

ANALIZANDO AL ANÁLISIS

AUTOPSIA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO POR EL DERECHO CIVIL

MARIO CASTILLO FREYRE

RICARDO VÁSQUEZ KUNZE

FONDO EDITORIAL DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

A la Pontificia Universidad Católica del Perú, por enseñarnos que en los quehaceres de la ciencia, nadie tiene la autoridad para decir todavía 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.

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)

A veinte años de vigencia del Código Civil, voces aisladas, aunque sonoras, propician un movimiento de reforma por considerar que él ya no puede enfrentar los retos que presenta la sociedad contemporánea. Esta tendencia se inició poco tiempo después de su promulgación, en un intento por corregir algunas imperfecciones no significativas que se habían detectado. Sin embargo, hoy día se aduce la necesidad de modificar sustancialmente el Código Civil, llegándose a hablar, incluso, de su derogación, no obstante la bondad de sus preceptos que permiten un tránsito social, político y económico fluido en el 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, que lo incorpora desde un inicio en la formación académica de sus alumnos. Y ello obedece a que sus postulados y el ingenio de las críticas formuladas particularmente contra el derecho civil, mediante argumentos sugestivos y fácilmente digeribles, otorgan a esta nueva modalidad una acogida a veces inusitada.

Estas consideraciones han permitido que un sector de la intelectualidad jurídica peruana —cual precursores del renacimiento que luchaban 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, frente a las opiniones de quienes defienden con convicción las instituciones tradicionales del derecho civil y se desenvuelven bajo sus principios en actividades académicas y en el ejercicio profesional.

Si bien la Constitución Política se prefiere, por razones jerárquicas, al Código Civil, este constituye un

cuerpo normativo cuyo dinamismo y presencia en la vida de la comunidad sobrepasa a la propia Constitución. Su trascendencia justifica que las urgencias modificatorias sean postergadas, porque antes precisa evaluarse fría y conscientemente la conveniencia y necesidad de incorporar al Código Civil los nuevos postulados que proclama el Análisis Económico del Derecho. El tiempo, dice 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 lo encontramos en la doctrina de la Escuela Austríaca de Derecho desarrollada por F.A. Hayek, que al estudiar esa institución cuestiona las divulgadas tesis de Ronald Coase y Richard Posner.

A diferencia de los conceptos convencionales del Análisis Económico del Derecho, «el planteamiento austríaco 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

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, precisa hacerse hincapié que es en la enseñanza de esta doctrina donde debe tenerse el mayor cuidado.

La habilidad del abogado para resolver problemas, su capacidad de argumentación analítica y su profunda formación humanista, han convertido al derecho en una rama 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 le permite, además, 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 frenar las ambiciones del autócrata que

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

pretende perpetuarse en el poder o ejercerlo 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, al igual que permiten garantizar el tráfico fluido y eficiente de los bienes en el mercado. Por ello un abogado con una sólida formación moral y académica constituye un valor incalculable para la sociedad, la cual, como consecuencia de la actividad de distinguidos letrados, le ha otorgado a la abogacía la categoría de función social.

Considero imperativo que la enseñanza del derecho se oriente en este sentido, y es por ello que abrigo 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 aún mayor cuando se percibe que son abolidas las denominadas «cátedras tradicionales del derecho civil», porque 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 puedan formular, constituye la legislación aplicable en nuestro país. Si al estudiante de derecho se le otorga una formación civilista tradicional, tendrá luego un sólido sustento para criticar, con pleno dominio, al Código que lo ha formado. Sin embargo, si la formación tiene como base una repetitiva crítica del Derecho Civil, el estudiante habrá dejado de conocer las normas que rigen nuestra sociedad en esa materia, y carecerá luego de interés en ellas pues desde los inicios de su formación se le habrá inculcado que el Código Civil es un instrumento erróneo.

