

Un libro de derecho del siglo XXV,

Controversia 12

El horrible mono macaco nos inspira un horror imborrable —sin paliativos— porque es nuestro reflejo exacto o, más bien, porque somos el vivo reflejo del mono. Si el rostro es el espejo del alma, esto es aplicable no sólo a los seres humanos, sino también a nuestros parientes más cercanos en la escala evolutiva. El semblante del mono macaco manifiesta amor y odio: para expresar solidaridad y cariño, mantiene la boca casi cerrada y los labios hacia fuera y emana una melodía pausada; para expresar ira y agresividad, mantiene la boca más abierta y los labios metidos hacia dentro y profiere un ruido corto y seco. ¿Acaso aquellos gestos puros y rotundos, cargados de una honda expresividad, no nos son conocidos y nada extraños? ¿Podríamos decir hasta familiares?

El ser humano se separó del tronco evolutivo del mono macaco hace millones de años. Hoy, ya hemos descifrado la secuenciación del genoma de este animal —al igual que la del hombre— y hemos comprobado que compartimos con el mono macaco una parte sustancial de nuestro material genético. De hecho, debido a sus paralelismos con el *<homo sapiens>*, el *<macaco Rhesus>* es una de las especies más utilizadas en la investigación científica y en su día sirvió para determinar el factor Rh —de donde viene su nombre— y para crear la vacuna de la polio. Además, se cuenta entre los primeros cosmonautas. Para

refundido para el siglo XXJ

estudiar los efectos de la gravedad, los científicos lo han enviado al espacio y —como George el curioso, un mono que es un personaje de libros de niños— ha regresado a salvo a la Tierra.

Sin embargo, en lo que más se parecen los monos macacos a nosotros es en cómo valoran la interacción social. Estos monos gregarios tienen una jerarquía y una organización grupal y familiar parecida a las del ser humano. Y como nosotros, sienten la imperiosa necesidad de estar informados de todo lo que acontece en su grupo social y permanecen ávidos de cualquier información sobre sus congéneres, con el fin de aumentar sus posibilidades de supervivencia o de liderazgo. A diferencia de los humanos, en esta especie son las hembras quienes forman las alianzas de poder; parecería que sus jerarquías son capaces de reproducirse de una generación a otra, aunque también se ha comprobado que están sujetas a cambios mediante revoluciones sociales.[^] Estos animales son más parecidos a los humanos de lo que quisieramos aceptar.

Ahora, hay que decirlo: nadie quisiera nacer como un mono macaco, ni en esta vida ni en ninguna. Según el profesor de biología evolutiva de la Universidad de Chicago, Dario Maestripieri (1969-), en su aleccionador trabajo *Macachiavellian Intelligence: How*

[^] ¿Y cómo se calculan las coaliciones entre los grupos de monas? Los monos macacos aparentemente también saben un poco de aritmética.

Un libro de derecho del siglo XXV,

Rhesus Macaques and Humans Have Conquered the World (2007), los monos macacos, al igual que los humanos, no están dotados de colmillos o garras. Por ello, en ambas especies la violencia intragrupal no depara consecuencias letales y esta violencia forma parte del mecanismo que mantiene el orden social. Entre los monos macacos, la violencia intragrupal puede manifestarse de varias maneras: las amenazas acuciantes, los griteríos infernales, los golpes bruscos, las palizas contundentes, que disminuyen la capacidad de respuesta de la víctima y que recuerdan a todos la jerarquía que impera en el grupo.

Sin embargo, la relativa similitud entre seres humanos y monos macacos no debería hacernos perder de vista la gran diferencia que existe. Principalmente, conviene aclarar que los monos macacos no saben cómo delimitar la propiedad privada. Y al no reconocer límites de propiedad privada, esta especie llega a depender exclusivamente de la jerarquía como principio organizador de su sociedad. Así, su existencia está salpicada constantemente por episodios de violencia y malos tratos. Para mantener la jerarquía social, cada macaco macho o hembra pasa sus días prodigando actos de agresión, al parecer, con el propósito de estropear a sus congéneres socialmente inferiores.

La otra especie, en cambio —la de los propietarios sin cola— en alguna medida ha logrado librarse evolutivamente del lastre insoportable de las jerarquías, execrables y opresivas, por la institución de

280

refundido para el siglo XXJ

la propiedad privada, que le permite a ese bípedo parlante que se autodenomina <animal sabio> delimitar un espacio de dominio, y así crear un orden social heterárquico, como también descentralizar el manejo de los recursos e introducir los mercados de intercambio. Debido a nuestra falta de garras, colmillos, veneno, cuernos y demás recursos defensivos y ofensivos, nosotros empuñamos pedruscos o garrotes —y después escopetas— a fin de protegernos de nuestra propia raza y establecer un dominio propio.^A

El hombre se diferencia de los otros animales por el derecho privado como expediente para organizar su sociedad. El derecho público que estriba en la jerarquía lo poseen otros animales gregarios —como las hormigas— y no es distintivo de nosotros. Esbocemos, pues, el orden de pandectas que ha heredado la cultura occidental, como evolución de la milenaria sabiduría y experiencia jurídica del pueblo romano, y que tiene un significado y una finalidad tan grandes para la vida humana, que no siempre conseguimos entender.^B Veamos cómo el derecho

^A Por eso mismo, cabe puntualizar que el estado nunca estará por encima del derecho de los particulares.

^B Si bien Juvenal deja caer que la plebe sólo pensaba en obtener «*panem et circenses*», *Satura lib. 4* (90), la riqueza exuberante de Roma del siglo I no se igualaría sino hasta mediados del siglo XVIII, después de la aparición de la revolución industrial en Inglaterra y Holanda.

Un libro de derecho del siglo XVIII

privado, en su acepción plena, nos humaniza. Es, pues, el derecho privado un rasgo inherente a la segunda naturaleza del ser humano, como la leña lo es al calor.

Si el derecho privado, así como los mercados, prevén todo un sistema de incentivos y de comunicación —tal y como hemos explicado^A—, el ordenamiento jurídico no sólo deberá demarcar los límites del dominio, sino que deberá identificar la propiedad de cada cual como relación entre una persona y una cosa.

El sistema de derecho privado romano hace pública la información que los individuos deben manejar a efectos de saber cuál es la propiedad ajena, así como para conocer los alcances de lo propio. Cada dominio así supone la implantación de límites claramente demarcados.^B Los agrimensores romanos fueron maestros del arte de demarcar las propiedades usando *terminationes* como marcas visibles. El glosador Accursio elaboró otro principio para la demarcación, al proyectar una vívida e imborrable imagen. En una glosa a un texto romano que decía que el espacio por

^A Los mercados son sistemas de comunicación porque el precio es una señal inequívoca que hace pública la información privada de una multitud de personas respecto a la utilidad y escasez de los bienes.

^B Von Ihering nos explica la etimología legendaria del término <Quirites> que derivaría de los guerreros sabinos que portaban lanzas y que las usaban para delimitar la propiedad de modo que todos puedan verla. *Geist des römischen rechts lib. I cap. I.*

refundido para el siglo XXJ

sobre la superficie de una propiedad debía dejarse libre de obstáculos, Accursio agregó que los límites de una propiedad se extienden como una columna que va desde los cielos hasta los infiernos: «*cuius est solum eius est usque ad coelum et ad inferos*».^A Obviamente, los juristas romanos admitían que muchas cosas muebles tienen límites físicos. Las cosas corporeas poseen límites que podemos ver y tocar «*quæ tangi possunt*».^B Los romanos también comprendieron que muchas cosas se contienen a sí mismas, «*quod continetur uno spiritu*», o se componen de muchas cosas unidas, «*pluribus inter se coherentibus constat*»^C y, hasta en algunos casos, son indivisibles, «*quæ sine interitu diuidi non possunt*»,^D como los animales o las joyas que perderían su valor si fuesen partidas. Por otro lado, la sociedad puede lograr que todo el mundo sepa qué le pertenece a cada quien con la ceremonia de la mancipación o cesión ante el magistrado en el derecho romano o, más modernamente, con un efectivo sistema de registro de propiedad.^E Sin embargo,

^A *Glossa ordinaria* (1228) sobre *ff. De servitutibus praediorum urbanorum l. 1*.

^B *Institutionum commentarii quattuor lib. 2*.

^C *ff. De usurpationibus et usucapionibus l. XXX*.

^D *ff. De rei vindicatione l. XXXV*.

^E Cfr. Miceli, The Economics of Land Transfer and Title Insurance, *Journal of Real Estate Finance and Economics* lib. 10 págs. 81-88 (1995).

Un libro de derecho del siglo XVIII

cualquier sistema registral supone un costo positivo, que por asequible y moderado que fuese, resulta prohibitivo para todos los bienes. Por eso, el sistema registral se utiliza generalmente sólo para los bienes inmuebles o para los bienes muebles de especial importe.^A Por el costo no menor del sistema de registro, cabe destacar que la propiedad de la gran proporción de todos los bienes debe colegirse del hecho de la posesión, si no de la memoria colectiva del grupo social.

El derecho romano distingue entre la posesión y la propiedad con una claridad contundente e indudable, «*Nihil commune habet proprietas cum possessione*»,^B afirmación con la cual Domicio Ulpiano (170-228) quiere subrayar la absoluta independencia de las acciones de la reivindicación de la propiedad y de los interdictos posesorios. ¿Por qué el ordenamiento jurídico privado protege a ambos —al propietario y al poseedor— independientemente de que al poseedor no se le reconozca derecho alguno en lo que posee? ¿En qué derecho puede basarse el poseedor, que no tiene derecho sino alega un hecho, para pedir la tutela jurídica de su interés? Se trata, indiscutiblemente, de una sonada y larga controversia que hizo correr ríos de

^A En la embrionaria economía agrícola de Roma, los bienes mancipables fueron los inmuebles rústicos o las servidumbres sobre estos fundos, los esclavos y las bestias de tiro y carga.

^B *ff. De acquirenda vel amittenda possessione l. XII.*

refundido para el siglo XXJ

tinta a los pandectistas del siglo XIX,^A y que —si no la iniciamos *ex novo*— retomamos ahora con argumentos bien establecidos para ubicarla en su dimensión instrumental precisa y efectiva por medio del análisis económico del derecho.^B Así, al proteger la posesión, el ordenamiento jurídico privado protege la propiedad —como apunta von Ihering—, y mediante ambas tutelas, logra delimitar un espacio en el cual las personas podrán llevar a cabo una gestión diligente de los bienes. La acción de la reivindicación de la propiedad —u otras acciones como la negatoria— permitían al propietario cuidar y cultivar sus bienes sin la interferencia de los demás, del mismo modo que los interdictos posesorios permitían al poseedor gestionar eficazmente los bienes que se encontraban en su poder de hecho.^C

^A Cfr. von Savigny, *Das Recht des Besitzes* (1803); Ihering, *Der Besitzwille* (1889).

