonces, en las tazas de café se advierte que el contenido está muy caliente y es peligroso. Desde entonces también se otorga un premio de carácter anual a esos casos difíciles de entender, pero tan reales como la vida misma». Extraído de:

<http://www.paisdelocos.com/actualidad/historias_internet/ver_historia.php?827>. Véase también: <<http://www.stellaawards.com/>>.

vez sea el título de este acto final el que resuma, mejor que todo, la lucha de esta doctrina contra el Derecho Civil, a saber, el de una causa falsa, el de unas hostilidades injustificadas, el de una guerra declarada sin más motivo que el que suelen dar doctrinas que aún están en la adolescencia. No por algo el «Análisis» está en pañales en el Perú y no muda aún los pantalones cortos en el mundo. Así pues, con la tranquilidad y el buen humor que dan más de dos mil años de experiencia, el Derecho Civil entiende perfectamente la adolescencia del «Análisis». Y con el mismo ánimo de educar que hemos gastado en los 11 capítulos precedentes, observamos en el tema de la responsabilidad civil otra causa falsa más en las doctrinas del juvenil Análisis Económico del Derecho.

Critica el «Análisis» entonces nuestro sistema de responsabilidad civil cuya regulación tiene por columna la sección sexta del Libro Fuentes de las Obligaciones del Código de 1984. Veinte artículos en total, del 1969 al 1988 que «en lugar de enviar un mensaje claro y transparente a la sociedad de cómo quiere que los individuos nos comportemos y sobre cómo queremos que las víctimas sean compensadas, envía un mensaje de zozobra y desilusión».³ El argumento de fondo —literalmente en este caso— para semejante pesimismo es que la lógica hecha suya por el Código con respecto a la responsabilidad civil —esto es, que aquel que ha sufrido un daño por culpa de otro debe ser compensado por el culpable (artículo 1969)⁴ y que debe haber un vínculo causal entre el hecho y el daño producido (artículo 1985)⁵— es la razón de que el dañado nunca, o casi nunca, reciba

³ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¡Que Dios se lo pague! El fracaso de la responsabilidad civil» En *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima: Ara Editores, 1996, p. 163.

⁴ Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

⁵ Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

compensación alguna en el Derecho peruano y que la impunidad corone el comportamiento irresponsable de nuestros compatriotas.

Para llegar a tan concluyentes afirmaciones, el «Análisis» parte de una verdad de Perogrullo que no es otra que la de que todo sistema cuya pretensión sea regular conductas debe tener una razón de ser. «En pocas palabras, todo sistema de responsabilidad [...] debe desarrollar una determinada función, cualquiera que ésta sea».⁶ En el caso que nos ocupa, ello pasaría por «definir cuál es el efecto económico y social perseguido a través de hacer responsable de un daño a aquel que lo causó y no a cualquier otro».⁷

En este orden de ideas, el Análisis Económico del Derecho distingue tres funciones que un sistema de responsabilidad civil óptimo debería desarrollar. La primera es la función disuasiva, es decir, aquella que tiene por finalidad «desincentivar aquellas actividades potencialmente dañinas que imponen a la sociedad costos superiores a los beneficios que generan».⁸ Así pues, por ejemplo, si atendiendo al principio de que aquel que causa un daño a otro debe indemnizarlo, los jueces fallaran en favor de reparaciones leoninas para las víctimas del daño, ello haría más cuidadosos y previsores a los miembros de una sociedad, quienes sabrían que ocasionar un accidente les costaría un ojo de la cara. Habría, pues, en teoría, ciudadanos más prudentes y, por ende, menos accidentes, con lo que ganaría la sociedad toda.

La segunda es la función compensatoria, esto es, que cualquiera que sea el sujeto de un daño causado por la culpa de otro sea efectivamente indemnizado. Pero esto solo es posible si «aquel llamado a compensar está en mejor situación que la víctima para enfrentar el costo del daño».⁹ De tal manera que, si alguien que ha sufrido un daño quiere ser indemnizado siempre y bien, tendrá que serlo por un

⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 162.

⁷ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Causalidad probabilística (El problema de los costos administrativos en el diseño de un sistema de responsabilidad civil extracontractual)». En *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima: Ara Editores, 1996, p. 104.

⁸ *Ibidem, loc. cit.*

⁹ *Ibidem, loc. cit.*

culpable de «bolsillo profundo»¹⁰ o por uno que, no siéndolo, haya difundido entre varios el costo del daño por medio de un sistema de seguros o de precios.

La tercera y última función de este sistema de responsabilidad perfecta tendría por objetivo hacer lo menos onerosa posible la administración de este, o sea, «reducir los costos administrativos del propio sistema de responsabilidad civil».¹¹ En otras palabras, que los juicios sean pocos y esos pocos cuesten menos que poco.

Si bien es cierto que no existe país del mundo que pueda ofrecer a sus súbditos un sistema semejante de responsabilidad civil donde se cumplan todas las funciones consideradas como óptimas por el «Análisis», mal que bien el ejercicio de alguna de estas tres funciones es suficiente para validarla. Al menos así se deduce de la posición del «Análisis», porque si un «sistema de responsabilidad carece de toda función —se asume luego que de las tres—, entonces no existe razón válida para incurrir en los costos de trasladar los daños»,¹² en el sentido de que cualquier daño que se pretenda reparar debe ser económica y socialmente asumido por alguien.

