

EL PROBLEMA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES (*)

ENRIQUE GHERSI

Profesor de Economía y Derecho en la Universidad de Lima.
Profesor Visitante de la Universidad Francisco Marroquín (Guatemala).
Profesor Honorario de la Universidad Laica Vicente Rocaforte (Guayaquil).
Académico Adjunto del Cato Institute (Washington).
Miembro de la Mare Polaris Society y de la Philadelpia Society.
Miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS**.

El Código Civil supone que, en los contratos de prestaciones recíprocas, estas equivalen entre sí.

Esta suposición es equivocada y constituye un grave error económico, por cuanto –como trataré de argumentar– las prestaciones jamás equivalen en los contratos. Es más, no puede haber un contrato si las prestaciones equivalen.

Aunque el Código Civil tiene una visión muy poco clara de la teoría económica, es posible explicitar algunos conceptos de su articulado.

Podríamos decir, por ello, que hay una doctrina económica implícita en el Código Civil. Hay algunos temas desarrollados expresamente; otros, implícitamente. El tratamiento, en general, de tales conceptos económicos es, sin embargo, asistemático e incurre en múltiples contradicciones, que han llevado a desarrollos jurisprudenciales equívocos, inciertos y erráticos. Creo, en síntesis, que el Código Civil de 1984 es un monumento al error económico.

Entrando a nuestro tema en particular, el Código Civil tiene un concepto de valor, en el sentido económico, bastante vago e impreciso y, en consecuencia, tiene un equivocado concepto del intercambio como fenómeno económico e identifica, por ende, erróneamente, el concepto de contrato.

¿Cuál es el concepto de valor que tiene el Código Civil? He escrito sobre esto, anteriormente.¹ Aunque no hay una definición expresa ni consistente, si examinamos sus artículos nos vamos a dar cuenta de que el Código Civil confunde valor, costo y precio; y utiliza como sinónimos los tres conceptos.

Hay artículos en los cuales se habla del valor como costo. Por ejemplo, los correspondientes a las mejoras, cuando se dice que el poseedor tiene derecho al reembolso del valor actual, –dice el Código– de las mejoras necesarias y útiles. Utiliza sinónimicamente el concepto costo en algunos otros artículos del Código Civil; por ejemplo, en familia, se habla de inventarios valorizados. Finalmente, utiliza en algunos casos, como en obligaciones, el término precio, pero en algunas ocasiones habla del valor por el costo, en otras habla del costo por el precio y a veces habla del precio por el costo.

Esto no es casual, semejante confusión conceptual en el Código obedece a que en la teoría económica, en general, se distingue el concepto de valor objetivo del concepto de valor subjetivo de los bienes. Por lo común, se divide a la teoría económica entre una escuela objetivista y una escuela subjetivista del valor.

* A Manuel Ayala cuando Muere.

¹ GHERSI, Enrique, *El Concepto del Valor en el Código Civil de 1984*, Revista del Magister en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Volumen I, 1997, pp. 175-201.

La escuela objetivista sostiene que el valor es intrínseco al bien; por ejemplo, el valor de unas carpetas, sería desde ese punto de vista, una cualidad del bien: estaría en el bien. Sería la cantidad de madera, plástico, tornillos, diseño, metal, capital, intereses de ese capital, mano de obra, transporte y mercadeo de esas carpetas.¹

Es decir, la teoría objetivista del valor sostiene que este es intrínseco a la cosa y que, por consiguiente, el valor de la cosa está en ella misma. Variantes del objetivismo han estado presentes de una u otra manera en la teoría económica, desde Aristóteles hasta nuestro tiempo, y la presencia del objetivismo, que supone que el valor es una cualidad de la cosa, es muy importante desde la ética micromañea hasta el socialismo contemporáneo. A lo largo de la historia, existe, pues, una línea argumental que sostiene que el valor de una cosa está en la cosa.

De esta convicción deriva otra no menos difundida, según la cual el costo de una cosa solo puede ser su valor y el precio, su costo. Esta confusión llevaría a la teoría económica a uno de los más notables trabalenguas de su historia.