^B Cfr. Henry Smith (1965-), Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights, *The Journal of Legal Studies* lib. 31 págs. 453-487 (2002); What Happened to Property in Law and Economics?, *The Yale Law Journal* lib. III págs. 357-398 (2001); The Property/Contract Interface, *Columbia Law Review* lib. 101 págs. 773-852 (2001).

^C Así, por medio del análisis económico del derecho, desvelamos por qué el ordenamiento jurídico privado protege a ultranza no sólo los derechos de propiedad, sino también la mera posesión sin que al poseedor le asista derecho alguno.

Un libro de derecho del siglo XVIII,

Si las diversas modalidades de los derechos de propiedad privada, en sí mismas, son una extensión de la voluntad —la más genuina expresión de la propia personalidad—, como nos recuerdan los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos, y la tutela del derecho de propiedad protege la libre elección del que lo tiene contra toda interferencia de cualquier otro, para que el titular pueda usar, gozar y disponer de ella a su arbitrio, ¿por qué el ordenamiento jurídico privado no confiere un carácter absoluto a la propiedad privada? Las pandectas jamás formularon ni siquiera una rudimentaria definición técnica de este concepto jurídico.^A Sin embargo, está claro que en el derecho romano el dominio sobre las cosas del propietario nunca abarcó facultades, atribuciones, usos y posibilidades de carácter absoluto. El profesor de la Universidad de Turín, Ugo Mattei (1962-), en su libro *Comparative Law and Economics* (1997), lamenta que los economistas se hayan apropiado del concepto de la propiedad, sin adentrarse en su significado jurídico preciso.^B Tratándose de una institución jurídica de gran elasticidad, cabe esclarecer

^A La propiedad consiste en un conjunto de derechos, reconocidos por todos y frente a todos, que el titular ostenta en una cosa, para usar, gozar y disponer de ella a su arbitrio, y que le otorga la facultad de excluir a extraños del uso, goce o disposición de ella.

^B *Comparative Law and Economics* págs. 27-67.

refundido para el siglo XXJ

que *dominium* —o en sus diferentes matices, *mancipium*, lo que uno toma con la mano, o *proprietas*, lo que uno tiene como propio— comporta la concesión de amplias facultades al titular, pero con ciertos límites. Estos límites están demarcados al interior del concepto de la propiedad, y no deberán confundirse con los límites que impone, desde el exterior de este concepto, la doctrina del abuso del derecho que dimana de los denominados actos de emulación, es decir, aquellos actos dolosos o culposos que el propietario comete, en ejercicio de su derecho, con el propósito claro o encubierto de ocasionar un daño a otro, o que tienen por finalidad última perjudicar al vecino; doctrina civilista que sustenta al inicio del siglo XX el francés Étienne Louis Josserand (1868-1941),^A sobre aquel texto redescubierto de Gayo, que recomienda a los amos que no maltraten a sus esclavos, porque no debemos hacer mal uso de nuestros derechos: «*male enim nostro iure uti non debemus*».^B Per contra, el celebre jurista, Marcel Planiol (1853-1931), precisa que donde hay derecho, no habrá por tanto abuso, pues «*le droit cesse où l'abus commence*».^C Por los límites al interior del concepto del dominio romano, en cambio, el propietario —que no tiene el más mínimo ánimo de

^A Cfr. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits* (1927).

^B *Institutionum commentarii quattuor lib.* 1.

^C *Traité élémentaire de droit civil lib.* 2 (1902).

Un libro de derecho del siglo XVIII,

ofensa para nadie — no está facultado para permitir que en su propiedad se alce un árbol con las ramas colgantes sobre el terreno de un vecino; ni el dueño de una fábrica de queso está facultado para despedir unos humos asfixiantes que contaminen el predio aledaño; ni el titular de un bloque de pisos está facultado para derramar agua que se infiltre a la planta de abajo.^A Estos límites a los que se ciñe el concepto de propiedad estriban en que, como vimos, la compensación puede darse en forma colateral entre las propiedades, si bien los juristas del país del norte no se han percatado de la elegancia apolínea de esta explicación.^B Señalemos que se opera una redistribución al interior del ordenamiento jurídico privado —en la *common law* y en el derecho romano— en la restricción que se levanta de los derechos de propiedad. Si el ordenamiento jurídico privado no permitiera dicha redistribución entre los propietarios, restándoles ciertas facultades, atribuciones, usos y posibilidades de goce y de disposición sobre sus bienes —si el arbitrio de los propietarios fuera de carácter absoluto—, se devaluarían los derechos de propiedad, como bien

^A *ff. De arboribus caedendis; ff. Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur l. VIII.*

^B Cfr. el «reciprocal benefit» al que alude un caso de jurisprudencia estadounidense, no siempre bien comprendido, *Pennsylvania Coal Company versus Mahon, United States Reports lib. 260 págs. 393, 415 (1922).*

refundido para el siglo XXJ

apunta von Ihering,^A porque el uso que darían los vecinos a los bienes aledaños a los nuestros destruiría el valor que, para nosotros, tienen los propios. Incluso, el mismo mecanismo redistributivo, en forma colateral entre propiedades, explica por qué también el derecho romano impone a toda la población tolerar de buen grado los humos no graves, «*fumum non gravem*» o las humedades, «*uapores*» provocados por el uso habitual y moderado de los bienes. Como curiosidad, es interesante señalar que Baldo no entendió este punto aunque su antesignario Bártolo lo había esclarecido.^B Así, mediante el análisis económico del derecho, clarificamos el porqué el ordenamiento jurídico privado limita la plena potestad del propietario sobre sus bienes.

El concepto que acabamos de puntualizar dista leguas de la manida <función social> que cumple la propiedad privada, objetivación conceptual del derecho subjetivo del *ius commune* mediante el cual la doctrina jurídica de inicios del siglo XX, en algunos países de Iberoamérica, pretende facultar a los poderes públicos a prescribir límites desde el derecho público a la utilización de la propiedad privada. La propiedad o es pública o es privada; si es privada, las funciones que deberá cumplir serán las queridas por cada propietario;

^A Cfr. *Der Besitzwille*.

^B *Commentaria lib. 1* (1596) sobre ff. *Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur* l. VIII.

Un libro de derecho del siglo XX^o

sólo si la propiedad es pública tendrá aquélla una función social. No conviene olvidar este punto. El pretender transmutar los derechos de propiedad subjetivos en una <función social> objetiva, cuya definición y amplitud determinará en exclusiva el estado y, hasta prescribir la expropiación forzosa para el caso de incumplimiento de esa pretendida finalidad, es atentatorio contra el ordenamiento jurídico privado. La socialización del derecho privado —que desvirtúa sin contemplaciones el ordenamiento jurídico— se fraguó en Iberoamérica con catastróficas consecuencias a la luz de la jurisprudencia sociológica de la escuela de Burdeos del siglo XIX, como apunta el jurista brasileiro Luciano Benetti Timm (1972-) en su aleccionador trabajo *O novo direito civil, ensayos sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público* (2008). Así aparece en el siglo XX ese cuerpo de doctrinas novedosas y disparatadas como la función social de la propiedad o de los contratos, o la limitación del accionar societario de acuerdo con el interés general. A este tenor, el jurista chileno Juan Carlos Marín González (1965-) relata en su breve, pero atinado, estudio *¿Por qué leer a Durheim hoy?* (2009) cómo, en especial luego de la Revolución Mexicana de 1910, ese injerto de nueva savia brotó en el viejo tronco del derecho civil. El pensamiento de Léon Duguit (1859-1928) pasa a ser una deformación curiosa de la providencial «invisible hand» de Smith.^A

^A *Droit social* (1908); *Las transformaciones generales del derecho* 290

refundido para el siglo XXJ

Duguit rechaza el concepto de los derechos subjetivos, como facultad del individuo, y más bien objetiviza el concepto.^A Así, transforma el mismo derecho de propiedad de una facultad subjetiva del individuo en una «función social» objetiva concedida al mismo. Si éste la desatiende, el estado está permitido interferir directamente en los derechos civiles esenciales. A diferencia de la visión dogmática del liberalismo decimonónico al cual se oponen los solidaristas, el derecho romano establece los incentivos para la persona que elige —tanto a partir de la autonomía como de la heteronomía— pero no contra la voluntad particular del individuo, sino como complemento esencial para que la misma sea efectiva.^B De esta manera, la providencial «*invisible hand*» de Smith encuentra el bien social casi sin buscarlo. Si cada uno persigue su propio beneficio, de ahí se seguirá el

privado desde el Código de Napoleón (1913); Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon (1920).

^A El positivismo comtiano —al cual von Hayek se opusiera tan tenazmente en *The Counter-Revolution of Science*— relegaba el borroso concepto de los derechos subjetivos, como fantasmagoría y ensoñación. Auguste Comte (1798-1857), *Cours de philosophie positive* (1842).

^B La interpretación parcial y tendenciosa del pandectismo del siglo XIX presenta al derecho romano como acopio de los valores del liberalismo decimonónico, lo que conduce a los solidaristas a no sólo rechazar los códigos liberales sino el utilísimo e imprescindible aparato del derecho romano.

Un libro de derecho del siglo XVIII,

beneficio de todos.^A Como hemos precisado, el derecho privado crea los incentivos para el propietario y establece la diligencia del mismo como un baremo en el resto del ordenamiento jurídico. El análisis económico del derecho deja claro que la propiedad en ningún caso deberá ser una facultad absoluta ni ilimitada. Sin embargo, que el estado pretenda arrogarse este arbitrio del individuo desvirtúa los incentivos para éste. De ahí que la idea de un código social-privado pase a ser una pura incongruencia, si no una flagrante contradicción en los términos.

Asimismo, se constitucionalizaron directamente muchas áreas del derecho civil, lo cual malogró el orden de pandectas.^B Cabe destacar que los llamados derechos fundamentales de segunda y de tercera generación —del constitucionalismo abstracto del siglo XX— no son adecuados ni idóneos, en cualquier caso, para dar una solución salomónica a las controversias que se suscitan entre los particulares. En cada

^A *The Wealth of Nations* lib. 4 (1776).