Para el Análisis Económico del Derecho, sin embargo, el sistema de responsabilidad civil asumido por nuestro Código, que tiene como eje la culpa y la causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido, sería el peor del mundo, pues no tiene función alguna.

¿Qué función desarrolla nuestro sistema? —se pregunta el «Análisis»— Las indemnizaciones que pagan las cortes nacionales luego de un juicio largo y oneroso difícilmente compensan a la víctima siquiera con lo que le costó llevar el propio juicio. Dudo —dice el «Análisis»— de que las indemnizaciones que se pagan hayan alguna vez desincentivado a alguien de comportarse negligentemente o

¹⁰ Teoría también conocida como *deep pocket* «que sostiene que de las dos partes involucradas en un accidente debe pagar aquella que tiene más recursos económicos». BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¡Que Dios se lo pague!...», p. 161.

¹¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Causalidad probabilística...». *Op. cit.*, p. 105.

¹² BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¡Que Dios se lo pague!...». *Op. cit.*, p. 162.

llevar a cabo una actividad riesgosa. Dudo —sigue lamentándose esta doctrina— de que alguna vez se haya trasladado el costo del accidente a alguien que esté en mejor capacidad para asumirlo. Dudo —termina concluyente— aún más de que algún valor socialmente rescatable pueda verse protegido o destacado por la actuación de nuestros jueces en esta área. Por el contrario, nuestro sistema, como está planteado, hace que el daño sufrido por la víctima se agrave con un juicio que vacía su bolsillo, liquida su ánimo y pisotea su propia dignidad.¹³

Estas dudas del Análisis Económico del Derecho sobre nuestro sistema de responsabilidad civil nos hacen dudar seriamente de que esta doctrina tenga siquiera alguna remota idea de lo que significa la palabra «lógica», y lo conveniente que esta disciplina es para efectos de realizar cualquier análisis. Porque, ¿es causa acaso de que los jueces fallen por indemnizaciones ridículas, que el Código Civil establezca que quien ha ocasionado un daño a otro tiene la obligación de indemnizarlo? ¿Es causa de que los tribunales no «desincentiven» los comportamientos negligentes o las actividades riesgosas, que el Código exija un culpable o un vínculo entre el hecho y el daño producido? ¿Es causa de que el Poder Judicial valore en nada la dignidad de las personas, que el sistema de responsabilidad civil haga todo por valora-la? ¿Qué tiene que ver, en buena cuenta, el Código Civil con la vernalidad, la ignorancia y la indolencia de los llamados a administrar justicia en el Perú? *Non causa pro causa* es el nombre con que se conoce en el reino de la lógica a la falacia de la causa falsa.¹⁴ Y este razonamiento del «Análisis», no hay duda, es una típica causa falsa.

¹³ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁴ Ya que, por lo visto, la lógica es un instrumento deficitariamente utilizado por el «Análisis», no está de más recordar que «En el estudio de la lógica, se acostumbra reservar el nombre de *falacia* a aquellos razonamientos que, aunque incorrectos, son psicológicamente persuasivos. Por tanto, definimos falacia como una forma de razonamiento que parece correcto, pero resulta no serlo cuando se lo analiza cuidadosamente». Por otro lado, «La falacia que llamamos *causa falsa* ha sido analizada de diversas maneras en el pasado y ha recibido distintos nombres latinos como *non causa pro causa* [que] indica el

No es, pues, nuestro sistema de responsabilidad civil el que no envía un mensaje claro y transparente a la sociedad, prescribiendo cómo quiere que los individuos se comporten (artículo 1969) y cómo quiere compensar a las víctimas (artículos 1985 y 1988), sino que es el Poder Judicial el culpable de la zozobra y desilusión de quienes acuden autorizados por el Código en busca de una justa indemnización y son burlados en su derecho.

Llegados a este punto y pese a que para nosotros sería perfectamente válido dar por concluida cualquier polémica con el «Análisis» luego de poner en evidencia la grosera falacia que gasta su crítica contra el sistema de responsabilidad civil de nuestro Código, para honrar a la honestidad intelectual nos parece necesario atender un asunto que no debe quedar en el tintero. Se trata de saber qué función, en el marco de las tres expuestas por el «Análisis», desempeña nuestro sistema de responsabilidad civil, o si es cierto que no desempeña ninguna, como parece afirmarlo esta doctrina.

¿«Desincentiva» pues o no un sistema de responsabilidad civil basado en la culpa y la causalidad adecuada¹⁵ la comisión de actos riesgosos para la sociedad? La respuesta es sí. Y en este caso no lo decimos nosotros sino el mismo «Análisis» cuando, con el Código bien lejos, se aviene a disertar sobre teoría pura. En efecto, «donde sí se puede apreciar la razón de ser de la causalidad es en la función de desincentivar actividades que ocasionan accidentes. Obviamente, si queremos reducir el número y gravedad de los accidentes, el primer paso es identificar aquellas actividades cuyo desarrollo incrementa las posibilidades de que se produzca un accidente».¹⁶ El «Análisis» *dixit*. Identificar a los culpables de los hechos que producen daños nos

error de tomar como causa de un efecto algo que no es su causa real [...]. Consideramos todo razonamiento que trata de establecer una conexión causal erróneamente, como un ejemplo de falacia de causa falsa». COPI, Irwing M. *Op. cit.*, pp. 59 y 70.