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 aseguramos así de que el abogado adquiriera 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 la obra «Analizando al Análisis - Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil» que han escrito dos distinguidos juristas, los doctores Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, quienes me han honrado solicitándome incorporar unas pocas líneas a tan importante trabajo.

Los doce capítulos que integran el libro que prologo, con provocadores y mordaces títulos, rescatan 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, los autores han dejado muy en claro que si bien en ciertas ocasiones el Análisis Económico del Derecho es una herramienta útil y una forma interesante de ver el derecho, no es la única. El enfoque de la obra nos permite, en efecto, advertir que los principales estudiosos de esa doctrina en el Perú todavía reconocen, es verdad que con desgano, que el Análisis Económico del Derecho no es la única forma de entender el derecho civil, sino solo una de ellas.

El libro, por otra parte, brinda una valiosa herramienta a las nuevas generaciones para restablecer con sólido sustento los postulados de la tradición romano-germánica en que se basa nuestro sistema jurídico, dejando de lado el 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 al Análisis ...» de Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze no constituye una crítica al Análisis Económico del Derecho como tal. Lo que critican los autores con incansable ímpetu es el atribuido descrédito a las formas tradicionales de interpretación del derecho y la sugestión de que éstas han devenido obsoletas, inútiles y hasta jurásicas.

La obra, además, es un llamado a la medida y al equilibrio, demostrando 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 ante las críticas planteadas por los propulsores del Análisis Económico del Derecho al derecho civil y comenzar a reafirmar lo que merece ser reafirmado. Se trata, en suma, de importantes objeciones a las críticas planteadas por esta corriente frente al régimen en vigencia. Solo de ese modo, analizando de manera desapasionada las tesis que promueve esta nueva doctrina, podremos tener una visión completa que nos permita dilucidar la conveniencia de adoptar 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, abrigando 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 a 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 recordar aquellos buenos viejos tiempos que sólo 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 personales pasados y las pretéritas ideas 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 un herramienta de aquélla. 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 ahí 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. Enseñeábase éste 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 sólo 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 constituían 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 exalumnos 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 leemos revistas de Derecho, resultaba atractiva esa nueva forma de ver nuestra ciencia, distinta de los cauces tradicionales, manejando de manera permanente conceptos de economía de gran utilidad, ajenos, hasta ese entonces, en 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 los que adorar —quién no 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 como 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, acentuábase 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 haberlo 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.

Inicióse así una explícita campaña, cuyos signos distintivos fueron la burla y el escarnio, destinada a minar diversas instituciones propias del Derecho Civil, tomándolas 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 concurren, 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 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».

Pero siempre tuvimos la convicción de que esos juicios sólo eran efectistas pero no efectivos, en la medida que si ellos eran sometidos al rigor de un careo lógico y jurídico, la consecuencia ineludible era confirmar que las críticas gastadas por el Análisis Económico del Derecho contra el Derecho Civil no constituían 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 injusticiamiento 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 del 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 jueguito de

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.
Ver: «¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?» En: *Thémis*. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 37, Segunda Época, Lima, 1998, pp. 129-138.

juicios y fusilamientos, en que ya era hora que pasáramos del sufrido papel de víctimas injusticiadas, al más grato de los que calzan 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 sus seguidores nativos en caballitos de batalla de una causa falsa, sirviéronles para denostar al Derecho Civil, al extremo de buscar su destrucción moral, con el propósito de convertirlo en un siervo de la economía, haciendo de su ciencia la leña donde había de quemarse su dignidad.

A efectos de consumir la ruina del Derecho y su servidumbre, el «Análisis» trató no sólo 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, 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 más de un centenar 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, demostrando cuán endeble es quien tiene poco o nada de Derecho, alguna sombra de economía y mucho, sino todo, de novelería.

No dudamos por eso ni por un instante de que la respuesta del Derecho Civil al «Análisis» en el Perú podía traerle a éste consecuencias severas. Pero, nunca imaginamos que le fueran funestas y que en el enfrentamiento se cayera muerto de la impresión. De ahí que hayamos subtítuloado 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 hubiera resucitado, pues es de esperar que en ellas haya empleado argumentos de similar flaqueza que los utilizados para el Derecho Civil.