^B Los infractores más flagrantes de la constitucionalización del derecho civil son los países más grandes de Iberoamérica: Brasil y México. Cfr. Timm, Descodificação, constitucionalização e reprivatização o no direito privado: o código civil ainda é útil?, *Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* lib. 2 (2007); Marín, ¿Qué hacen los civilistas en México?, *Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* lib. 2 (2007).

refundido para el siglo XXI

controversia, se oponen varios de estos derechos fundamentales.^A Así, el profesor de la Universidad de Tilburg, Jan Smits (1967-), cuestiona cómo debería decidirse entre, por ejemplo, el derecho a la dignidad humana y el derecho a la libertad contractual.^B Vaya por delante nuestra firme convicción de que las controversias entre los particulares deberán resolverse estrictamente en el ámbito del derecho privado, con atención a cada caso particular y concreto. La doctrina alemana de la *mittelbare Drittwirkung des Grundrechts*, a pesar de declarar que los efectos de los derechos fundamentales en el derecho privado son indirectos y de segundo orden, desvirtúa el ordenamiento jurídico privado.^C Asimismo, cabe destacar que el hacer valer derechos fundamentales de segunda y de tercera generación conlleva costos ciertos,^D y esta inversión

^A Cfr. la obra sugerente de Pedro Salazar Ugarte (1971-) y Rodrigo Guitiérrez Rivas (1972-) que explora esta antítesis, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación: tensiones, relaciones e implicaciones* (2008).

^B Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View en *Constitutionalisation of Private Law* pág. 17 (2006).

^C Cfr. Hans Carl Nipperdey (1895-1968), *Grundrechte und Privatrecht* (1961). No es un ejemplo que debemos imitar los iberoamericanos.

^D Cfr. el claro y breve libro del professor de la Universidad de Nueva York, Stephen Holmes (1948-), *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes* (1998).

Un libro de derecho del siglo XVIII,

social en todo caso deberá ser una decisión política. Por ello, la doctrina actual esclarece que los derechos sociales —donde están consignados en la carta constitucional— no constituyen derechos justiciables; son meramente principios programáticos —es decir, que sólo pueden obligar al estado en la medida en que tenga recursos para cumplirlos— y no generan acción para reclamar su acatamiento. No toda aspiración humana, por noble que sea, deberá transformarse en un asunto justiciable.^A



Pero persistamos en el análisis del derecho romano al que nos hemos abocado. Acabamos de hallar la justificación del porqué el ordenamiento jurídico privado impone límites al pleno dominio, pero sin sustraerlo del arbitrio del propietario. Ahora desvelaremos otra característica inherente a la

^A Este razonamiento es aplicable por igual a los derechos humanos, como bien señala Fernando Atria Lemaitre (1967-) en *Ubi ius, ibi remedium?* La relevancia jurídica de los derechos humanos, *Revista de Estudios de la Justicia* lib. 3 págs. 35-47 (2003). Cfr. Eric Posner, *Human Welfare, not Human Rights*, *Columbia Law Review* lib. 108 pág. 1758 (2008).

refundido para el siglo XXJ

propiedad. Al deslindar la acepción precisa de este concepto jurídico, sale a luz un inconfundible nudo gordiano. Puede verificarse en su interior un conjunto de derechos anudados entre sí. No existen por separado; actúan unidos y en conjunto.

¿Por qué el ordenamiento jurídico privado se resiste numantamente a desanudar este conjunto de facultades, atribuciones, usos y posibilidades al interior de la propiedad? Los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos comprendieron que la propiedad se instituyó entre los hombres por la conveniencia enorme que representa para la vida. El dominio deslinda un espacio en el cual el titular es el amo y señor, en donde puede disponer a su arbitrio de los recursos, sin ningún tipo de interferencia de otras personas. De esta manera, el derecho privado descentraliza la gestión de los recursos a la vez que multiplica los dominios de los hombres y, por lo tanto, crea un orden social heterárquico.

Hemos visto que la protección de la posesión cumple una función supletoria por la que el ordenamiento jurídico privado protege a ambos —al propietario y al poseedor—. Sin embargo, la propiedad lleva a cabo una función propia a ésta que no corresponde a la posesión. La propiedad materializa, mediante la enajenación voluntaria de los recursos, los beneficios del intercambio. Conviene recordar que el Estagirita sostiene que los bienes tienen un valor de uso y también un valor de intercambio. Cuando analiza la

Un libro de derecho del siglo XVIII,

utilidad inestimable que tiene para nosotros el intercambio voluntario, desbroza la paradoja de que los hombres tienden a trocarse las cosas precisamente porque no son iguales sus bienes o aptitudes, y desean algo distinto de lo que ya tienen. Sin embargo, para llevar a cabo con justicia conmutativa la trocatina entre cosas desiguales, tienen que encontrar al menos una proporción recíproca.^A El Estagirita desvela que podremos presumir, si no la igualdad al menos una equivalencia, «κατ' ἀναλογία μὴ κατ' ἰσότητα», siempre y cuando concurren las voluntades de ambas partes.^B Pero la enajenación voluntaria requiere más que un poseedor; requiere de un propietario. Si el derecho entraña todo un sistema de incentivos y de comunicación, el ordenamiento jurídico privado abre, al definir lo que se transfiere, de par en par las puertas a la posibilidad del intercambio voluntario.

El derecho privado opera como un sistema de comunicación por medio del principio de *numerus clausus*. Así como el número contado de palabras en el diccionario facilita la comunicación, el número contado de los tipos de propiedad en el derecho de bienes

^A La justicia distributiva tiene una proporción geométrica; la justicia correctiva tiene una proporción aritmética. Y la justicia conmutativa, una proporción recíproca.

^B Ἡθικῶν Νομομαχερίων lib. 5. Schumpeter sopesa que el Estagirita impartía «pompous common sense», *A History of economic analysis* pág. 57 (1954).

refundido para el siglo XIX

agiliza la comunicación entre las partes. Precisamente el haz típico de los derechos de propiedad permite a las partes comprender al instante y con precisión jurídica lo que se está dando y lo que se está recibiendo sin amplias y minuciosas explicaciones, porque hay *numerus clausus* de dominios en el derecho romano, que terminarán unificándose con la Constitución Antoniniana.^A Así, toda la población comprende —al vuelo y sin problemas— qué derechos encierran los tipos de dominio *nam uel in bonis uel ex iure Quiritium*. También, por el mismo principio en la *common law*, toda la población logra comprender a las mil maravillas qué derechos encierra el tipo de dominio *fee simple* o de *chattels* luego de la marcha a la propiedad alodial de este sistema feudal europeo.

El ordenamiento jurídico privado no enumera los derechos que cada tipo de dominio encierra porque la propiedad abarca, en sí, una extensión de la voluntad humana; más bien los sujeta, dentro de ciertos límites, al arbitrio del propietario. Podemos clasificarlos, a grandes rasgos, en los derechos de uso, de aprovechamiento de los frutos, y de disposición sobre los bienes. En su sentido jurídico más preciso, la

^A Ludwig Mitteis (1859-1921) pone en duda esta unidad a fines del siglo XIX, al revalorar el derecho de procedencia helénica en la parte oriental del imperio. Cfr. *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs* Leipzig (1891).

Un libro de derecho del siglo XVIII,

propiedad encierra en sí un haz de dichos derechos porque los unos dependen necesariamente de los otros. Para usar, aprovechar o disponer de un bien rival en lo económico, el propietario tiene que estar facultado para excluir a sus congéneres de interferencias con su uso, aprovechamiento o disposición. La propiedad típica encierra un haz de estos derechos anudados entre sí.

El derecho privado no opera sólo con un número contado de dominios, sino también hay *numerus clausus* de desmembraciones de los derechos reales.^A Cabe precisar que son contadas —además de limitadas temporalmente—, las desmembraciones de la propiedad. Más allá de los derechos reales de garantía que veremos en adelante, *iura in re aliena* se reducen a la servidumbre, el usufructo, y el uso.^B

^A El derecho romano no permite otra desmembración de los derechos de la propiedad, aparte de este número contado de tipos, y sólo de la forma prescrita para cada tipo. Ben Depoorter (1974-) y Francesco Parisi (1962-), en *Fragmentation of Property Rights: A Functional Interpretation of the Law of Servitudes*, *Global Jurist Frontiers* lib. 3 (2003), propugnan que el derecho civil y la *common law* se están alejando de una solución *ex ante* de las desmembraciones típicas; sostienen que ambos sistemas se están aproximando a una solución *ex post* de la doctrina de <circunstancias cambiadas>.

^B La habitación, como un tipo de desmembración de los derechos de uso, se constituye sobre la vivienda. La superficie

refundido para el siglo XXJ

Con la servidumbre, parte de los derechos de exclusión negativos quedan desanudados del bien inmueble ajeno; más bien se anudan al fundo del vecino, quien está facultado a excluir al propietario de que impida que pase o conduzca agua por el terreno, tal y como precisa el padre Molina, «*est habitudo, pasivaue obligatio, in re aliena, respondens iuri in eadem re ad aliquid circa illam faciendum, aut impediendum salua illius substantia*».^A Por una servidumbre nadie puede arrogarse un derecho de hacer positivo, que sería más bien un derecho personal apoyado en el derecho de obligaciones. Así, Sexto Pomponio (115-190) puntualiza que «*Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, uelut uiridia tollat aut amœniorem prospectum præstet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat*».^B Tampoco una servidumbre forma parte, como precisa Julio Paulo Prudentissimus (165-235), del patrimonio de ninguna persona o está fuera de éste, «*quia id neque ex bonis neque extra bona sit*»;^C más bien, la servidumbre corre con el fundo dominante a la cual se anudan los derechos de

y ἡ ἐμφύτευσις son tipos intermedios entre la propiedad y el arrendamiento; cfr. Grossi, *Locatio ad longum tempus: locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune* (1963).

^A *De iustitia et iure* trat. 2 disp. II.

^B *ff. De contrahenda emptione et de pactis inter emptorem. l. XV.*

^C *ff. De usu et de usu fructu et reditu et habitatione. l. I.*

Un libro de derecho del siglo XVI

propiedad, y es ajena al fundo sirviente de la cual se desanudan. Como desmembración de los derechos reales en detrimento del fundo sirviente, por último, debemos hacer hincapié en que una servidumbre debe ser, en todo caso, útil al fundo dominante, al cual pasan los derechos reales de exclusión.