¹⁵ Entendemos por causalidad adecuada hacer responsable de un daño a aquel que lo causó y no a cualquier otro por medio de un vínculo entre el hecho y el daño producido.

¹⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Causalidad probabilística...», p. 108.

habla de los riesgos de ciertos sujetos que realizan determinadas actividades potencialmente dañinas para la sociedad. Esto permite a la sociedad prevenirse de estos sujetos y sus actividades. Esa es la lógica, al menos la del Análisis Económico el Derecho.

Cómo cambian las cosas, ¿verdad? De no cumplir ninguna función el sistema de responsabilidad civil adoptado por el Código, termina cumpliendo al menos una, con lo que, con la deferencia del «Análisis», ya justifica su validez. ¡Podemos, pues, los civilistas respirar tranquilos!

Si el sistema de la culpa y la causalidad adecuada para determinar responsabilidades civiles sirve para identificar y prevenir a sujetos y actividades riesgosas, no necesariamente es útil para reparar los daños cuando se producen. Sí, en efecto: nada asegura que el hecho de hacer responsable de un daño a aquel que lo causó y que haya una causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido implique que la víctima vaya a ser reparada. En este orden de ideas y siguiendo el razonamiento del «Análisis», es una lotería para la víctima que el causante del daño tenga «el bolsillo profundo» o esté asegurado. ¿Pero esto acaso invalida el sentido del principio social de que todo aquel que daña a otro debe responder por el daño causado? Si así fuese, como desde que el mundo es mundo las penas no han podido derrotar al crimen, abriría que abolir las penas, lo que no pasa de ser otra falacia.

Sin embargo, es cierto, las víctimas esperan una compensación. Como esperar a que toda la sociedad tenga el «bolsillo profundo» es esperar las calendas griegas, el «Análisis» considera que la mejor opción para que quien sufra un daño sea resarcido es el sistema de seguros.* Tiene este por virtud que quien no tiene el «bolsillo profundo» (alguna profundidad debe tener, sin embargo) distribuya el costo del accidente entre varias personas (otros asegurados como él que aportan al fondo del seguro), lo que garantizaría la indemnización del daño. En buena cuenta, todos los que tienen cuenta deben asegurarse, porque si alguien que no la tiene le produce un daño, el responsable del daño no será el que no tiene cuenta sino el que la tiene. Esta es la

tesis de «el culpable soy yo» o de «es causante el que más fácilmente se puede asegurar».¹⁷

Como puede verse, si a la hora de las reparaciones se trata de eliminar el sistema de la lotería, es irrelevante el nexo causal entre el que produjo el daño y el dañado y entre el hecho y el daño. De lo único que se trata es de que se repare un daño. Así pues, pasamos del sistema de la causalidad adecuada al de la causalidad probabilística que, como tal, elimina también el hecho de que el daño se produzca efectivamente porque «dentro de este sistema no interesa si se produjo o no el daño de manera cierta, sino sólo si la actividad incrementó las posibilidades de que un accidente se produzca».¹⁸ En otras palabras, en el sistema de causalidad probabilística, a diferencia del de causalidad adecuada, el daño se produce antes de sufrirlo y no después.

Tres críticas se perfilan, dos nuestras y otra de los mismos auspiciadores del sistema de responsabilidad civil de la causalidad probabilística. Primera. Que el daño se produzca antes de sufrirlo y no después, y que sea intrascendente quién lo produzca y quién no, implica carta blanca para la irresponsabilidad civil, en tanto la imprudencia y sus consecuencias reales están avaladas por el sistema de difusión del costo de los accidentes. Así pues, no resultaría improbable que estos terminen incrementándose en vez de «desincentivándose».

Segunda. Como el daño ya está cubierto por anticipado, serán varios —si no muchos— los inescrupulosos que busquen artificialmente alegar uno, tal como ejemplifica el epígrafe de los Premios Stella que encabeza este capítulo. Independientemente de si es justo que quien no ha sufrido realmente ningún daño sea compensado por los bolsillos de una buena parte de la sociedad, está el hecho de los costos que para esta implica poner en funcionamiento la administración de justicia para que, por ejemplo, el señor Merv Grazinski reciba una indemnización de US\$ 1.750.000 porque el manual de su casa rodante no le advertía que manejando solo no podía dejar el volante para ir a

¹⁷ *Ibidem*, p. 107.