Identifica, también, el objetivismo: valor, precio y costo. Si el valor está en la cosa, el costo de la cosa solo puede ser uno, el de sus integrantes, el de sus componentes, el de sus insumos. La sumatoria de todos ellos suma su costo y el precio es la representación de ese valor. Valor es igual a costo, es igual a precio y el precio solo puede ser uno: el precio objetivo, el justo precio.

La doctrina del justo precio, elaborada así por los escolásticos, contamina todo el Derecho medieval. Desde los canonistas, glosadores y post-glosadores está presente la idea de que el valor está en la cosa y que el precio tiene que representar su valor.²

Frente al objetivismo, la teoría económica, también tiene otra forma de definir el valor, que es la teoría subjetiva. La teoría subjetiva del valor señala que el valor no está en la cosa: que la cosa no vale nada en sí misma. Sostiene, a diferencia de la teoría objetiva, que el valor es una cualidad que la gente le atribuye a la cosa, pero en función de múltiples consideraciones como pueden ser su utilidad o su escasez. Las cosas no valen nada más que la opinión que tiene de ellas la gente.³

La gente estima que valen. Cada uno de nosotros le reconocemos valor a las cosas en función de su utilidad o de su escasez. Las cosas pueden ser útiles, en consecuencia, valer; pueden ser escasas, en consecuencia, no valen. Se trata, finalmente, de apreciaciones puramente arbitrarias que, aun basándose en prejuicios y errores, producen consecuencias económicas.

Para los subjetivistas, entonces, el valor no es un atributo de la cosa; es una cualidad atribuida a la cosa; es externa e extrínseca a ella. Yo le asigno valor a la cosa, la sociedad le da valor a la cosa. Para los subjetivistas, entonces, el valor nunca puede ser igual al costo; en cambio para los objetivistas, el costo y el valor siempre son lo mismo; para los subjetivistas, no.

¿Cuál es el costo de una cosa para los subjetivistas? La oportunidad sacrificada para hacerla. Se habla, por consiguiente, en un pleonismo, de un costo de oportunidad desde el punto de vista subjetivo. ¿Cuál es el costo de la carpeta, en nuestro ejemplo? Lo que he podido hacer en lugar de comprar la carpeta. Subjetivamente hablando, el costo de algo es lo que dejo de hacer para hacer ese algo.

Un ejemplo permitirá esclarecer las diferencias de concepto. ¿Cuál es el costo de una clase?, sería la pregunta del examen. Los objetivistas dirán lo que pagaron por asistir a este; los subjetivistas, lo que dejaron de hacer por hacerlo.

¹ FRANCH, José Juan, *Fundamentos del Valor Económico*, Unión Editorial, Madrid, 1990, p. 20.

² BOETHARD, Huzuki, *Historia del Anegamiento Económico*, Tomo I, Unión Editorial, Madrid, 1999, pp. 70-75.

³ CACHANOSKY, Juan Carlos, *La Teoría del Valor y la Escuela Austriaca*, *Unión Faria, Revista Facultad de Ciencias Económicas*, No. 4, Marzo, 1996, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, pp. 21-32.

Las diferencias son muy profundas: para los subjetivistas, una misma cosa no cuesta lo mismo para dos personas iguales, porque cada una de ellas sacrifica cosas distintas para hacer algo. El costo subjetivamente será siempre distinto; no habrá dos cosas iguales para dos personas iguales: para cada uno de nosotros el costo será diferente.⁵

Para los subjetivistas, entonces, si el valor y el costo no tienen relación, la pregunta es: ¿qué es el precio? Para los subjetivistas, el precio está vinculado al valor, no al costo, el precio es la representación del valor. El valor es una entidad psicológica que nadie conoce con precisión, porque cada uno le atribuye un valor a las cosas que no conocemos y el precio es la expresión social del valor. El precio es la valoración colectiva que la sociedad —el mercado, dirían los economistas— le atribuye a las cosas.