Aparte de la servidumbre sobre los bienes inmuebles, el derecho romano reconoce al usufructo sobre los bienes muebles e inmuebles, como desmembración de los derechos de uso y de aprovechamiento de los frutos, tal y como precisa el padre Molina, «*est ius utendi et fruendi aliena re salva illius substantia*»;^A y un tipo limitado de éste, el uso, que se distingue del usufructo en que no abarca los derechos de percibimiento de los frutos, «*scilicet [minus] iuris in usu est quam in usufructu*».^B Lo que no admite el derecho romano es la desmembración a la inversa, de los derechos de aprovechamiento de los frutos sin los derechos de uso. Para percibir los frutos de un dominio, el titular debe tener la facultad de usar el dominio, tal cual desenmaraña Ulpiano, «*nam fructui et usus inest, usui fructus deest: et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest*».^C Por el usufructo —como desmembración en favor de otra persona, del

^A *De iustitia et iure trat.* 2 disp. 7.

^B *Inst. De rebus incorporalibus* l. II.

^C *ff. De usu et habitatione* l. XIV.

refundido para el siglo XXJ

usufructuario, de los derechos reales de uso y de aprovechamiento de los frutos—, cabe señalar que la propiedad queda prácticamente desnuda de atribuciones. El propietario solamente retiene los derechos reales de disposición —está facultado a enajenar o hipotecar la nuda propiedad, siempre que no afecte al usufructuario—, más los derechos de aprovechar los frutos no percibidos por el usufructuario y de supervisar la cosa usufructuada. Por consiguiente, el derecho romano limita el usufructo a la vida del usufructuario y a bienes no fungibles, e impide al usufructuario alterar el destino económico de la cosa. De esta manera, el derecho romano se resiste a desanudar el conjunto de facultades, atribuciones, usos y posibilidades al interior de la propiedad.

El orden de pandectas es, además de un sistema de comunicación, un sistema de incentivos, que coadyuva a la gestión descentralizada de los recursos. Como hemos visto, el ordenamiento jurídico privado procura, al señalar que cierta cosa es propia de cierta persona, el incentivo para que aquella persona lleve a cabo una gestión eficaz de aquella cosa. El conjunto de derechos anudados entre sí, que encierra el nudo gordiano de la propiedad, incluye —poderosamente, en su arsenal de posibilidades— los derechos del titular de excluir a otras personas del dominio. El propietario percibe los incentivos de gestar eficazmente el recurso *quem in bonis habere* porque está facultado para impedir

Un libro de derecho del siglo XVIII

la interferencia ajena con el uso, aprovechamiento de frutos o disposición de cada cosa. A raíz de esta exclusividad que le depara la posibilidad de poder ponerle precio, el propietario tiene el incentivo, en todo caso, para cuidar y mantener el recurso y llevar a cabo una gestión diligente de la cosa.^A

Con el usufructo se presenta un problema de incentivos que no está presente en la propiedad, pues el propietario cuida lo propio. Al no ser propio del usufructuario el disponer del bien, por lo tanto, el derecho romano exige el pago de la caución usufructuaria en garantía de que el usufructuario usará y disfrutará de la cosa y la restituirá al propietario con la diligencia de un hombre recto, «*et usurum se boni viri arbitratu et, cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde exstabit*».^B En el uso, que es un tipo más limitado de desmembración de los derechos en cosa ajena, aflora el mismo problema de incentivos,

^A El ordenamiento jurídico privado descentraliza la toma de decisiones sobre la asignación de los recursos, en tanto que la propiedad permite al titular internalizar los costes y beneficios que supone el uso, aprovechamiento de frutos o disposición de cada cosa, en cuanto le pone precio; porque le confiere la facultad de excluir a todos, si no cuentan con su autorización, para usar, aprovechar y disponer de la cosa; siempre y cuando los beneficios de internalizar —introducir en los precios— estas externalidades sean mayores que los costes.

^B ff. *Usufructuarius quemadmodum caveat* l. I.

refundido para el siglo XXJ

por lo que el derecho romano también exige, de parte del usuario, la caución usuaria.

En las comunas, los comuneros tampoco tienen el mismo estímulo. El análisis económico del derecho subraya el alcance del significado de la tragedia de las comunas, que vimos que constituye un tópico elemental del derecho romano. La palabra <tragedia> tiene aquí el sentido de lo inevitable, que procede del teatro griego. Las comunas pertenecen a los denominados juegos sin solución institucional y pueden verse como una generalización a muchos jugadores de un dilema del prisionero, donde la estrategia dominante de cada jugador es no cooperar —en este caso, múltiples comuneros, sin coordinación alguna entre uno y otro, dejan de velar por el mantenimiento del recurso—, por lo cual un recurso de libre disposición —en la comuna— está condenado a la sobreexplotación y su desaparición e inclusive, los que explotan el recurso acabarán en la ruina.

Cabe destacar que el ordenamiento jurídico privado también debe ocuparse de reagrupar el conjunto de derechos bajo un solo dominio, para evitar el inconveniente que resultaría de la fragmentación de la propiedad entre múltiples titulares, llamada por la doctrina reciente del análisis económico del derecho la tragedia de las anticomunas.^A En las anticomunas, la

^A Michael Heller (1962-), *The Tragedy of the Anti-Commons, Property in the Transition from Marx to*

Un libro de derecho del siglo XVIII,

propiedad está mal definida y los derechos de exclusión de un dominio pertenecen a demasiados titulares, por lo cual el recurso se condena a la infraexplotación. Las anticomunas pertenecen también a los denominados juegos sin solución institucional y pueden de igual manera verse como una generalización a muchos jugadores de un dilema del prisionero, donde la estrategia dominante de cada jugador es no cooperar —en este caso, múltiples titulares incrementan desmesuradamente el precio de acceder al recurso sin coordinación alguna entre uno y otro—.

El derecho romano conserva, por medio la usucapión, el nudo propietario como un haz de derechos reales anudados entre sí, para el cual existe un único titular que se ocupa de gestar diligentemente los bienes. La usucapión sella el fin al divorcio entre la posesión y la propiedad; es decir, con el paso del tiempo, transforma al poseedor en propietario. De esta misma manera, la usucapión da incentivos al poseedor —que adquiere la expectativa de convertirse, con el transcurso del tiempo, en propietario— de gestar diligentemente los bienes que posee; lo que se suma a la tutela que otorga el sistema jurídico a la posesión por los interdictos posesorios, para permitirle al poseedor el uso de la posesión; además de permitirle el

Markets, *Harvard Law Review* lib. III pág. 621 (1998); The Boundaries of Private Property, *The Yale Law Journal* lib. 108 pág. 1163 (1999).

refundido para el siglo XXJ

aprovechamiento, en cuanto que el derecho romano le hace propietario de inmediato de los frutos de lo que posee de buena fe, sin la necesidad de usucapirlos con el transcurso del tiempo.

Los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos vislumbraron varias justificaciones plausibles para la usucapión. En este punto, Vázquez de Menchaca no concuerda exactamente con el teólogo de Soto, quien afirmó que —más que castigar al dueño por su negligencia, *«culpabilis domini negligentia»*— el transcurso de un determinado tiempo convierte, efectivamente, en propiedad el interés del poseedor de buena fe. Así, de Soto explica que el derecho privado devuelve la certeza a los límites de los dominios, *«scilicet certa sint dominia»*, evita la difuminación de los errores por un largo tiempo, *«et error longui temporis tollatur»*, y hace pacífica la posesión de los bienes, *«et tranquilla sit rerum possessio»*.^A Al hilo de estas consideraciones, Vázquez de Menchaca subraya en su magistral tratado, de manera primordial, que el derecho privado garantiza que todos los bienes tengan un titular que los pueda gestar eficazmente. De esta manera, diríamos —para actualizar los términos— que la usucapión da solución al

^A *De iustitia et iure lib. 4 tit. 5*. El propio Gayo (120-178) plantea el inconveniente de que la división de los bienes permanezca sumida en un estado de incertidumbre y desconcierto. *Institutionum commentarii quattuor lib. 2*.

Un libro de derecho del siglo XVII

cúmulo de inconvenientes que supone la tragedia de las comunas.^A

Este autor humanista del siglo XVI considera que podemos desvelar nada menos que la clave de los orígenes oscuros de prácticamente todo dominio humano en la usucapión del derecho romano y la prescripción adquisitiva del *ius commune*. En un sugerente giro de imagen, llega al extremo de blandir el argumento jocoserio de que, aun si alguien pudiera presentar a bombo y platillo alguna cláusula ignota del testamento del mismísimo Adán —primogénito de la humanidad—, nada adelantaría en lo jurídico, por la imposibilidad de que se corrobore la autenticidad de una escritura de antigüedad tan lejana. Al menos en este punto, la posición de Vázquez de Menchaca no podría estar más distante de la de Epstein, quien no teme perderse en la noche de los tiempos. Mediante una interpretación de la torcida teoría de Locke de la apropiación privada legítima mediante el trabajo, Epstein continúa así una larga tradición de extravío racionalista de los filósofos del derecho, al sugerir que la propiedad es una cadena extendida cuyo primer eslabón lo constituye la primera ocupación.^B Por la

^A *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium lib. 2 tit. 51.*

^B *Possession as the Root of Title, Georgia Law Review lib. 13 pág. 1221 (1979);* cfr. la ineficacia palmaria de la primera ocupación como manera de asignar los derechos de propiedad, 306

refundido para el siglo XXJ

dificultad jurídica irresoluble de presentar una sucesión de títulos que demuestre la transmisión de ésta —sin interrupciones— ante el prodigioso espectáculo del devenir, el ordenamiento jurídico privado utiliza la usucapión, tal y como tenemos señalado, para convertir a la posesión en propiedad.^A

Ante las múltiples transformaciones que experimentan los bienes en el tiempo —una retahíla de cambios, muertes y desaparecidos—, el derecho privado establece mecanismos jurídicos complementarios para evitar que, mediante complejas mutaciones o combinaciones de las cosas o las personas, el dominio se sustraiga de un único titular. A este respecto, cabe destacar que el derecho romano procura evitar en lo posible la copropiedad: la accesión, la especificación, la conmixción o la confusión, y la sucesión, todas evitan la

en David Haddock (1956-), *First Possession versus Optimal Timing: Limiting the Dissipation of Economic Value*, *Washington University Law Quarterly* lib. 64 pág. 775 (1986).

^A Hay quien dice que representa una afrenta a la propiedad privada, el lema de Emiliano Zapata (1879-1919) de «la tierra es de quien la trabaja». Sin la necesidad de una revolución social, la usucapión del derecho romano continuamente logra este propósito, por razón del corto período que fija para usucapir. Fue el *ius commune* que transmutó —durante el feudalismo— el requisito de la justa causa en el casi inaccesible requerimiento del justo título y que alargó los períodos para usucapir, restándole efectividad a la usucapión.

Un libro de derecho del siglo XVIII

merma del conjunto de derechos reales anudados entre sí bajo un único titular.