¹⁸ *Ibidem*, p. 112.

tomarse un café a la trastienda del vehículo, con el consecuente riesgo de colisión que, como era obvio, ocurrió.¹⁹

Tercera crítica, la del Análisis Económico del Derecho. Menudo problema para el sistema de causalidad probabilística «es que de acuerdo a este sistema, por lo menos en su diseño original, no existe una adecuada compensación a las víctimas. Muchos que nunca sufrieron realmente los daños resultaron indemnizados por el incremento de un riesgo que nunca se concretó, y otros que efectivamente lo sufrieron resultaron compensados sólo de manera parcial».²⁰ Así pues, termina el «Análisis» reconociendo que «el mérito del sistema de causalidad adecuada tradicional —o sea el de nuestro sistema de responsabilidad civil fracasado e ineficiente— es que no sólo sirve para identificar al causante del daño, sino a la víctima del mismo»,²¹ con lo que ningún inescrupuloso que no lo ha sufrido ciertamente podrá reclamar nada.

Ante la evidencia de estos problemas, por lo menos el último para el «Análisis», este trata de contemporizar. Por qué no pues hacer convivir en armonía ambos sistemas, el de la causalidad adecuada y el de la probabilística, «determinando que las indemnizaciones no vayan *ex-ante* a las víctimas sino *ex-post*, sin perjuicio de que sean exigidas *ex-ante* a la producción del daño [...]. El diseño expuesto [...] recoge la

¹⁹ El Premio Stella para el primer lugar en el ranking de indemnizaciones más estúpidas otorgadas por las cortes de los Estados Unidos en 2003 fue para «El señor Merv Grazinski, de Oklahoma City. En noviembre de 2000 se compró una casa rodante marca Winnebago, de las grandes (de las que son a la vez coche y caravana). En su primer viaje, estando en una autopista, seleccionó una velocidad de crucero a 70 millas por hora (unos 120 km/h) y se fue a la parte de atrás a prepararse un café. No sorprende el hecho de que la casa rodante se saliera de la carretera y colisionara. El señor Grazinski, contrariado, denunció a Winnebago por no advertirle en el manual de uso que él realmente no podía hacer eso. Por ello, fue recompensado con US\$ 1.750.000 más una nueva casa rodante». Extraído de <http://www.paisdelocos.com/actualidad/historias_internet/ver_historia.php?827>. Véase, además: <<http://www.stellaawards.com/>>.

²⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Ibidem*, p. 117.

²¹ *Ibidem*, p. 118.

misma racionalidad que encontramos detrás de un régimen de seguro obligatorio».²²

Pero ¿quemar tanta pólvora para llegar a eso? ¿Armar tanto escándalo para terminar adoptando el sistema mondo y lirondo de responsabilidad del Código Civil cuya vigencia es una «afrenta para la dignidad, la economía y la sociedad»? Porque si el «Análisis» no se ha dado cuenta, el artículo 1988²³ «recoge» —con veinte años de antelación— su tesis del seguro obligatorio y, por ende, de la armonía del sistema de responsabilidad civil de la causalidad adecuada (artículos 1969 y 1985) y el de la probabilística, precisamente con el artículo 1988. Que este último recién empiece, veinte años después, a implementarse con seguros obligatorios como el SOAT,²⁴ por ejemplo, ¿es acaso culpa del Código Civil o de aquellos en quienes el Código y la sociedad depositaron su confianza para legislar sobre la materia y no lo hicieron?

No hay duda. *Non causa pro causa* o el paraíso de las causas falsas. Ese es le telón de fondo del Análisis Económico del Derecho en el Perú.

²² *Ibidem*, pp. 118 y 119.

²³ Artículo 1988.- La ley determina el tipo de daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y demás características de tal seguro.

²⁴ El Seguro Obligatorio para el Transporte Terrestre (SOAT) entró en vigencia el 1 de julio de 2002.

* Es curioso que quienes apoyan las bondades del seguro obligatorio o el sistema de precios para prevenirse de actividades riesgosas estén contra los mecanismos de control administrativos o legislativos en la contratación masiva que, guardando las distancias formales (las características indemnizatorias), tienen la misma lógica que el seguro obligatorio. En efecto, el Análisis Económico del Derecho es rotundo y unánime en su posición contra el artículo 1398 del Código Civil, que proscribe las cláusulas vejatorias (limitaciones de responsabilidad en favor de quien las ha redactado, entre otras) y promueve el control administrativo en la contratación masiva (contratos por adhesión y cláusulas generales de contratación).

El argumento del Análisis Económico del Derecho es siempre el mismo, esto es, que nadie mejor que las partes para saber lo que conviene o no a sus intereses a la hora de contratar. Para ello basta con un adecuado sistema de transmisión de información a los consumidores (mecanismo por lo demás previsto en el artículo 1397 del Código), sobre todo en los contratos estándares o preimpresos que, dadas sus características formales, son de difícil lectura y comprensión.

Adicionalmente, contra el sistema de control ajeno a las partes se esgrime que este implica costos que los productores tendrían que incorporar al precio de sus productos, lo que perjudicaría a los consumidores (por lo menos a algunos), ya que ellos estarían en capacidad de controlar por sí mismos el contenido de los contratos estándares.