El Capítulo I de esta obra, *El Derecho de la Ciencia*, tiene por objeto hacer del conocimiento público la visión que del Derecho tienen los autores, convencidos del *status* científico de su sabiduría en tiempos que ésta 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 pues aquí, a quien más lejos llegó en demostrar la científicidad del Derecho. Hans Kelsen, a quien muchos abogados deformados por la superficialidad del momento presente, desconocen totalmente o sólo advierten de oídas, es la columna vertebral de este capítulo.

Esquizofrenia Económica, título del segundo capítulo, refleja la patología académica de quienes no ven en el mundo y las relaciones humanas más que variables económicas, encarando 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 historia de aparecidos y en los miedos que los cucos causan en las mentes impresionables. Creemos que hemos curado aquí a los impresionados, exorcizando para siempre a los fantasmas de la propiedad.

El quinto Capítulo, *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» 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 pues 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 avemarías ajenas*.

Uno de los temas más combatidos por el «Análisis» es el de la regulación de la cláusula penal en el Código Civil Peruano. Independientemente de que las críticas sobre esta materia se remontan 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» al fracaso, cuando ha *intentado corregir* algunas injusticias, logrando más bien crear otras tal vez más peligrosas que aquéllas a las que *intentó poner fin*. No es por eso nada raro la imprudencia de la que el «Análisis» hace gala en materia de disposición de bienes comunes de la sociedad conyugal. Pues en aras de corregir una aparente inseguridad jurídica y comercial, pretende consumir 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: Tedéum 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 cuajado, 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 ineficiencia.

En el Capítulo XI, *Una cuestión sin interés*, demostramos que al «Análisis» no le intimida en lo absoluto la perpetuación de situaciones canallescadas, al promover, implícitamente, que las tasas de interés puedan llegar a ser tan infinitas como el universo, y que algunos delincuentes que fungen de financistas desplumen a sus víctimas sin el menor pudor. Además, podremos apreciar asimismo cómo el «Análisis» prescinde muchas veces —en su inquina contra el Derecho Civil—, del hecho de que algunos preceptos legales ya han tenido

modificaciones sustantivas en la práctica jurídica, sino han sido hasta abolidos, lo que hace inobservables y antojadizos sus, ya de por sí, pobres asertos.

Por último, el Derecho Civil se encarga de dar cuenta de uno de los temas más caros para el «Análisis». Nos referimos al radical cuestionamiento que formula a la culpa como factor de atribución de responsabilidad civil. Así pues, en el Capítulo XII, *Telón: La causa falsa*, ponemos el dedo en la falacia con nombre propio 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.

Así las cosas, 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 medida 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».

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 promoción y colegas de profesión, 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 ha preciado 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 coleccionar 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 sólo 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 una 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 de suyo 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 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 y fuera de cuyos linderos mora la nada, su enemiga mortal.

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

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 falible. Por medio de la investigación científica, el hombre ha alcanzado una reconstrucción conceptual del mundo que es cada vez más amplia, profunda y exacta». BUNGE, Mario. «¿Qué es la ciencia?». En *La ciencia su método y su filosofía*. Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte, 1980, p. 9.

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 serlo. Sobre este tema véase también: «¿Cuál es el método de la ciencia?». En *La ciencia su método y su filosofía*. BUNGE, Mario. *Op. cit.*, pp. 67-68.

Es así el conocimiento el objeto de la ciencia al cual ésta se propone aprehender en su unidad. Un esfuerzo tal no es otro que una teoría general del conocimiento. Vasto como es éste, sin embargo, por más limitado que fuere el esfuerzo humano, percíbense en su horizonte innúmeros paisajes, todos ellos de singularísima 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 dejando el turismo del fenómeno para los profanos y legos, esto es, para los ignorantes que son legión. Si el Derecho como tal existe, si distinguirlo como árbol podemos del frondoso bosque del conocimiento general, es porque tiene una vida propia —en el sentido histórico del término—, porque es especie única de ese género llamado saber.