Con la accesión, cuando una cosa se une e incorpora a otra ajena, el derecho privado, en vez de establecer una copropiedad entre varios titulares, somete la cosa accesoria al dominio del titular de la cosa principal. Así, el titular hace suyo el incremento del área natural ribereña, la amalgama de los metales preciosos, el hilo que forma el tejido, el tinte de las telas de algodón, la tabla que contiene la pintura al óleo, las soldaduras en piezas de metal, la escritura en papel de pergamino^A y las construcciones, siembras o plantaciones en el suelo.

Con la especificación, cuando alguien hace una cosa de nueva especie resultado de la aplicación de trabajo sobre un material ajeno, el ordenamiento jurídico privado, en vez de establecer una copropiedad entre varios titulares, somete la cosa de otra especie al dominio de quien la ha hecho, a no ser que pueda restituirse a su primitivo estado, «*si ea species ad materiam reduci possit*».^B Así, el especificador hace suyo

^A Aunque las letras estén escritas en tinta de oro, «*licet aureis litteris*», *Institutionum commentarii quattuor lib.* 2. En la época romana no se conocían los derechos intelectuales en cosa ajena. Durante los siglos XVI y XVII, despojar a los antiguos fue considerado como <imitación> y no como <plagio>. Cfr. Anatole France (1844-1924), *Apologie pour le plagiat, La Vie littéraire lib.* 4, pág. 156 (1889).

^B *Inst. De rerum divisione l. XXV.*

refundido para el siglo XIX

el vino elaborado con las uvas, el aceite prensado con las aceitunas y la harina procesada con las espigas; pero no la copa fundida en oro, ni la vestimenta confeccionada con la lana ni el barco cimbreado con las tablas.^A

Con la conmixtión o la confusión, cuando una cosa se mezcla con otra, sólo si la mezcla se produce por azar o por voluntad de los titulares, el derecho privado establece una copropiedad entre aquéllos;^B si no, y en el caso de que no se puedan separar los componentes, somete la cosa indivisa a una partición del valor en la proporción que le corresponda a cada quien.^C

Con la sucesión, basta recordar que el derecho romano evita la copropiedad cuando cualquier heredero puede solicitar la división de la herencia y la adjudicación del caudal hereditario. Con la eficacia de los mecanismos complementarios empleados, el ordenamiento jurídico privado hace frente a los inconvenientes que supone la tragedia de las anticomunas.^D

La conclusión es avasalladora: en la medida en que hemos incorporado la propiedad privada a nuestras

^A *ff. De acquirendo rerum dominio l. XVII.*

^B *Inst. De rerum divisione l. XXVII.*

^C *ff. De rei vindicatione l. V.*

^D *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium lib. 2 tit. 51.*

Un libro de derecho del siglo XXV,

vidas como segunda naturaleza, hemos aumentado nuestra capacidad para resolver los problemas acuciantes de la vida. La voluntad de vivir dando lo mejor se refleja en una pléyade de emprendedores en el sector privado, quienes acometen empresas en la medida en que el derecho de bienes delimita la esfera de lo que les es propio para gestar. Al descentralizar la estructura organizacional de la sociedad y lograr que en la economía quien posea información decida y quien tenga incentivos actúe, el derecho privado potencia las expresiones creativas más entrañables, inaprensibles e inefables del ser humano. Sin el derecho de bienes, no serían posibles todas las expresiones del alma que conforman el gran abanico creativo del ser humano, criatura que —según una antigua y larga tradición semítica— colabora con Dios en la creación del mundo.^A Este animal, pariente cercano del mono con algunas vértebras fusionadas como vestigio del rabo,^B al liberarse en alguna medida de las jerarquías inapelables como principio organizador de su

^A Igualmente habría que destacar los derechos industriales en cosa ajena. Podría citarse, como ejemplo, un garaje en el que unos jóvenes desarrollaron un invento de dos mil años de antigüedad —Hiparco (190-120 A. de J.C.) construye el primer ordenador analógico en el año 140 antes de nuestra era—, de forma que se convierte en un objeto cotidiano a fines del siglo XX.

^B Hoy todavía nacen algunos niños con unas vértebras demás, en recuerdo de aquel pasado.

refundido para el siglo XXJ

sociedad, apacigua sus angustias y se siente útil porque actúa dentro de su propio dominio.

La idea de que la propiedad privada es la causa de todos los males de la sociedad está en la base de las utopías socialistas decimonónicas. Marx se equivocó en este punto. Este escrupuloso pensador alemán esperaba a pie firme que el florecimiento humano y el desarrollo de las fuerzas esenciales humanas se acelerarían bajo el comunismo. Marx olvidó por completo la refutación del Estagirita al comunismo del más dañino de los filósofos. Es una polémica que rige la historia: en el siglo IV antes de nuestra era, Platón había transmitido a la humanidad sus utopías abominables. Este último trató de configurar la sociedad según un esquema totalitario y colectivista.^A Con la colaboración de Dión de Siracusa (408-354 A. de J.C.), quiso suprimir la familia y abolir la propiedad. En el siglo XVI, Castillo de Bobadilla, tan sabio y mesurado, se resiste a aceptar la tesis execrable de Platón. Entonces viene la cuestión fundamental para Castillo de Bobadilla, y así el Estagirita refuta al más dañino de los filósofos: «si los hombres no tuviessen propiedad, ni mío, ni tuyo» a la

^A Platón no sólo elimina la propiedad y la familia en cuanto a los guardianes. Resulta claro —con un mínimo de reflexión y sensatez— que su esquema totalitario conduce a la más espantosa jerarquía sujeta a la voluntad omnímoda del filósofo-rey. Donde funciona esa asombrosa estructura vertical, la comunidad —en su totalidad— ya no necesitará de la propiedad ni de la familia.

Un libro de derecho del siglo XVIII

hora de realizar la gestión de los recursos comunes «cada uno se encufara, y lo dejara a los otros».^A

En el siglo XX las ideas de Platón cundieron nuevamente. Pero la revolución triunfante de 1917, que calaría tan hondamente entre el grupo de intelectuales y artistas de Iberoamérica, eclipsó un hecho capital, como constató Lenin pocos años después: sin el derecho de bienes, la persona ni siquiera se esforzará en la consecución de su propio interés. Parecería increíble, si no fuera cierto. Al mismo tiempo, la abolición de la propiedad privada, luego del ascenso de los bolcheviques al poder, llevó al nuevo régimen a la necesidad de reintroducir las jerarquías inapelables como principio organizador de la sociedad. Es decir, el socialismo llegó a convertirse en un retorno al esquema feudal, el modelo anacrónico de la Edad Media, que carcomió por siglos el espíritu del ser humano hasta la reintroducción del derecho romano.

La dignidad del hombre se satisface por saberse dueño y señor de un dominio y del trabajo que le permita crear un patrimonio. El trabajo no es un castigo; no es algo negativo. La tarea del ser humano pasa a ser creadora con Dios. Y sólo el derecho privado es capaz de dar cuenta de sus estímulos como creador y cómplice de Dios.

^A *Política para corregidores y señores de vasallos lib. I tit. I.*

refundido para el siglo XXJ

Hasta aquí, hemos persistido en el análisis económico del orden de pandectas en lo que toca al derecho de bienes. Seguidamente pasaremos a abordarlo en lo que toca al derecho de obligaciones, en el cual los derechos no pasan con las cosas, sino que se adquieren con relación a las personas. Cabe destacar que el derecho romano distingue entre las acciones *in rem* y las acciones *in personam* con una claridad contundente e indudable, lo que el *ius commune* más tarde referirá como la diferencia entre los derechos *in rem* y los derechos *ad rem*. Los primeros pueden invocarse con respecto a una cosa; los segundos pueden acreditarse con respecto a una persona sobre una cosa.^A Si las diversas modalidades y categorías de los derechos de propiedad en sí mismas son una extensión de la voluntad humana —la más genuina expresión de la propia personalidad— y preservan la libertad de emprender en el dominio propio de cada persona, más bien las obligaciones son, en alguna medida, la denegación de la voluntad humana, asumida voluntariamente a cambio de la posibilidad de contraer y llevar a la práctica promesas <creíbles> sobre comportamientos futuros entre las personas. Sin las promesas que resultasen <creíbles> entre las personas, cabe destacar que los mercados de intercambio tendrían que ser coordinados de manera sincrónica.

^A Cfr. la precisión del padre Molina, *De iustitia et iure trat. 2 disp. 2.*

Un libro de derecho del siglo XXV,

El derecho privado, así como los mercados, entrañan todo un sistema de incentivos y de comunicación. Hemos constatado que el principio de *numerus clausus* —de los tipos de propiedad y de los derechos en cosa ajena— baja los costes de comunicación entre las partes, porque cada uno sabe con precisión jurídica —y sin insistir excesivamente con las explicaciones— no sólo con quién tiene que tratar, así como lo que está dando y lo que está recibiendo. El derecho de obligaciones, principalmente, aligera el costo de la incertidumbre estratégica en la coordinación diacrónica de las actuales y futuras acciones. Así que, gracias al derecho de obligaciones, hay que puntualizar que la persona, no sólo se esforzará en la consecución de su propio interés, sino tendrá los incentivos e información para cuidar del interés ajeno.

En la jerga de la teoría de juegos, para que un compromiso sea efectivo, como estrategia calculada para el futuro, debe ser <creíble>; el aspecto más importante que contempla cada jugador es comprender el punto de vista del adversario, deducir cómo responderá probablemente en el futuro a nuestros actos. Si una estrategia es un plan de acción que delineamos para el juego, es innegable que los compromisos, cual estrategia que calculamos, serán <creíbles> para la otra parte solamente cuando mantenerlos, en el futuro, resulta en el interés propio, a no ser que por medio de algún artilugio logremos excluir, en la medida precisa, la posibilidad de

refundido para el siglo XXJ

incumplir los compromisos que asumimos, lo cual constriñe en adelante la propia libertad. Así, el conquistador de México, Hernán Cortes (1485-1547), barrenó sus naves en la rada de Veracruz, «tuve manera como, so color que los dichos navíos no estaban para navegar, los eché a la costa», y evitó que sus soldados pudieran dar marcha atrás, pues «tenían voluntad de salir de la tierra... por verla tan grande; y de tanta gente, y tal, y ver los pocos españoles que éramos».^A

Al comprometerse, la persona que se obliga contractualmente con otra toma una determinación cuyo efecto jurídico impide volver atrás porque otorga una acción *in personam* o un derecho *ad rem* al acreedor. La acción —o derecho personal— que ostenta el acreedor le ampara la posibilidad de castigar el incumplimiento futuro, bajo pena de obligar al deudor a afrontar una condena pecuniaria —el pago de los daños y perjuicios—. El derecho romano fija la condena, en la medida necesaria, para reubicar al

^A *Segunda carta de relación* remitida el 30 de octubre de 1520 al emperador Carlos V (1500-1558). La historia es apócrifa; Frontino relata que Quinto Fabio Máximo (275-203 A. de J.C.), ante el temor de que sus tropas intentaran abortar la ofensiva, había ordenado que fueran quemadas sus naves, «*ne qua fiducia navium, ad quas refugium erat, minus constanter pugnaret exercitus, incendi eas, priusquam iniret proelium, iussit*», Quemadmodum incitandus sit ad proelium exercitus, en *Strategemata* lib. I (70).