Porque la realidad no es su fuerte —como sucede siempre con el Análisis Económico del Derecho—, las objeciones a sus argumentos nunca se encuentran en la superficie. Porque en el Perú ¿cuántos analfabetos hay? ¿Cuántos que no hablan español? ¿Cuántos que no están integrados al mundo occidental para que funcione un «adecuado sistema de transmisión de información»? Así las cosas, ¿no constituiría acaso un riesgo de daño al consumidor en un país como el Perú unos contratos estándares desprovistos de toda vigilancia, ya no decimos administrativa, sino hasta legislativa, como la que propone alegremente el «Análisis»?

Así pues, este control administrativo o legislativo a la contratación en masa funciona como una suerte de *segurum obligatorio* (con la diferencia de que aquí no se indemniza a nadie) cuyo costo, es cierto, es trasladado al precio de los productos o servicios por los que el consumidor paga un poco más, a cambio de que los despistados o ignorantes (probables y posibles perjudicados) y los sabios y diligentes (improbables perjudicados pero siempre posibles, pues nadie es infalible) estén «asegurados» contra cualquier abuso y consecuente daño por cláusulas vejatorias. Aquí, como en el sistema de seguro o de precios, no interesa que el daño se haya producido o no, sino solamente que sea probable que se produzca.

Por lo demás, toda esta indignación del «Análisis» contra los controles administrativos y legislativos a la contratación en masa está fuera de lugar desde el momento mismo en que, a excepción de los contratos bancarios y de seguros, precisamente, no se aplicaron a ninguna otra actividad contractual masiva.

Véase: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor». En *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima: Ara Editores, 1996, pp. 235-271. Consultese también: PATRÓN SALINAS, Carlos A. «¿Mentiras verdaderas?: reflexiones en torno de la regulación del derecho contractual». En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001, pp. 143-145.

BIBLIOGRAFÍA

ABELINO SÁNCHEZ, Esteban. *Cálculo de intereses y actualización de deudas tributarias*. Lima: Editorial San Marcos, 1994.

BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ. Sucursal de Arequipa. *Investigación económica*, 1987.

BENAVIDES TORRES, Eduardo. «La reforma del Código Civil peruano sobre el Derecho de los Contratos, parte general: ¿En busca de una isla?». *Advocatus*, n.º 7, 2002-II. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *La relación jurídico patrimonial. Reales vs obligaciones*. Lima: Lluvia Editores, 1990.

—«Análisis Económico del Derecho». *Iuris Dictio*, año I, n.º 2, 1996. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Lima.

—*Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima: Ara Editores, 1996.

—«La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la Lesión en el Derecho de Contratos». *Thémis*, n.º 43, 2001, 2.ª época. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

—«Sobre el Código Civil y los dinosaurios». En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001.

—«Esquizofrenia jurídica. El impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú». *Thémis*, n.º 44, 2.ª época, 2002. Revista editada

por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

—*Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores, 2003.

BUNGE, Mario. *La ciencia, su método y su filosofía*. Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte, 1980.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Retracto: réquiem de un Derecho ‘Económico y Social’». *Thémis*, n.º 24, 2.ª época, 1992. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

CASTILLO FREYRE, Mario. «Los contratos sobre bienes ajenos». Tesis elaborada para optar el grado académico de bachiller en Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, septiembre de 1989.

—«El bien materia del contrato de compraventa». Tesis elaborada para optar el grado académico de magíster en Derecho con mención en Derecho Civil en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, julio de 1991.

—«El contrato de compraventa en el Código Civil peruano de 1984». Tesis elaborada para optar el grado académico de doctor en Derecho en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, junio de 1999.

—*Los contratos sobre bienes ajenos*. Lima: CONCYTEC, 1990.

—*El bien materia del contrato de compraventa*. Biblioteca para leer el Código Civil, vol. XIII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.

- El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta.* Biblioteca para leer el Código Civil, vol. XIV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.
- Las doctrinas tradicionales frente a la contratación computarizada (análisis del funcionamiento de las doctrinas tradicionales sobre consentimiento, nulidad, anulabilidad y disentimiento en los contratos celebrados a través de medios informáticos).* Biblioteca de Derecho Contemporáneo, vol. III, tomos I-IV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.
- Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*, tomos I y II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.
- Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Código Civil de 1984. Texto original. Normas modificatorias y complementarias (del 24 de julio de 1984 al 30 de abril de 1998)*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.
- Tratado de la venta.* Biblioteca para leer el Código Civil, vol. XVIII, tomos I-VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.
- «Comentarios al contrato de compraventa». *Gaceta Jurídica*, enero de 2002. Lima.
- Tratado de los contratos típicos.* Biblioteca para leer el Código Civil, vol. XIX. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- Tratado de la Teoría General de los Contratos.* Biblioteca para leer el Código Civil, vol. XX. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