El precio de la papa, dicen los subjetivistas, representa el valor que cada uno de nosotros le atribuye a la papa en un determinado contexto social. El precio de la universidad es el valor que cada uno de nosotros le atribuye a la universidad en un determinado contexto social.

Solo como nota de pie de página, el subjetivismo es tan antiguo como la teoría objetiva del valor; los jesuitas de Salamanca en el Siglo XVI fueron los fundadores de la teoría subjetiva del valor. Así, en la escolástica tardía, se puede encontrar la primera elaboración compleja de esta doctrina largamente elaborada después en la teoría clásica, en la neoclásica y, más recientemente, en las escuelas austríaca, monetarista y del Análisis Económico del Derecho.

En general, el Código Civil utiliza la concepción objetiva del valor como la regla y la subjetiva, como la excepción. Esto es absolutamente contradictorio y absurdo, pues no es posible edecicismo alguno en tales conceptos, pero si revisamos su articulado podemos llegar a esa conclusión.

En ese sentido, en materia de contratación, el Código Civil se adscribe a la teoría objetiva del valor y se inscribe en una tradición ya clásica en el Derecho, que está presente, por lo menos, de manera invariable, en los canonistas, en los glosadores y en los post-glosadores, en los procesos de codificación, en la escuela histórica y en el positivismo.

El problema está en que la teoría objetiva del valor tiene una teoría del contrato implícita, que es un error, sobre el que se basa todo este Código. Para el objetivismo, el intercambio económico, que es el fenómeno social que da lugar al contrato como fenómeno jurídico, solo es posible cuando las cosas equivalen entre sí.

Para la teoría objetiva del valor, como valor, costo y precio son lo mismo, y son cualidades de la cosa, el contrato de prestaciones recíprocas solo se puede formar cuando las prestaciones equivalen. Cuando hay equivalencia de prestaciones, hay contrato. Esta idea que se fundamenta en la teoría objetiva del valor es sencillamente equivocada.⁶

Como la teoría económica contemporánea enseña, basada en la teoría subjetiva del valor, el intercambio jamás se produce entre cosas equivalentes. De Aristóteles a Santo Tomás, y a los tiempos más modernos, los objetivistas han creído que la gente solo cambia cosas cuando son equivalentes. Pongamos por caso un trueque común y corriente, que se expresa jurídicamente en un contrato de permuta. ¿Cuándo se produce el trueque? Voy a cambiar un perro por un gato, cuando el perro y el gato equivalen, piensan los objetivistas. No equivalen, hay lugar a lesión o excesiva onerosidad de la prestación, si se tratase de contratos de ejecución inmediata o de tracto sucesivo y ejecución diferida.

⁵ BUCHANAN, James, *Cost and Choice, Midway Point*, University of Chicago Press, 1978, pp. 38-51.

⁶ BENEAS LYNCH (B), Alberto, *Fundamentos de Análisis Económico*, Albedro-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 63.

Las cláusulas *rebus sic stantibus* solo son posibles en el contexto de la teoría objetiva del valor cuando nosotros pensamos que se intercambian cosas iguales. La teoría del Análisis Económico del Derecho, en cambio, sostiene que jamás se intercambian cosas iguales; por el contrario, se produce el intercambio solo entre cosas desiguales.

Ustedes me preguntarán, ¿cómo es eso posible? Por una razón: el valor es subjetivo y cada uno de nosotros asume un costo diferente para las mismas cosas, ya que –como hemos dicho– nadie sacrifica lo mismo por dos cosas iguales. Entonces, ¿cuándo intercambiamos voluntariamente una cosa por otra? Cuando yo valoro más lo que recibo, que lo que doy. Solamente cuando subjetivamente valoro más lo que recibo que lo que doy hay intercambio. Luego, el contrato solo se produce con valores no equivalentes. Si los valores equivalen, subjetivamente hablando, desde el punto de vista económico, jamás habrá contrato.⁷

Por consiguiente, la teoría económica en la que se sustenta la teoría del contrato de prestaciones recíprocas en el Código Civil es sencillamente un error intelectual. Hay que descartarla por completo, porque el contrato solo se puede celebrar cuando las cosas que se intercambian no equivalen; jamás habrá un contrato de prestaciones con cosas equivalentes: siempre serán cosas no equivalentes.⁸