Un libro de derecho del siglo XVIII,

acreedor en aquella situación que hubiese estado si no hubiera habido el incumplimiento de la obligación por el deudor, *tantum pecuniam, quidquid Numerius Negidius Aulum Agerium dare facere oportet*.^A Así, el análisis económico del derecho esclarece que el derecho romano potencia el incumplimiento eficiente de una obligación por parte del deudor, cuando éste incurriría en mayor coste que el acreedor, a la vez que hace que el deudor internalice este costo por la condena pecuniaria.^B

La cuestión es que, una vez escogido un emprendimiento en donde deben coordinarse las acciones futuras de varias personas, es necesario *alle Brücken hinter sich abbrechen* para comprometerse a llevar a cabo los mejores esfuerzos en el emprendimiento seleccionado. Por ello, el ordenamiento jurídico privado pone en manos de los particulares la fijación de obligaciones en su propio ámbito.

Acá nuevamente deberá señalarse la distorsión que causó el liberalismo decimonónico en la esencia misma del orden de pandectas, al no sólo entronizar a la propiedad, sino también a la libertad contractual y a la

^A Cfr. las fórmulas con cláusulas arbitrales en Otto Lenel (1849-1935), *Das edictum perpetuum* (1883).

^B Richard Craswell (1954-), Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach, *Southern California Law Review* lib. 61 págs. 629-70 (1988).

refundido para el siglo XXJ

responsabilidad subjetiva, como valores absolutos del ordenamiento jurídico.^A Es para nosotros la confusión lamentable de ver en el consentimiento o en la culpa, así como en la formulación kantiana de la autonomía de la persona, la explicación principal del derecho de obligaciones. Por ello, a los pensadores de hoy, en todo caso, les parece indebido e incorrecto incumplir los pactos. Estos juristas velan por el cumplimiento de las promesas, en toda circunstancia, como medio de hacer responsables a las personas.^B No se dejan disuadir; enarbolan como inexorable verdad una postura cercana a la posición de los canonistas de antaño, quienes se preocupaban, en todo momento, por la salvación del alma desafortunada del promitente.

La heteronomía no es una mala palabra.^C No hay que mirar —en el sentido negativo que le da el filósofo ilustrado de Königsberg— a la gracia divina, que es heteronomía para san Agustín, o a la tradición, que es heteronomía para el parlamentario inglés Burke. Tampoco, en todo caso, puede el derecho de obligaciones construirse sólo desde el consentimiento y la culpa. La razón del hombre de carne y hueso tiene límites ineludibles que no deberían ser ignorados;

^A Cfr. *Le code civil des Français arts. 544, 1134, 1382* (1804).

^B Cfr. el pensamiento absorto y lineal de Ernest Weinrib (1943-) en *The idea of private law* (1995).

^C Es una buena palabra.

Un libro de derecho del siglo XXV,

liberum arbitrium depende tanto de la lucha de heteronomías que reconoce Plotino (205-270) como de lo que una persona pueda sacar de sí misma. Por ello, la adecuación del derecho privado a los requerimientos de las nuevas coordenadas sociales y culturales del siglo XXI exige la recuperación de la esfera de heteronomía de las obligaciones cuasi contractuales y cuasi delictuales del derecho romano. Las obligaciones relacionales y la responsabilidad objetiva no hieren ni ponen en peligro a la autonomía de la persona, hecha posible por el ejercicio de la razón humana, sino que la fortalecen y la consolidan, ofreciéndole la posibilidad de trascenderse a sí misma. Sólo mediante el análisis económico del derecho podemos recuperar una visión instrumental del derecho privado, donde el problema acuciante que deberá solucionar el derecho de bienes y el derecho de obligaciones es, más bien, buscar soluciones a la relación entre la autonomía y la heteronomía en el terreno de la praxis jurídica.

La diferencia que se debe subrayar entre una ley y un contrato es que la ley es general, por lo que se aplica a todos, y por tanto deberá ser inquebrantable para ser eficaz, en tanto que un contrato se aplica sólo a quienes lo suscribieron y podrá incumplirse, siempre con el pago de los daños y perjuicios. El derecho ubica en manos de las personas particulares el poder no sólo de legislar, sino de crear las obligaciones privadas, y de esta manera descentraliza las acciones encaminadas en

refundido para el siglo XXJ

el emprendimiento humano. En este marco, hay que recordar el principio de *omnis condemnatio pecuniaria* del derecho romano que, tal y como hemos indicado, posibilita —en todo momento con el pago de los daños y perjuicios— el incumplimiento eficiente de las obligaciones por parte del deudor cuando las circunstancias cambian.^A

Ahora, es un primer requerimiento en cualquier ordenamiento jurídico privado, ¿cómo distinguir entre aquellas promesas con fuerza jurídica obligatoria, que esperamos ver cumplidas a cabalidad, y aquellas promesas —de tantas— que lanzamos todos los días, sin crear una expectativa de que vamos a cumplirlas o de que el estipulante tendrá los mecanismos para hacerlas cumplir? El derecho romano distingue a las promesas que son vinculantes —que tengan alcance y obligatoriedad jurídica—, mediante las solemnidades verbales o por medio de los contratos típicos. *Per contra*, están desprovistas de obligatoriedad jurídica las promesas que configuran las llamadas <obligaciones naturales>, cuya fuerza es moral.

Los contratos típicos son aquéllos que tienen nombre, y por ello nos referimos a ellos como contratos nominados; son conocidos por toda la población por su

^A *Gaii Institutionum commentarii quattuor lib. 4 núm. 48*. Por este principio, cabe destacar que al orden de pandectas no le hace falta la desafortunada doctrina *rebus sic stantibus* del derecho canónico.

Un libro de derecho del siglo XVIII,

nombre. Si el derecho privado, así como los mercados, entrañan todo un sistema de incentivos y de comunicación, el principio de *numerus clausus* de los tipos de contratos nominados en el derecho de obligaciones agiliza la comunicación entre las partes. Así, toda la población logra comprender, al instante y sin problemas, por el solo nombre del contrato, qué obligaciones están contrayendo, sin la necesidad de entrar en largas y exhaustivas explicaciones. En la *common law* que no tiene los contratos típicos, éstos suelen ser muchísimo más largos y enrevesados. En el derecho romano podemos nombrar *numerus clausus* de contratos típicos: los cuatro contratos consensuales —la compraventa, el arrendamiento de cosas, de servicios o de obra, el mandato, y la sociedad— y los cuatro contratos reales —el mutuo, el comodato, el depósito, y la pignoración—. Cualquier pacto que no encaje en uno de los contratos nominados —o como veremos que no cumpla con las solemnidades del contrato verbal— de ninguna manera genera la acción para convenir en juicio, que le confiere el carácter de obligatoriedad a la promesa en el derecho romano, lo cual se resume en la socorrida fórmula de Ulpiano, «*nuda pactio obligationem non parit*»,^A que deja a la promesa como una mera obligación natural y fuera del ordenamiento jurídico.

^A ff. *De pactis* l.VII.

refundido para el siglo XIX

Los contratos verbales dependen del cumplimiento de las solemnidades; de manera primordial, la estipulación —el contrato verbal por excelencia—, pero también la fianza y la donación, que tomaban la forma de estipulaciones. En el derecho romano, la estipulación era la madre de todos los contratos. Sin embargo, el esquema contractual actual del derecho civil romano-canónico y de la *common law* no deriva de la estipulación, más bien descende en línea directa de los contratos consensuales. Por ello, la doctrina de la <causa> o razón del contrato en el derecho civil romano-canónico, y su equivalente, la <consideration> en la *common law*, sirven para distinguir aquellas promesas obligatorias de las que no se deriva vinculatoriedad jurídica. Baldo precisa, «*sine causa æquitas non dictat actionem nasci*». ^A En el *ius commune*, el contenido de la *causa* pasa a ser ora la justicia conmutativa —la equivalencia— ora la justicia distributiva —la liberalidad^B— conforme a la tradición peripatética de la filosofía griega.

^A *Decretalium volumen commentaria* (1507).

^B El padre Molina explica que a título de mera liberalidad se concede o promete, «*ex mero liberalitate aliquid conceditur, aut promittitur*», algo a otro. *De iustitia et iure trat.* 5 disp. 259.

Un libro de derecho del siglo XVI,



Hay una historia detrás de este desarrollo en las obligaciones contractuales. Durante la vigencia del *ius commune*, el derecho canónico puso de cabeza a todo el sistema contractual romano. Mediante la regla antípoda de *pacta sunt seruanda* todas las promesas se volvían obligatorias para evitar un eventual pecado de perjurio en el juramento que acompaña a todo pacto en el derecho canónico,^A lo que malogró el orden de pandectas. El padre Molina estima que, como coincidían en señalar diversos canonistas, si el pacto nudo otorgaba acción, con mayor razón el mismo pacto confirmado bajo juramento produciría acción, «*ergo longe maiori cum ratione ex eodem pacto nudo iuramento confirmato dabitur actio eodem iure canonico*».^B

Si ese extremo resulta absurdo, igualmente necia parece haber sido la regla incongruente a ésta de *rebus sic stantibus* del derecho canónico, por la cual, ante cualquier cambio de circunstancias, ninguna promesa

^A Cfr. san Raimundo de Peñafort (1180-1275), *Decretales Gregorii IX*, lib. 1, tit. 35, cap. 1.

^B *De iustitia et iure trat.* 5 disp. 254.

refundido para el siglo XIX

pasaba a ser obligatoria.^A ¡Hasta qué extremos podía llegar la moralina del derecho canónico! El padre Molina intenta limitar esta doctrina a aquellos cambios de circunstancias donde el contratante claramente no hubiera elegido obligarse, «*mentem suam non esse, in eo euentu se obligare*». ^B Por ello no excusa al contratante incauto o inexperto, «*quoniam ea quae non satis penetravit, et quae in particulari non erat expertus*».