- Estudios sobre el contrato de compraventa*. Lima: Ediciones Legales, 2003.
- Código Civil. Edición oficial del Ministerio de Justicia*. Lima: Asesamiento y Análisis Laborales, 2004.
- El contrato de suministro. Una perspectiva crítica*. Lima: Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Facultad de Derecho, 1992.
- «Las obligaciones y sus modalidades; efectos de las obligaciones». *Instituciones del Derecho Civil peruano (Visión histórica)*, tomo III. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente y Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 1996.
- «Los contratos típicos. Compraventa; permuta; suministro; donación; mutuo; arrendamiento; hospedaje; comodato; locación de servicios; obra; mandato; depósito; secuestro; fianza; renta vitalicia; juego y apuesta». *Instituciones del Derecho Civil Peruano (Visión histórica)*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente y Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 1996, tomo III.
- «La venta de bien ajeno en el Derecho argentino». *Iuris Dictio*, año I, n.º 2, 1996. Revista de Derecho editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Lima.
- «Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano». *Revista Jurídica del Perú*, año XLVIII, n.º 14, 1998. Trujillo.
- «La relación existente entre la venta de bien ajeno y el saneamiento por evicción». *Revista del Magíster en Derecho Civil*, vol. 1, 1998. Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- «La Isla de la Fantasía». *Notarius*, año VIII, n.º 8, 1998. Revista del Colegio de Notarios de Lima, (publicado en el 2000).

- «El contrato de arrendamiento-venta». *Revista Actualidad Jurídica*, tomo 96, noviembre del 2001.
- «La Isla de la Fantasía (o la vieja y absurda idea de modificar un Código Civil que recién va a cumplir la mayoría de edad)». *Actualidad Jurídica*, tomo 103, junio del 2002. Publicación mensual de Gaceta Jurídica, Lima.
- «La nulidad y anulabilidad del acto jurídico en los contratos celebrados a través de medios informáticos». *Derecho Informático y Comercio Electrónico. Doctrina y legislación*. Artículos recopilados a propósito del I Congreso Nacional de Derecho Informático y Comercio Electrónico, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega y el Instituto de Derecho Informático y Nuevas Tecnologías. Lima: IDERTEL, 2002.
- «La compraventa de bien pasado». *Revista Jurídica del Perú*, año LII, n.º 39, octubre de 2002. Trujillo.
- y Pierre Martín HORNA. «El problema de la formación del contrato predisuelto en la contratación celebrada a través de medios electrónicos». *Revista Actualidad Jurídica*, tomo 115, junio del 2003.
- y Erika CÉSPEDES SUZUKI. «Características del contrato médico». *Revista Actualidad Jurídica*, tomo 116, julio del 2003.
- «Plazo prescriptorio de la acción de ineeficacia de los actos jurídicos celebrados por el representante». *Revista Jurídica del Perú*, año LIV, n.º 55, marzo/abril del 2004.
- «La importancia de la obra de don Germán Aparicio y Gómez Sánchez en el Perú de hoy». En *Semblanzas. Germán Aparicio y Gómez Sánchez*. Homenaje de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos al cumplirse 125 años de

su nacimiento. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2004.

COASE, Ronald. «The Problem of Social Cost». *Journal of Law and Economics*, n.º 3, 1960.

—«El Análisis Económico en Chicago». *Thémis*, n.º 44, 2002, 2.ª época. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

COPI M., Irving. *Introducción a la lógica*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Eudeba, 12ª edición, abril 1972.

EDITORIAL BIBLIOGRÁFICA ARGENTINA. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1955.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1979.

GHERSI SILVA, Enrique. «Una introducción al Análisis Económico del Derecho». *Advocatus*, n.º 7, 2002-II. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima.

HAYEK, F. A. «Economics and Knowledge». *Económica*, vol. IV, 1937.

—*Law, Legislation and Liberty: Rules and Order*. Londres: Routledge and Kegan, 1973.

—*Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*. Vol. I. Madrid: Unión Editorial, 1985.

KAIBARA, Yukio. *Historia del Japón*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KELSEN, Hans. *La idea del Derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946.

—*The Communist Theorie of Law*. Nueva York: Frederick Praeger, 1955.

—«Théorie du Droit International Public». *Académie de Droit International. Recueil des cours de 1953*. La Haya, vol. III, tomo 84. Leyden: A. W. Sijthoff, 1955.

—*Teoría comunista del Derecho y el Estado*. Buenos Aires: Emecé, 1957.

—*Teoría Pura del Derecho*, 3.^a reimpresión. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

KRECKE, Elisabeth. «El Derecho y el orden del mercado: una crítica austriaca al Análisis Económico del Derecho». *Thémis*, n.^o 38, 1998, 2.^a época. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

MUÑIZ ZICHES, Jorge. «Revisión del Código Civil de 1984 y la necesidad de reformas urgentes». En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001.

NIETO, Eduardo Hernando. «¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?» *Thémis*, n.^o 37, 1998, 2.^a época. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

NIETZSCHE, Friedrich. *Más allá del bien y del mal*. Madrid: EDAF, s. a.

OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, primera parte, vol.

XVI, tomo I-IV, 1994; segunda parte, vol. XVI, tomo V-VII, 1996; tercera parte, vol. XVI, tomo VIII, 1997; tercera parte, vol. XVI, tomo IX, 1999; cuarta parte, vol. XVI, tomo X-XVI, 2003.

—*Estudio sobre las obligaciones dinerarias en el Perú*. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

—«La compensación». *Revista Scribas*, año II, n.º 4, 1998. Arequipa.