De ahí que 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 que es, como lo son también sus primas hermanas la moral y la religión, se funda, precisamente, en lo que, en tanto normas no tienen sus primas, esto es, en 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 ésta 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 aquél desde una tradición científica, es Kelsen con su Teoría Pura del Derecho⁷ el que

⁴ Con frecuencia objétase 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». *Idem*, pp. 61-62.

⁵ «Las sanciones estatuidas por un orden jurídico son, a diferencia de las trascendentes, 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*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Tercera reimpresión, 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». *Idem*, 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 derecho debe ser o deba ser hecho. Es una ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica (...). Doctrina pura (...). Vale

marca un hito definitivo 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 cientificidad del Derecho deberían ser reconocidos y, sobre todo, conocidos por quienes de una forma u otra aproxímanse 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, sólo 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 el de destino de la ciencia. Tiene ésta pues 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 y éste, 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 sólo 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. Constrúyese de este modo un orden jurídico y estructúrase en la teoría que lo aprehende la pirámide en cuyo vértice se encuentra la norma fundante¹¹ que, en tanto hipótesis científica, explica la subordinación de todas las normas de un sistema

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». *Idem*, 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». *Idem*, 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 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». *Idem*, 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». *Idem*, p. 83.

¹¹ «Sobre todo, corresponde tener presente que las acciones mediante las cuales se producen normas, sólo entran en

jurídico, y, por ende, su unidad. Cúmplese de este modo 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 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 habría 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, blanden una crítica asaz pobre de sus asertos. El veto 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 ésta se derivaron en el siglo XX y que se prolongan aún hasta nuestros días.

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.

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 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». *Idem*, pp. 36 y 202.

¹² «Ahora como antes, una ciencia del derecho objetivo, que se limita a describir su objeto, enfrenta la terca oposición de aquellos que, menospreciando 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». *Idem*, p. 14.

¹³ Por paradójico que parezca y muy contrariamente a lo que se afirma, 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. Ésta asume tácitamente que los dominios de validez

El problema que planteó el hecho de una barbarie sancionada por la ley, ajena aquella a los usos y costumbres imperantes en el mundo, produjeron una reacción política de profundas consecuencias en los predios de la moral y el Derecho que, paradójicamente, significaron 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, asaz discutibles, de la moral universal contra la moral convencional y cultural, y levantóse de sus ruinas filosóficas medievales el jusnaturalismo¹⁴ para oponerse a la racionalidad del positivismo jurídico.

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. Aún así, tal es la doctrina de los derechos naturales o fundamentales de la que la de los derechos humanos es su versión más remozada y conocida.

Empezando porque un pretendido orden natural querido por Dios como columna universal de validez de las leyes positivas es tan debatible como la creencia en la existencia de Dios mismo y por ende de su «orden natural», o porque la naturaleza —tal como la entendemos desde las riveras de las ciencias naturales— no está ordenada por leyes jurídicas sino físicas y de éstas no se pueden colegir bajo ningún argumento lógico aquéllas,¹⁵ ya no decimos la ciencia, sino la cordura misma de todo pensamiento está mortalmente ofendido 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 de los derechos humanos para positivizarse mediante tratados internacionales y códigos nacionales, como para dejar bien en claro que la obligatoriedad

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 y que en la Alemania nazi no los eran. Esto, también en función de la tesis de Kelsen de la construcción monista de la primacía del Derecho Internacional sobre el nacional. Ver: KELSEN, Hans. «Théorie du Droit International Public». En *Académie de Droit International*. Recueil des cours de 1953 III, tome 84 de la Collection. La Haye: AW. Sijthoff, Leyde, 1955, pp. 62 y 95.