En el derecho romano, para dar una expectativa de obligatoriedad jurídica a la observancia de la promesa del contrato verbal, el estipulante y el promitente debían cumplir con las solemnidades establecidas para la estipulación, que consistían en la tradicional secuencia pregunta-respuesta, «*uerbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, uelut dari spondes? spondeo, dabis? dabo, promittis? promitto, fidepromittis? fidepromitto, fideiubes? fideiubeo, facies? faciam*». ^C La respuesta debía seguir inmediatamente a la pregunta. El padre Molina aclara que la estipulación hasta podía celebrarse entre

^A Cfr. Johannes Teutonicus (1180-1252), *glosa Furens, ad Decretum Gratiani, can. Ne Quis*. La expresión quiere decir que un acuerdo contractual es vinculante si *rebus sic stantibus*, si se mantienen las circunstancias actuales, o más literalmente, mientras sean así las cosas. Es una cínica coartada para eludir las obligaciones contraídas: si las circunstancias cambian, los pactos ya no están para ser cumplidos!

^B *De iustitia et iure trat. 5 disp. 272*.

^C *Institutionum commentarii quattuor lib. 3*.

Un libro de derecho del siglo XVI

contratantes que hablaban distintos idiomas, siempre que las partes se entendiesen, aun a través de un intérprete, «*inter hominis diuersarum linguarum, etiam si interrogatio fiat in uno idiomate, et promissio in alio, ualidam esse, modo tamen se inuicem intelligant, saltem per interpretem*».^A

Ante todo, la estipulación en el derecho romano era una forma de contratación verbal flexible, que se adaptaba a los distintos requerimientos de las partes contractuales. Vaya por delante que en el derecho actual romano-canónico no hemos sabido inventar los registros apropiados que puedan conducir a las partes contratantes a validar los contratos atípicos. La práctica notarial moderna de quienes redactan los documentos, con base en determinadas fórmulas —a diferencia de los *tabelliones* de la antigüedad—, muchas veces no está dispuesta a fracturar los moldes establecidos por los contratos típicos. Además, cabe destacar que la estipulación en el derecho romano, donde las partes debían esclarecer con sus propias palabras aquellas obligaciones que asumían, evitaba los inconvenientes inherentes a las cláusulas predefinidas de los contratos de adhesión o de los formularios preimpresos en letras diminutas que endilgan al derecho actual.^B

^A *De iustitia et iure trat. 5 disp. 254.*

^B La estipulación del derecho romano es la forma de contratación que desaparece, pero no se sabe cuándo. Este

refundido para el siglo XXJ

En una entrevista apócrifa en la que hablan un grupo de empresarios franceses con el ministro de finanzas *sous le règne du Roi-Soleil (1638-1715)*, Jean-Baptiste Colbert (1619-1683) les pregunta directamente en qué puede ayudarles el estado. Los comerciantes responden: «*Monseigneur, laissez-nous faire*». Es imprescindible exigir la pulcritud en el respeto a los mecanismos que permiten funcionar libremente a los mercados de intercambio, pero sin el dogmatismo de la ideología liberal deomonónica. El derecho público debe reducirse lo más posible y aligerar al máximo la carga fiscal del estado, para que sea el sector privado un ente dinámico, movido por el interés propio de los particulares, quienes todo lo ordenen al mejor beneficio de la sociedad. El orden de pandectas debe salvaguardar los mínimos principios de seguridad jurídica sobre la propiedad privada en el derecho de bienes y sobre la libertad contractual en el derecho de obligaciones.^A Pero, si bien un margen propio de

desarrollo se da en algún punto indefinido entre el derecho bizantino y el siglo XIX, cuando los registros sustituyen a las ceremonias en dar publicidad a los derechos y a las obligaciones.

^ALos gobiernos iberoamericanos que privatizaron sus economías en la década de los años noventa se olvidaron de que sus sistemas jurídicos habían sido socializados, descodificados y constitucionalizados durante gran parte del siglo XX. Es inexcusable para Iberoamérica, hoy en día, no sólo que se instaure un auténtico estado de derecho, sino

Un libro de derecho del siglo XXV,

autonomía es una condición necesaria e indispensable para la libre concurrencia en la economía de mercado, no es una condición suficiente. La providencial «*invisible hand*» de Smith,^A modernizada por la escuela de Chicago, requiere de un entorno de heteronomía, —eso sí— no desde el exterior del derecho privado, con la construcción de la economía por medio del estado o del derecho regulatorio.^B

Ya es hora de que algún jurista se atreva a decirlo. La propiedad no es absoluta en el derecho de bienes. Asimismo, el orden de pandectas debe plasmar más que la libertad contractual en el derecho de obligaciones. Si bien el cumplimiento irrestricto de los contratos en el sector privado es útil para lograr el buen desempeño de la economía, no es suficiente. El análisis económico del derecho saca a la luz que, a fuerza, las obligaciones contractuales están incompletamente estipuladas.^C No es nada que pueda sorprender a

también que se regrese el orden de pandectas a su sitio como eje dinamizador del sector privado.

^A *The Wealth of Nations* lib. 4.

^B El magistrado Posner se equivoca —y seriamente— al argumentar por una política regulatoria más activa en *A Failure of Capitalism* (2009). No cae en cuenta de que debe más bien mejorarse el derecho privado en el siglo XXI.

^C Ian Ayres (1959-), *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, *Yale Law Journal* lib. 99 pág. 87 (1989).

refundido para el siglo XXJ

nadie. Las partes contratantes no pueden anticipar todos los retrueques y giros de la realidad cambiante del mundo, por lo que resulta difícil, cuando no imposible, incluir en un contrato cláusulas que garanticen resolver *ex ante* todas las contingencias que pudieran presentarse.^A Ni es deseable que lo hagan, pues es oneroso negociar y redactar los términos de un contrato.

Ahora, cabe aclarar que el derecho de obligaciones subsana en alguna medida el vacío de los contratos incompletos. En el derecho civil, las obligaciones contractuales están sujetas a las formas típicas, por lo que el análisis económico de la contratación civil cambia radicalmente frente al que se perfila desde el enfoque de la *common law*. En un contrato nominado, no son las partes las que especifican todo el contenido de las obligaciones que contraen. Mucho del contenido lo fija la forma típica a la que deberá encajarse el contrato nominado en todo caso. Por el nombre del contrato, toda la población comprende a las mil maravillas las obligaciones que las partes contraen. La sociedad tiene siglos y siglos de experiencia jurídica con cada forma típica. Todo lo que puede pasar en el mundo, seguramente, ya ha pasado, y la doctrina jurídica define —con base en la jurisprudencia y la costumbre, que se han ido acumulando y consagrando— cuáles son las obligaciones de cada una de las partes en un contrato

^A No sabemos cómo será el futuro.

Un libro de derecho del siglo XVIII

nominado. Además, existe un ahorro significativo de recursos —está por demás decirlo— cuando las negociaciones para cada contrato no se hacen de la nada, sino más bien se acomodan a la naturaleza de un contrato nominado. Así, en el derecho civil, las partes pueden acoplarse a uno de varios contratos típicos que tienen nombre.^A

En los contratos consensuales, que se perfeccionan con el simple consenso entre las partes, las partes deberán estipular al menos algunos términos del contrato. Papiniano (150-212) dice que el precio es la esencia de la compra, «*emtionis substantia constitit ex pretio*».^B Sin embargo, por tratarse de un contrato nominado, la

^A La compraventa es el cambio de una cosa por un precio. El arrendamiento es la colocación, por una merced, de una cosa, un trabajo o un material con alguien, para que lo lleve consigo temporalmente y lo use o le ejecute cierta obra. El mandato es el acometimiento de hacer algo por otra persona. La sociedad es la aportación de bienes, dinero o trabajo en común por aquellos que realizan un emprendimiento. El mutuo es la dación de dinero o cosas fungibles a quien devolverá otro tanto de la misma especie. El comodato es la entrega de una cosa no fungible para que alguien la use temporalmente. El depósito es la entrega de una cosa mueble para que alguien la guarde temporalmente. La pignoración es la adscripción a otra persona de una desmembración de los derechos de propiedad sobre una cosa en garantía de una obligación.

^B *ff. De contrabenda emptione et de pactis inter emptorem. l. LXXII.*

refundido para el siglo XIX

doctrina jurídica también define las obligaciones de las partes. En una compraventa, se entiende que el vendedor responde en caso de evicción o vicios ocultos de la cosa, sin que sea necesario que las partes lo estipulen.

En los contratos reales, que se perfeccionan con la simple entrega del objeto, el contenido de las obligaciones está dado hasta en mayor grado por la naturaleza de un contrato nominado al cual se acople el ánimo de las partes. Así, la mera entrega de la cosa con el ánimo de concertar un comodato, genera obligaciones respecto de la custodia del comodatario sin la necesidad de un cúmulo de estipulaciones pormenorizadas; pero si se entrega el objeto con el ánimo de concretar un depósito, el depositario sólo responderá por dolo, «*nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur*».[^]

Con todo, subsiste el problema de los contratos incompletos en el derecho de obligaciones. Vaya por delante que la estipulación de las obligaciones contractuales ha de ser por fuerza incompleta. Por ello, el ordenamiento jurídico privado deberá complementarlas con las obligaciones cuasi contractuales o relacionales —como reducto de heteronomía en el derecho de obligaciones—

[^] ff. *Commodati uel contra l. V.*

Un libro de derecho del siglo XVIII

La *common law* es un sistema de derecho privado que, hasta hace poco, podríamos decir, era primitivo en algunos aspectos claves; recién en el siglo XIX se modernizó. El derecho civil romano-canónico y la *common law* cultivan relativamente el mismo respeto por la libertad contractual. Donde la tradición de la *common law* supera posiblemente hoy en día a la del derecho civil romano-canónico es en aquella maraña de cuasi contratos llamados *fiduciary duties* que este sistema reconoce por la *equity*.

La divergencia entre los regímenes jurídicos cuasi contractuales de la *common law* y de la tradición iniciada en el derecho romano está acentuada en el derecho comercial. El derecho civil alemán ha suplido esta carencia de un régimen de cuasi contratos mediante la extensión del concepto de la buena fe.^A Como los contratos son incompletos —por fuerza—, en muchas situaciones resulta imposible estipular las obligaciones de las partes y el derecho privado deberá recurrir, ya al principio de la buena fe, ya al reconocimiento de las obligaciones relacionales, en forma *ex post* para crear los incentivos *ex ante* que faciliten la coordinación diacrónica del emprendimiento humano.