Un ejemplo nos permitirá ilustrar un poco el argumento. Regresando al caso del trueque, ¿cuándo intercambio un gato con un perro?, ¿cuándo valen lo mismo? Entonces, me quedo con mi gato. Yo solo cambio mi gato por un perro cuando gano algo por cambiarlo; si no, no lo cambio, no estoy loco. ¿Cuándo brindo mi perro? Ya no lo cambio, ya no hago trueque, lo vendo, cuando gano por venderlo; si no, me lo quedo.

Yo sólo produzco el intercambio monetario o no monetario, compraventa o trueque, cuando los valores son asimétricos; cuando yo creo que gano, lo intercambio. Yo no sé a ciencia cierta si gano; como los valores son subjetivos, yo actúo en base a la creencia psicológica de que estoy ganando. Esta no es una operación matemática. No estoy diciendo que la gente calcule de manera exacta si gana o pierde, la gente cree que ha ganado o que pierde, hace un cálculo subjetivo. Cuando la gente cree que lo que va a recibir vale más que lo que va a dar, la gente intercambia. Si no, no hay intercambio: el intercambio sólo es posible en valores no equivalentes.⁹

Por consiguiente, no podemos pensar que el contrato de prestaciones recíprocas existe cuando las prestaciones son equivalentes, porque sencillamente cuando las prestaciones son equivalentes, estrictamente hablando, no hay contrato.

Una aproximación de este tipo al problema del contrato de prestaciones recíprocas, se imaginan ustedes, nos plantea múltiples discrepancias con la doctrina tradicional del Derecho.

Una primera pregunta, que nos podríamos hacer es, ¿en alguna parte del libro de Contratos dice que las prestaciones deben equivaler? No lo dice expresamente, pero si se lee, por ejemplo, el capítulo referido a la "Lesión", lo entienden rápidamente. Así, el artículo 1447 dice: "La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrar el contrato es mayor a las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro".

No dice mayor de las dos quintas partes de qué, porque ni siquiera dice si es del valor, del costo o del precio, pero, como para el Código es todo lo mismo, en realidad se está refiriendo al

⁷ RISOLIA, Marco Aurelio, *Substancia y Costo del Contrato*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, pp. 140-84.

⁸ BENEGAS LYNCH Os, *Albano*, Op. Cit., p. 73.

⁹ PHEE, *Laing*, con la Ayuda de HERRERA, Unice Editorial, Hakkai, 1986.

precio. Una disposición hasta de dos quintas partes es aceptable. Es decir, *contraria sensu*, pues se trata de una norma redactada en sentido negativo, por encima de dos quintas partes, ya no hay equivalencia de prestaciones. El canon de interpretación del artículo 1447 es que las prestaciones tienen que equivaler y si hay una no equivalencia hasta las dos quintas partes es admisible: por encima, no. Es decir, para ellos el valor objetivo soporta hasta las dos quintas partes de margen de error.¹⁰

Esta visión objetiva del contrato es un grave error. El intercambio jamás se produce entre cosas equivalentes; el intercambio solo se produce entre cosas no equivalentes. Por consiguiente, si vamos a empezar a discutir una reforma del Código Civil, entre las muchas cosas importantes que tenemos que discutir, deberíamos prestarle atención a la teoría económica y, a la hora de revisar el Código, deberíamos tratar de hacer un catálogo de los errores y precisiones muy graves, como en este caso, de las que está plagado el Código, a fin de corregirlo, mejorarlo e introducir lo que son los conceptos económicos claramente entendibles.

Lamentablemente, quienes redactaron el Código no estaban formados en el análisis económico, no obstante que en ese momento la esencia del cuerpo doctrinario de esta disciplina ya estaba planteada. De hecho, los escritos precursores de Ronald Coase son del año 1937.¹¹

No hay tal cosa, en consecuencia, como el sináagma. Si hemos de abusar de los neologismos, habría, pues, una analagma, es decir, no podría haber nunca una equivalencia de prestaciones en los contratos, porque sencillamente, en los contratos, las prestaciones recíprocas subjetivamente serán siempre no equivalentes.