—«La condonación». *Ius et Veritas*, año IX, n.º 18, 1999. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

—«El mutuo disenso». *Cátedra*, año III, n.º 4, 1999. Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.

—«La transacción». *Derecho*, n.º 57, 1997 (publicado en 1999). Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

—«Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del Código Civil de 1984». *Cátedra*, año III, n.º 5, 1999. Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.

—«Algunos conceptos sobre la Teoría General de las Obligaciones». En *Obra de homenaje por el centenario del nacimiento del doctor José León Barandiarán*, tomo II. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2000.

—«Las obligaciones de hacer y de no hacer». En *Academia Peruana de Derecho, Libro homenaje al doctor Javier Vargas y Vargas*. Lima, 2000.

—«La pérdida en las obligaciones de dar bienes ciertos y la teoría del

- riesgo». *Normas Legales. Revista de Legislación, Jurisprudencia y Doctrina*, tomo 286, 2000. Trujillo.
- «El incumplimiento en las obligaciones indivisibles y solidarias». *Revista Abogados*, año III, n.^o 4, mayo del 2000. Lima.
- «La transferencia de propiedad en el Perú». *Revista Ius et Praxis*, n.^o 30, 1999 (publicado en el 2000). Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima.
- «El Derecho Sucesorio y las obligaciones de sujeto plural». *De Iure*, año II, n.^o 2, noviembre del 2000. Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima.
- «Los intereses compensatorios y moratorios». *Notarius*, año X, n.^o 10, 2000. Revista del Colegio de Notarios de Lima. Lima.
- «Las obligaciones de dar bienes inciertos». *Notarius*, año IX, n.^o 9, 1999, (publicado en el año 2000). Revista del Colegio de Notarios de Lima. Lima.
- «Las relaciones internas entre los deudores y entre los acreedores de obligaciones indivisibles y solidarias». *Revista Bibliotecal del Colegio de Abogados de Lima*, año 1, n.^o 2, diciembre del 2000. Lima.
- «El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil». *Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.^o 53, diciembre del 2000. Lima.
- «Reflexiones en torno al cumplimiento en las obligaciones indivisibles y solidarias». *Cátedra*, año IV, n.^o 7, diciembre del 2000. Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.

- «Los medios extintivos distintos al pago y las obligaciones indivisibles y solidarias». *Revista Jurídica del Perú*, año LI, n.º 18, enero del 2001. Trujillo.
- «Las obligaciones conjuntivas». *Revista Abogados*. año III, n.º 5, enero del 2001. Lima.
- «Consideraciones generales acerca del pago de intereses». *Advocatus*. Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, n.º 4, marzo del 2001. Lima.
- «El nominalismo y el valorismo en el Perú (primera, segunda y tercera parte)». *Revista Jurídica del Perú*, año LI, n.º 20, marzo del 2001. Trujillo.
- «Algunas consideraciones relativas a las obligaciones indivisibles y solidarias». *Ius et Veritas*, año XI, n.º 22, junio del 2001. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- «Algunos conceptos generales sobre el pago por consignación». *Folio Real*. Revista Peruana en Derecho Registral y Notarial, año II, n.º 5, junio del 2001. Lima.
- «La dación en pago». *Ipsò Iure*. n.º 1, junio del 2001. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Tecnológica del Perú. Lima.
- «La transmisión de las obligaciones a los herederos». *Revista Abogados*, año III, n.º 6, julio del 2001. Lima.
- «Quién puede efectuar el pago y quién está en aptitud de hacerlo». *Derecho y Sociedad*, año XII, n.º 16, agosto del 2001. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

- «La imputación del pago». *Biblioteca*, año 2, n.^o 3, noviembre del 2001. Revista del Colegio de Abogados de Lima. Lima.
- «Algunas consideraciones acerca del pago». *Catedra*, año V, n.^o 8, noviembre del 2001. Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
- «La subrogación legal o de pleno derecho». *Revista Abogados*, año IV, n.^o 7, enero del 2002. Lima.
- «Historia del sistema francés de transmisión de la propiedad inmueble». *Lumen*, año 1, n.^o 1, enero del 2002. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Lima.
- «El pago indebido y quien lo recibe de buena fe». *Revista Jurídica del Perú*, año LII, n.^o 36, julio del 2002. Trujillo. Este artículo fue publicado nuevamente en el libro *Doctrina Contemporánea*, publicado por Editora Normas Legales, mayo del 2003. Trujillo.
- «La novación objetiva». En *Revista Jurídica del Perú*, año LII, n.^o 37, agosto de 2002. Trujillo.
- «Clases de compensación». *Revista Actualidad Jurídica*, tomo 106, septiembre de 2002. Lima.
- «Algunas consideraciones acerca de la novación». *Ius et Praxis*, n.^o 33, diciembre de 2002. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima.
- «El deporte y la responsabilidad civil: responsabilidad civil derivada de actividades deportivas en general (primera parte)». *Revista Jurídica del Perú*, año LII, n.^o 40, noviembre de 2002.
- «El deporte y la responsabilidad civil: responsabilidad civil derivada de los daños sufridos por un jugador frente a un contendor o compe-

tidor (segunda parte)». *Revista Jurídica del Perú*, año LII, n.º 41, diciembre del 2002.