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

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. *Teoría Pura del Derecho*, *Op. cit.*, pp. 18-20. También ver pp. 89-96.

jurídica de cualquier doctrina filosófica o concepción del mundo pasa necesariamente por la ley, tal cual pasó también la barbarie racista de los Nazis.

Pónese de este modo 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 deslegitimarlo, hemos de dar cuenta de un renovado intento del jusnaturalismo por no perder su pretensión a 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, álzase hoy la economía como su indiscutible sucesora. Tiene ésta 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. De ahí 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. De esto 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 ésta es la pretensión— fundan su razón de ser. A la «luz» de este razonamiento, en el Derecho entonces la norma jurídica cobra sentido sí y sólo sí 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 conjunto 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.

¹⁶Ver: KELSEN, Hans. *The Communist Theorie of Law*. Nueva York, 1955.

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 al que pretendemos en las siguientes líneas analizar. No podemos empezar esta breve aproximación al Análisis Económico del Derecho sin dejar de decir que éste forma parte de una esquizofrenia económica mayor y cuyo origen, como ya lo hemos señalado en el capítulo precedente, lo podemos encontrar en el marxismo decimonónico para el que la historia

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

² *Idem*, p. 18.

³ Para tener una buena aproximación a los orígenes históricos del Análisis Económico del Derecho y sus escuelas ver: GHERSI SILVA, Enrique. «Una introducción al Análisis Económico del Derecho». En *Advocatus*. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, n.º 7. Lima, 2002-II, pp. 147-153.

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 a 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 sería posible a través del «método económico». Ahora bien, dado que para algunos «el derecho estudia la conducta humana»,⁶ se entiende por qué un análisis que haga predecible tal conducta con una tendencia bastante aproximada, es 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 a 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 sólo 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

⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Esquizofrenia jurídica. El impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú». *Op. cit.*, p. 20.

⁵ *Idem*, p. 20.

⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Análisis Económico del Derecho». En *Iuris Dictio*. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, año I, n.º 2, Lima, 1996, p. 96. Todo parece indicar que Bullard adopta de este modo la controvertida tesis de la Teoría Ecológica del Derecho (conocimiento del yo), del jurista argentino Carlos Cossio, que sostiene que el objeto de la ciencia del Derecho no son las normas sino la conducta humana. Así, Cossio señala que «el derecho es una manifestación de conducta dentro de una interferencia intersubjetiva», teniendo por crítica comúnmente conocida que «el alcance conceptual del término que denomina la teoría es en cierto modo circular» (EDITORIAL BIBLIOGRÁFICA ARGENTINA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., 1955, p. 104). Resultan curiosas entonces las coincidencias teóricas entre Bullard y Cossio, en tanto el primero es un crítico acérrimo de los pensamientos circulares como indicadores de 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» («Esquizofrenia jurídica. El impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú». *Op. cit.*, p. 19). Nosotros discrepamos con Bullard y con Cossio respecto a que el Derecho estudie 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*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Tercera reimpresión,

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 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 sólo en el Perú. También desde la vieja Europa —más precisamente desde Viena convertida en el icono 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 austríaca 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, sólo 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 aquél 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 «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

1983, p. 83).

⁷ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Esquizofrenia jurídica. El impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú». *Op. cit.*, p. 20. También en: BECKER, Gary. «El enfoque económico del comportamiento humano». En *Información Comercial Española*, n.º 557, enero 1980.

⁸ *Idem*, p. 21.

⁹ KRECKE, Elisabeth. «El Derecho y el orden del mercado: una crítica austriaca al Análisis Económico del Derecho». En *Thémis*. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 38, Segunda Época, Lima, 1998, p. 242.

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. *Idem*, 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 (...)». *Idem*, p. 243.

¹² BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Esquizofrenia jurídica. El impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú». *Op. cit.*, pp. 17 y 18.