Se puede plantear un grado de reflexión adicional. A mí no me gusta hacer discursos morales, porque creo que no tengo nada que decir sobre el particular, ni estoy especialmente capacitado para decirle a nadie, qué es bueno, ni qué es malo. Pero esta discusión, respecto del problema del valor en el Código y, derivado de él, el concepto del intercambio y el problema de la equivalencia de prestaciones en la formación del contrato bilateral, nos lleva a un punto de discusión normativo y, peligrosamente afectado por la moral que, por lo menos, no puedo dejar de mencionar.

Si en un contrato de prestaciones recíprocas, para poder existir, hemos de suponer que estas prestaciones no pueden equivaler, que han de ser siempre no equivalentes, la pregunta que nos tenemos que hacer es si en ese contexto, la regla de que los contratos se negocien y se ejecuten de buena fe, tiene algo que hacer en la legislación moderna.¹²

Yo creo que la regla de la buena fe, sencillamente, debe eliminarse. Nadie negocia los contratos de buena fe; todos pretendemos que lo que cambiamos y lo que recibimos sea más valioso que lo que damos. Luego, todos negociamos de mala fe.

A mí entender, ni la negociación, ni la ejecución, ni el cumplimiento del contrato tienen nada que ver con la buena fe. No es un problema moral, es un problema económico. Todos hacemos cálculos racionales de costo y beneficio, y actuamos, en consecuencia, buscando nuestro propio beneficio. Yo no sé si buscar el propio beneficio es de buena o mala fe, en realidad, creo que no interesa.

Creo que es perfectamente irrelevante y creo que es todavía un rezago de la metafísica en el Derecho, que el positivismo jurídico no pudo extirpar. Creo que en los tiempos contemporáneos la desacralización del Derecho tiene que llevarse a cabo y la creencia en conceptos que recibimos

¹⁰ DE LA FUENTE, Manuel, *Contrato & Mercado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

¹¹ COASE, Ronald, *The Nature of the Firm*, *Economica* No. 4, 1937.

¹² POSNER, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1991, pp. 108-112.

del Derecho Canónico a través de los glosadores y los post-glosadores tiene que eliminarse completamente.

Uno de esos elementos es "la buena fe". Sencillamente, no tiene nada que ver con la contratación; todos, subjetivamente, actuamos de mala fe, si tuviéramos que tener alguna. Yo creo que no es ningún animal, todos actuamos racionalmente, eso no es ningún animal, actuar racionalmente, es buscar nuestro propio beneficio, maximizar nuestro beneficio y reducir nuestros costos. Nosotros solo hacemos aquellas cosas que nos benefician y tratamos de reducir, eliminar o minimizar las cosas que nos perjudican y actuar racionalmente, negociar un contrato, buscando maximizar la utilidad y no la utilidad de la contraparte.

De manera que la legislación contractual, entendiendo, el valor como subjetivo, debería descartar, además, conceptos, como la buena fe y la mala fe, tanto para negociar como para ejecutar e interpretar los contratos. En general, creo que el proceso de desacralización y allí entro a la última parte de la exposición, sobre la cual se me ha pedido un pronunciamiento específico, creo que en general, el Derecho está todavía impregnado de conceptos equívocos muy profundos.

En este proceso de desacralización del Derecho, yo creo que por ejemplo, en responsabilidad civil, hay que hacer un trabajo muy importante. Se atribuye a San Isidoro de Sevilla¹³, haber introducido en el Derecho la noción del pecado, al crear un concepto de culpa.

Si ustedes examinan en la teoría del Derecho, el Derecho Romano, la culpa civil, la culpa aquiliana, estas no responden a la teoría subjetiva, sino a la objetiva. Los romanos entendían la responsabilidad civil como *culpa delictual*, la culpa aquiliana, era la culpa *cuasi delictual*, era una responsabilidad objetiva por un hecho, sin interesar la intención del autor.