—«El deporte y la responsabilidad civil: responsabilidad civil derivada de los espectáculos deportivos, respecto de daños sufridos por los espectadores (tercera parte)». *Revista Jurídica del Perú*, año LIII, n.º 42, enero del 2003.

—«Responsabilidad civil derivada del divorcio». *Revista Jurídica del Perú*, año LIII, n.º 44, marzo del 2003.

—«Responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos de sus administradores o dependientes». *Revista Jurídica del Perú*, año LIII, n.º 47, junio del 2003.

—«Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades: SIDA y responsabilidad». *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 20, julio del 2003.

—«La responsabilidad de los profesionales». *Revista Foro Jurídico*, año I, n.º 2, julio del 2003.

—«Responsabilidad civil por repercusión o rebote». *Revista Ius et Praxis. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*, n.º 34, enero-diciembre de 2003.

—«La responsabilidad civil por accidentes de tránsito». En *Libro homenaje a Jorge Avendaño Valdez*, tomo II pp. 907-961. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, julio del 2004.

PATRÓN SALINAS, Carlos A. «¿Mentiras verdaderas?: reflexiones en torno de la regulación del Derecho Contractual». En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001.

PIZARRO ARANGUREN, Luis. «El Código Civil peruano y la contratación actual». En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001.

POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998.

PUZO, Mario. *El Padrino*. Madrid: Suma de Letras, 2002.

RIVERA, Víctor Samuel. *La filosofía del siglo XX. Balances y perspectivas*. En GIUSTI, Miguel (ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

ROSENTAL, M. M. *Diccionario filosófico*. Lima: Ediciones Pueblos Unidos, 1980.

SALINAS RIVAS, Sergio. «El rol del Estado en la contratación privada: a propósito del principio de protección al deudor en el Código Civil peruano». En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001.

SCHUMPETER, Joseph A. *Historia del análisis económico*. Barcelona: Ediciones ARIEL, 1971.

SHAKESPEARE, William. *El mercader de Venecia. Los clásicos. Comedias*. 7.^a ed. México D. F. y Nueva York: W. M., 1974.

VAN HORNE, James C. *Administración financiera*. Buenos Aires: Ediciones Contabilidad Moderna, 1973.

VARGAS LLOSA, Mario. *El Paraíso en la otra esquina*. Lima: Alfaguara, 2003.

WILDE, Óscar. *El fantasma de Canterville y otros cuentos*. Santafé de Bogotá: Editorial Norma, 1992.

WILDE, Óscar. «El crimen de lord Arthur Saville». En *El fantasma de Canterville y otros cuentos*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Norma, 1992.

<<http://www.paisdelocos.com/actualidad/>>.

<<http://www.stellawards.com/>>.

Próximas publicaciones del Fondo Editorial:

Los hijos del Sol
Biblioteca Lo que debo saber
José Antonio del Busto

Movimientos milenaristas
Arturo de la Torre

*El sistema de seguridad jurídica
en el comercio electrónico*
Hernán Torres

*Estudios de Derecho Procesal
Constitucional y Derecho Procesal Civil*
Aníbal Quiroga

*Incas y españoles en la conquista
de Chachapoyas*
Inge Schjellerup

Luto. Alguien parece haber muerto gozando de buena salud. Ayer, en la flor de la existencia, con esa arrogancia de la vida que infunde la plenitud, seguro el paso, firme el ademán, implacable la palabra, paseábase el difunto con aquella soberbia convicción de los adolescentes en la vida eterna. De pronto y para pasmo de muchos —admiradores y detractores—, la muerte. Súbita como en toda tragedia. ¿Qué pasó?, pregúntase el general murmullo. Pues nada. Simplemente que, como muchas cosas en la vida, las apariencias encandilan, sugestionan, engañan. Y entonces viene el análisis. La autopsia. Y nos enteramos que la robustez era inflada, que eran tan solo afeites la rozagante lozanía, y, en fin, que estaba contrahecho quien por titán pasaba.

Esta metáfora resume muy bien un libro polémico. Este: *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. Y en sus casi doscientas páginas y mediando el rigor intelectual que deben tener los buenos libros académicos, los autores, Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, con sutileza en algunos casos, con elegancia en otros, pero sin dar tregua a esa mordacidad que es el alma del buen humor, realizan una apasionada vivisección de una doctrina en el limbo entre lo jurídico y lo económico, cuyo pecado contra su vida ha sido, quizás, aquel muy humano desliz de creerse eterna e infalible como los dioses. Y, como todos sabemos, ni hay hombres infalibles ni eternos, ni mucho menos doctrinas que se les parezcan.

Así, este libro pretende derribar un mito, el del Análisis Económico del Derecho y sus injustificadas críticas al Derecho Civil, mostrando, como en aquellas asiáticas aventuras de las novelas de Kipling, que quien pasaba por divino a nuestros mortales ojos sangra y hasta puede yacer como finado ejemplo de una lección de anatomía.

ISBN 997242670-X

A standard one-dimensional barcode is positioned vertically on the right side of the page, corresponding to the ISBN number above it.