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 éste 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

Pero el diagnóstico austríaco de esta esquizofrenia va mucho más allá. Pues la sola existencia de aquél «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 están 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 austríacos, para conocerlo todo es necesario que todo esté en un estado de coordinación perfecta en relación a los intereses individuales existentes.¹⁵

De ahí que ya llevadas estas alucinaciones al Derecho, requiere también éste 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 que darle 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 (...)

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». *Idem*, p. 244.

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». *Idem*, p. 244.

en su absoluta pureza, libres de la contaminación de la vida humana».¹⁶ Pues, la necesidad del Derecho se funda no en los paraísos esquizofrénicos de los «estados socialmente óptimos», sino en el mundo real donde lo único «óptimo» son los sueños 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 trastornó 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 de nuestros tiempos en el que Coase demostró que sí las 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 sólo 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 cuestan nada, los recursos serán maximizados de tal forma por los agentes del mercado que no se necesitaría de la intervención 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 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 a través de su maximización.

¹⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Esquizofrenia jurídica. El impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú». *Op. cit.*, p. 17.

¹⁷ COASE, Ronald. «The problem of social cost». En *Journal of Law and Economics*, n.º 3, 1960.

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

¹⁹ Éste es el enfoque del economista Pigou.

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. «El análisis económico en Chicago». *Op. cit.*, p. 15.

Así las cosas no es difícil concluir, según 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

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 sin duda la esquizofrenia. Y como bien afirman quienes profesan el «Análisis» 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. Sólo 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. Ésa es, pues, la razón psicológica de la economización del Derecho. Ésa 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

²¹ *Idem*, p. 14.

²² BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Esquizofrenia jurídica. El impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú». *Op. cit.*, p. 19.

²³ *Idem*, p. 18.

²⁴ Nótese que, *a grosso modo*, ésta es la tesis reciclada por de Hernando de Soto cuarenta años después en su Best Seller *El*

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... En uno hecho a la medida de una alucinación total.

misterio del capital.

²⁵ COASE, Ronald. «El análisis económico en Chicago». *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, como todos los turistas de este mundo, que poco o nada llegan a saber sobre el paisaje que tienen al frente. De ahí que, a través de las gafas de sol y de acuerdo al 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, ése 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 de acuerdo al objeto de la ciencia económica. Por lo menos, ése 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, éste no debería ser otra cosa que una 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 a 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

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

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

³ *Idem*, p. 29.

⁴ *Idem*, p. 28.

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

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 eficientemente asignado, porque es en ese escenario donde 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 lo dejan hacerlo, lo que mejor le convenga a sus intereses que son, invariablemente, sacar el mayor provecho posible al menor costo para él, en un mundo donde los recursos son limitados en relación a las necesidades humanas.

Es así por qué en una realidad signada por la escasez, ésta 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 medido por la disposición a pagar de los agentes económicos en un proceso de intercambio voluntario, los recursos adquirirán el mejor de los usos posibles para la economía y, por tanto, también, 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 le costará menos a los consumidores, esto es, a la sociedad, si es satisfecha por varios en competencia que por 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 al que sería si éste fuera competitivo,⁸ impidiendo a su vez 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, satisfacer 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 De aquí concluye Posner que «la teoría económica del derecho es la teoría positiva del derecho más prometedora que existe».¹¹ En honor a la verdad, mucho

⁶ *Idem*, p. 18.

⁷ *Idem*, p. 11.

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

⁹ Aunque para Posner «el dinero es sólo un derecho sobre los recursos» (*Idem*, 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. De 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» (*Idem*, 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 *Idem*, p. 27.

¹¹ *Idem*, 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 a través de la economía, no puede ser una teoría

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 a través de sus normas es —nada más y nada menos— el monopolio que él pretende combatir a través de su análisis económico.