Harold Berman, el famoso profesor de Historia del Derecho de Harvard, escribió un libro que recomiendo fervientemente, titulado *Law and Revolution*. El primer tomo, traducido al español con un título un tanto extraño por el Fondo de Cultura Económica, que es "La formación de la tradición jurídica occidental", es un libro que a mí me transformó completamente la vida.¹⁴

Después de quince años, Berman ha publicado el segundo tomo de su obra *Law and Revolution*. El primero estudia la formación de la tradición jurídica occidental desde la caída del imperio romano hasta la revolución de San Gregorio Magno; y, el segundo tomo, llega hasta la reforma, que es la contribución de la iglesia y la reforma de la formación del Derecho occidental. Berman dice que la culpa entendida como culpa leve, culpa grave, culpa inexcusable, no existió hasta que San Isidoro de Sevilla se la copió del catecismo y la introdujo en el Derecho Civil profano.

Resulta que la culpa leve, la grave y la inexcusable, son el pecado venial, mortal y el capital y es literalmente la traspolación hecha por los canonistas del catecismo cristiano. Entonces, esa enajenación de la que hemos sido víctimas en el Derecho a conceptos teológicos de origen religioso, se encuentra marcada hasta el día de hoy.

Elo queda de continuo en evidencia cuando se tiene un juicio de responsabilidad civil, contractual o extracontractual y se debe dilucidar los misterios de la definición de la culpa inexcusable, de la culpa leve y de la grave. La discusión que se produce no es jurídica sino teológica, equivalente a la discusión que los teólogos medievales tenían con sus rivales, al discutir si era pecado mortal o venial una determinada conducta.

¹³ DE SEVILLA, San Isidoro, *Etimología*, 2. Tomus, BAC, Madrid, 1982.

¹⁴ BERMAN, Harold, *Law and Revolution*. Harvard University Press.

Si alguno de los lectores ha tenido un juicio por un accidente, por ejemplo, ante el juez, la discusión era: ¡No, es leve!, ¡No, es grave!, ¡No, es inexcusable! Una discusión perfectamente inútil, una discusión que no tenía ninguna relevancia con el problema económico. El problema económico en la responsabilidad civil, no es quién tiene la culpa, sino quién se benefició del accidente. Entonces, se debe pasar del culpable al previsor racional y la regla del Código no deberá ser, que sea responsable el que causa un daño, sino que debe ser responsable, aquél que pudo prevenir el daño al menor costo posible, porque esta persona hizo una utilidad del accidente.¹³ De manera que, para reformar el Código Civil, en materia económica, tenemos en realidad, muchas cosas que decir.

Lamentablemente, no se me ha pedido hablar de responsabilidad civil ni de derechos reales. Tendría un montón de cosas que hablar de cada uno de estos temas, pero se me pidió hablar de contratos, por eso es que decidí introducir un tema heterodoxo, de eje, para compartir con ustedes, ¿cuál es?, hacerles notar que la teoría económica implícita en el Código Civil, respecto de la formación y creación de los contratos, es equivocada. El intercambio económico nunca se produce entre cosas equivalentes; el valor no es objetivo, sino subjetivo; el intercambio económico se produce sólo entre cosas no equivalentes.

Finalmente, ¿qué pienso yo del Código Civil: ¿debe haber una reforma? Habrá que hacer toda una discusión sólo en ese punto. Yo no creo más en los Códigos Civiles, pienso que la codificación en el Perú es una sucesión de fracasos. Si podemos mejorar el Código, mejorémoslo, pero la verdad, es que no soy nada optimista. Yo creo que si examinamos la historia del Código de 1952, el Código de 1936 y el Código de 1984, lo que veríamos es una sucesión de fracasos.

Por razones políticas, la ley en el Perú está hecha para reflejar el poder, no para limitarlo. Cada gobierno militar, cada golpe de estado, produce su constitución, cada constitución, su código y, en la historia, esos códigos, no han sido útiles, han sido el derecho de los curistas. Solo los entendemos nosotros, no llegan a la sociedad. Si seis de cada diez peruanos trabajan en la informalidad, no tienen idea de qué dice el Código.