En efecto. Hablar de Derecho no es otra cosa que hablar de un monopolio de la fuerza a favor de una comunidad determinada.¹² Es este monopolio el que 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 respetase 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. Y es a través del Derecho que 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 a través de la paradoja de intervenir en la esfera de interés de aquel que no ha respetado la de otro protegida por el Derecho. No es éste sino el sentido de la sanción jurídica que es la técnica social propia del Derecho, al decir de Kelsen, independientemente de que ésta 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 de que el Derecho reserva el uso de la fuerza a la comunidad, estableciendo las condiciones de su uso. Así, el Derecho estatuye que sólo algunos individuos, actuando en tanto órganos de la comunidad, están autorizados a intervenir por la fuerza en la esfera de interés de aquellos hombres sujetos a un orden jurídico. Y es que 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 esas esferas. De ahí que 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

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 sólo es posible mediante la delimitación del objeto del conocimiento del Derecho 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 presuntoso, totalizador o quizá mal informado)» (*Idem*, 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 Ver: KELSEN, Hans. «Théorie du Droit International Public». En *Académie de Droit International*. Recueil des cours de 1953 III, tome 84 de la Collection. La Haye: AW. Sijthoff, Leyde, 1955, p. 24.

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, en tanto 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 a 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 «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 a favor de la comunidad jurídica. Así, el Estado es la forma más acabada y eficiente de un tal monopolio en la medida de 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 vendeta —con las frágiles consecuencias para la paz que de ésta 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 —a través de 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

¹³ *Idem*, 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 pueden ser desempeñadas por un órgano único, o por una multiplicidad de órganos». KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Tercera reimpresión, 1983, p. 319.

¹⁵ *Idem*, p. 291.

¹⁶ *Idem*, p. 291.

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». *Idem*, 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 Estado y derecho se disuelve en una de esas duplicaciones surgidas cuando el conocimiento hipostasía la unidad que constituye su objeto». *Idem*, p. 319.

Perfílanse 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 a 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 que existe para la prevención y solución de conflictos. Más aún que los acuerdos voluntarios o contratos porque, precisamente, no son éstos los que en ninguna realidad social conocida garantizan de tal forma la paz social que se haya podido prescindir del Derecho. Más bien es por el Derecho que la validez y ejecución de los contratos queda garantizada por la fuerza monopólica de la comunidad.¹⁹

Es más. Es el hombre maximizador de la teoría económica de Posner el que hace posible y necesaria la existencia del Derecho en tanto monopolio de la fuerza porque, en su afán de maximizar su provecho, inevitablemente colisionará su interés propio con el de otros, haciendo de los acuerdos una quimera. Así, pues, no puede haber paz social con un hombre maximizador. De ahí 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 Leviathan, que no es otro que el monopolio de la fuerza en beneficio de la comunidad.

Ahora bien. 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

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 sometidos 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 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. Op. cit.*, pp.

compra el 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 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 atañe 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 es de lo que se trata aquí si no existe aquel monopolio de la fuerza a 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, entre las que la del crimen organizado es la más conocida. No es ninguna novedad histórica que las bandas de ladrones y asesinos tienen sus propios parámetros de justicia, que operan bajo sus propias «leyes», las que no sólo 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 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. Primero, no hay necesidad de abogados, un costo social bastante

102-103 (La traducción del francés original es nuestra).

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 y senador vitalicio Augusto Pinochet en 1999, a pedido del juez español Baltazar Garzón, por una querrela 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 generó este arresto 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.

considerable es eliminado de cuajo. Tampoco se requiere en principio la presencia del demandado, ni siquiera de 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 éstas irrogan. Así pues, quien paga al crimen obtiene lo que quiere. El problema es, evidentemente, que el que no paga, que el que no elige libremente ese recurso al precio de convertirse en «ahijado» de «El Padrino» está irremediabilmente condenado en aquel «sistema de justicia». He aquí por qué siempre será socialmente mejor pagar el precio de la monopolística justicia del Derecho que la de la competitiva de Don Corleone.

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

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 intercambios 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 *Idem*, p. 29.