El Código dice, por ejemplo, en el capítulo referido a Derechos Reales, que el dueño del suelo es el dueño de la fábrica: esto no es cierto. En el Perú, el dueño de la fábrica es el dueño del suelo y no me digan lo contrario. Todos los pueblos jóvenes del Perú se basan en ese principio, entonces, ¿de qué diablos estamos hablando?, ¿qué está vigente en el Perú?

En el Perú no rige el Código Civil; despertemos. El Código Civil rige para nosotros, en las aulas, en los tribunales que todo el mundo rechaza, ante los alcaldes que la gente ahorca, ante los políticos que el Perú rechaza. Hemos fracasado durante doscientos años de historia republicana, porque hemos sido incapaces de crear el Derecho a partir de la sociedad y hemos pretendido imponerlo a partir de nuestras reflexiones teóricas.

En el Perú, la invasión es un modo originario de adquirir propiedad; no es un delito. Habría que añadir, entre los modos originarios de adquirir propiedad, la invasión. Aquí ya a nadie se le sentencia por usurpación. Lo impresionante de esto es que ya todos invaden. Hace sesenta años invadían los pobres; hoy día, invaden los ricos. Me van a decir, sí, ¿qué cosa son las playas del sur de Lima?, todas invasiones de terrenos.

La Constitución dice que una ley se deroga solamente por otra. Mentira, la costumbre deroga la ley permanentemente. El desuso deroga la ley. El Código Civil, no sirve para nada. El Código sirve para nosotros, sirve para engañarnos, es literatura, es mala literatura, es obedecida por la

¹³ CALABRESI, Guido. *El Costo de los Accidentes*. Ariel, Barcelona, 1981.

mínima cantidad de gente en el País. Despertemos los abogados, por fin, de la tragedia en que vivimos: administramos la injusticia, administramos el abuso, administramos la razón de la fuerza, no el Estado de Derecho.

El Derecho en el Perú es perfectamente ilegítimo. Con el transcurso de los años, yo me he ido volviendo –como se habrán dado cuenta– más anarquista, pero creo que hay razones dramáticas de observación de la realidad social peruana que, para un abogado como yo, que se dedica al ejercicio activo de la profesión, que ha renunciado a la política dedicándose a la enseñanza, no me exime de la reflexión social y claro, yo gano mi plata, trabajo en un sector social y ejerzo el Derecho en empresas, en actividades muy lucrativas, pero que no tienen nada que ver con lo que está pasando en el País.

Y cuando leo el Código Civil y veo la realidad, no puedo dejar de llamar la atención, el hecho sustantivo de que no tiene ninguna conexión una cosa con la otra, y eso no lo aguanta más, no podemos seguir viviendo en un país como en el que estamos. La informalidad, significa la falta de legitimidad del Estado en el Perú y cada una de estas cosas que comentamos, son expresiones del mismo fenómeno, los procesos de codificación en América Latina fracasaron, porque constituyeron una forma de importación de leyes.¹⁴

Se ha legislado en América Latina importando leyes, como se creyó que se podría desarrollar América Latina importando máquinas. Así como fracasó la sustitución de importaciones, fracasó la sustitución de legislaciones. Las sociedades no se desarrollan importando maquinaria, se desarrollan liberando sus potencias productivas, las sociedades no son mejores ni más libres importando leyes, las leyes se crean, de dentro hacia fuera, de abajo hacia arriba.

Se dice que en el Perú no hay jurados; mentira, sencillamente no conocen su patria. Vayan a los pueblos jóvenes todos los domingos. Yo hice una investigación social doce años de mi vida y puedo dar testimonio de ellos.

Recorrí pueblos jóvenes de muchos lugares todos los domingos y pude ver que los pobres del Perú administran justicia, al margen y en contra de la ley. Ellos no tienen ni la menor idea de lo que dice el Código; para ellos la presunción de propiedad es que quien hizo la fábrica es el dueño de la tierra; llegando según esta línea de pensamiento, si es preciso, a la violencia. La muerte del Alcalde de la provincia de Ilaye llamó la atención hoy día, pero eso pasa todos los días. No solo por la fuerza resuelven problemas de mejor derecho de propiedad, de mejor derecho de posesión; resuelven divorcios, separaciones, reparten el patrimonio, y los jueces, nunca se enteran. Los policías, que supuestamente tienen que administrar justicia y ejecutar la ley, viven en el pueblo joven y se rigen por la otra ley.

En el Perú, la justicia verdadera la administra los jurados. Seguimos de espaldas a la realidad, porque no queremos verla y eso es un error de formación. Hemos sido formados en una tradición positivista que menosprecia a la realidad y que nos ha hecho creer que el Derecho es un fenómeno de letras, de texto, de retórica, que es un fenómeno técnico.

La mejor polémica que conozco sobre el particular es una muy antigua. Dalmacio Vélez Sarfield –que no es sólo el nombre de un equipo de fútbol, ni un barrio de Buenos Aires, por si acaso–, fue el autor del Código Civil argentino; era un fenómeno. Tanto así, que el barrio de Vélez Sarfield recibió ese nombre, porque allí vivía don Dalmacio, de manera que las cosas claras.

¹⁴ Cf. GROSSI, Paco, *Ministerio Jurídico de la Modernidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 52-53.

Don Dalmacio Vélez Sarfield era un viejo conservador, reaccionario, un genio; sin embargo, se encerró en su casa e hizo un Código Civil y, cuando lo publica, un gran Código Civil desde el punto de vista técnico y teórico, Juan Bautista Alberdi, otro gran jurista argentino, rival de Vélez Sarfield, redactor de la Constitución de 1952 en Argentina, le manda una carta furibunda en la que le argumenta: "He leído tu Código Civil que no tiene nada que ver con Argentina, no has ido a las provincias, no has visto lo que está pasando en Argentina, has agarrado lo que dice el Código Prusiano, lo que dice el Código Civil Francés, el Código de Cerdeña, los códigos de la época y los has traído a la Argentina, y ¿qué te hace pensar que eso va a funcionar?", y Vélez Sarfield le contesta, en lo que es la polémica clásica sobre la codificación en América Latina, y le dice: "La codificación es un problema técnico y no tiene nada que ver con la sociedad. Un dolor de cabeza se cura igual en Suiza que en Buenos Aires, de manera que, la comproventa, se define igual en Suiza y en Buenos Aires".¹⁷

Esa idea nos la han enseñado desde las aulas; la hemos abrevado sin darnos cuenta y anida en el profundo positivismo en el que vivimos. Nosotros creemos eso, eso no es verdad, el Derecho es la sociedad viva y nuestro Derecho no rige en nuestra sociedad, rige para nosotros, para entretenernos entre abogados y discutir si el contrato es por adhesión, qué es una cláusula general, hablar de extromisión, cosas muy entretenidas que solo nos sirven para entretenernos entre abogados.

En la vida social, el Derecho que realmente la gente si ve, es otro. Yo creo que el proceso de codificación debe ser un proceso social, es decir, hay que recoger las costumbres que hay en la sociedad peruana y formalizarlas, lo que es la auténtica codificación. El sentido codificación en la experiencia francesa fue recoger leyes, costumbres, ordenanzas, fueros municipales, organizarlos y expresarlos en un Código.¹⁸

Si nosotros hiciéramos un Código Civil así, probablemente cambiaríamos la presunción de propiedad, incluiríamos a la invasión como una forma de adquisición de la propiedad, cambiaríamos completamente al régimen de mejoras, tendríamos otra forma de legidar el matrimonio, la custodia, la tenencia de los hijos, pero tendríamos un Derecho vivo. Un Derecho tan vivo como la vida misma.

¹⁷ RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Anexos 5-6-7, Lima, 1997, pp. 291-379.

¹⁸ BRETONNE, Mario, *Derecho y Tiempo en la Tradición Europea*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1999, pp. 122-133.