El *ius honorarium* del derecho romano también hizo un uso extensivo de *bonae fidei iudicia*, pero hay que aclarar que para los juristas romanos la buena fe nunca operó

^A Cfr. Wieacker, *Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242* (1956).

refundido para el siglo XXJ

en contra de la libertad contractual. Donde las obligaciones están claramente estipuladas, la buena fe significa el cumplimiento estricto de lo estipulado, «*nihil magis bonæ fidei congruit quam id præstari, quod inter contrahentes actum est*»^A. Sólo cuando las obligaciones son incapaces de estipularse plenamente, la buena fe viene a significar la ausencia del dolo. Así, en el derecho romano, la buena fe está presente en los cuatro contratos consensuales y en el contrato real de depósito, que solían estar incompletamente estipulados. Por esta misma razón, se infiere una obligación implícita de *bene agere* en todos los cuasi contratos. Por la excepción de dolo entra en toda relación procesal. Además, puede la misma estipularse libremente.

Durante la vigencia del *ius commune*, el derecho canónico desnaturalizó el concepto de la buena fe al aplicarlo a todos los contratos —como lo advierte Baldo, «*ego puto quod de æquitate canonica omnes contractus mundi sit bonæ fidei*»^B—, y no sólo a aquellas obligaciones que fueren incompletamente estipuladas, lo que malogró el orden de pandectas. De hecho, el padre Molina esclarece que la buena fe adquiere mayor relevancia en aquellas circunstancias que no estuviesen contempladas por los contratantes, «*ita in contractibus iudicimus neutrius contrahentium mentem fuisse*».

^A ff. *De actionibus empti venditi* l. XI.

^B *In Decretalium uolumen commentaria* (1592).

Un libro de derecho del siglo XVIII,

En el derecho romano, como hemos demostrado, el ordenamiento jurídico privado evita como principio —dentro de lo posible— toda situación de copropiedad. Pero es conveniente recordar que, cuando es inevitable confrontarla, el derecho romano convierte a la relación de copropiedad en un cuasi contrato. Y entre el cuasi contrato de copropiedad y el contrato de sociedad hay tan sólo un paso. Igualmente, la doctrina actual debería reconocer un cuasi contrato de copropiedad entre los accionistas mayoritarios y el resto de los accionistas minoritarios, de la misma manera que por la *equity* se reconocen los *fiduciary duties* entre ellos.[^] Asimismo, entre el cuasi contrato de gestión de negocios y el contrato de mandato hay tan sólo un paso. Y otro paso, donde haya un error que enmendar, entre una compraventa y el cuasi contrato de reconocimiento de adeudo por pago de lo indebido. O con el cuasi contrato de gestión de negocios, mientras en el derecho romano con el consentimiento el riesgo ya pasó al comprador y no se entregue la cosa vendida y transfiera su propiedad.

Las categorías cuasi contractuales romanas pueden llenar las lagunas que hay en los contratos incompletos en el derecho civil y comercial, como lo hacen en el sistema de la *common law*. La categorización justiniana

[^] Cooter, The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences, *New York University Law Review* lib. 66 págs. 1045-1075 (1991).

refundido para el siglo XXJ

de cuasi contratos está desfavorecida por la doctrina actual por tratarse de figuras disímiles. Sin embargo, la visión instrumental del análisis económico del derecho —que aprecia la esfera de heteronomía en el derecho privado— es capaz de encontrar el hilo unificador de estas obligaciones relacionales.

No sobra notar que algunas otras instituciones del derecho privado —civil y comercial— coadyuvan en apoyo de la intermediación comercial y financiera, básicas para la concurrencia en el mercado.^A La pignoración del derecho de bienes alinea los incentivos entre deudores y acreedores, y la fianza del derecho de obligaciones alinea la información entre fiadores y acreedores.^B Cabe subrayar que la responsabilidad limitada del derecho comercial, que se remonta al peculio de los esclavos en Roma, hace posible la

^A Los economistas tecnócratas que (mal) gobiernan los países iberoamericanos coinciden en la necesidad de atraer a la inversión directa extranjera. Sin embargo, se olvidan que la actividad de intermediación financiera al interior de un país, —que se efectúa por el derecho privado—, es el requisito indispensable para impulsar el crecimiento económico, en tanto son los emprendedores locales que conocen el medio, sobre todo las pequeñas y medianas empresas de la región, capaces de tomar riesgos y de identificar y explotar las oportunidades del mercado.

^B Sobre la fianza cfr. Avery Wiener Katz (1956-), *An economic analysis of the guaranty contract*, *University of Chicago Law Review* lib. 66 pág. 47 (1999).

Un libro de derecho del siglo XVIII,

separación entre la gestión y la inversión en una economía moderna y competitiva. Para el mejor desenvolvimiento del mercado, las normas en materia de divulgación y revelación de información del derecho comercial y financiero que, una vez más, se remontan a las acciones edilicias contra los tratantes de esclavos en Roma, deberán concurrir cuando hay la persistencia de asimetrías, las cuales se generan cuando los activos —es decir, mercadería e instrumentos financieros— consignan datos o tienen elementos que inducen a error o confusión o que no pueden observarse, «*est magnopere observandum, ne semper ex eo*», como precisa el padre Molina.^A Además, debemos precisar que la representación directa como figura jurídica del derecho civil y comercial igualmente tiene sus orígenes en la esclavitud romana. El padre Molina recuerda que el esclavo —y el hijo de familia, siempre que esté sujeto a la patria potestad, «*interim dum sub patria est potestate*»— actuaban por cuenta y a nombre del amo, quien podía exigir el cumplimiento de la obligación como si él mismo la hubiera estipulado o aceptado, «*potest id exigere sibi, ac si ipse esset stipulatus et acceptasset*».^B Creemos que se debe hacer una matización sobre otra figura: se suele equiparar el

^A *De iustitia et iure trat. 5 disp. 353*. Véase la pionera y desafiante obra de Henry Manne (1928-), *Insider Trading and the Stock Market* (1966).

^B *De iustitia et iure trat. 5 disp. 264*.

refundido para el siglo XXJ

fideicomiso del derecho comercial con el *trust* de la *equity*, cuando en realidad es la donación bajo modo del derecho romano que aporta la misma flexibilidad que aquella figura de la *common law*.^A El padre Molina aclara que mientras era revocable la donación, «*interim uero dum reuocari potest*», por esta institución está permitido establecerse una condición o gravamen de cualquier naturaleza lícita en favor del donante o de terceros, «*apponi ei potest conditio, uel aliud gravamen, tam in fauorem ipsiusmet donantis, quam in fauorem tertii*».^B

Por último, hay que analizar la función exacta que cumple la responsabilidad extracontractual en una economía.^C Además del principio de *numerus clausus* en cuanto a los tipos contractuales y cuasi contractuales, hay un número contado de tipos de delitos y de cuasi delitos en el derecho de obligaciones. Epstein se encuentra en la incómoda tesitura de no poder encontrar una explicación económica convincente de la

^A Sorprende que Reinhard Zimmermann (1950-), un destacado romanista, pase por alto la conexión inequívoca y clara entre estas instituciones. Cfr. *Roman Law, Contemporary Law, European Law, The Civilian Tradition Today* págs. 163-66 (2001).

^B *De iustitia et iure trat.* 5 disp. 265.

^C El liberalismo decimonónico, encasillado en el dogma de la autonomía de la persona, acentuó la confusión que considera a la culpa como el criterio por excelencia de imputación de la responsabilidad extracontractual.

Un libro de derecho del siglo XVIII

responsabilidad subjetiva, dado que la determinación de la culpa acarrea fuertes costos en la administración de justicia.^A Hoy en día, al pensar en términos de costos de información y de incentivos —en vez de costos de transacción— a partir de los presupuestos del teorema de Myerson-Satterthwaite, los iuseconomistas podemos arrojar luz sobre la cuestión. El tribunal que dictamina la culpa convierte en pública la información privada que tienen los particulares sobre el costo comparativo de tomar ciertas precauciones que eviten un daño. Por citar un claro ejemplo del derecho romano, resulta menos costoso para quien poda las ramas de un árbol, en aquel momento, lanzar un grito para prevenir a los transeúntes abajo, que esperar que todos constantemente caminemos mirando hacia arriba para asegurarnos de que no nos caiga una pesada rama encima de la cabeza.^B Los iuseconomistas podemos explicar qué es la responsabilidad objetiva de una manera igualmente sencilla. La declaración de la responsabilidad por riesgo o sin culpa hace pública la información privada de que una actividad por sí comporta un riesgo excesivamente elevado para todos. Por citar otro ejemplo ilustrativo del derecho romano, el arrojar algo por la ventana de una ínsula es

^A Cfr. *Torts* pg. 85 (1999).

^B ff. *Ad legem Aquiliam* l. XXXI.

refundido para el siglo XXJ

enormemente peligroso, sin importar mucho cuántas precauciones tomemos.^A

Pareciera distante, pero podemos vincular las grandes carencias que han lastrado el crecimiento económico durante las últimas décadas en Iberoamérica con la deficiencia del ordenamiento jurídico. Cabe destacar que es absolutamente indispensable revalorizar el orden de pandectas para que el sector privado se convierta en el motor de la economía interna en la región. En consecuencia, la implementación de políticas liberales requiere, para su éxito, un orden jurídico en el que el derecho privado —con sus esferas tanto de autonomía como de heteronomía— desempeñe un papel de primer orden, y no de segunda fila. Por mucho que nuestros gobiernos logren estructurar mejoras en la administración de justicia, o que atravesemos por una etapa de modernización del aparato administrativo del estado,^B seguiremos con un

^A *ff. De his, qui effuderint vel deiecerint*. La publicidad acerca del riesgo que comportan determinadas actividades no debe confundirse con el principio de la socialización del riesgo, tal y como lo entiende el solidarismo.

^B Cabe anotar que el derecho regulatorio, que los iberoamericanos estamos injertando con infula modernizante en nuestros sistemas jurídicos, en una intentona de gran ingenuidad, es en realidad una aberración sin precedentes de la historia económica del país del norte. Cfr. Friedman y Anna Jacobson Schwartz (1915-), *A Monetary History of the United States, 1867-1960* (1963).

Un libro de derecho del siglo XXV,

importante rezago en nuestro sistema jurídico, en tanto no se revalorice al derecho privado.

En los albores del siglo XXI, con el apoyo de la metodología económica, recién ahora los juristas estamos llegando a comprender cómo el derecho privado opera para potenciar el crecimiento económico. Como un sistema de incentivos y un sistema de comunicación, el derecho privado hace posible decisivamente que, dentro de la economía, sean las personas que poseen información las que tomen decisiones, y las personas que tienen incentivos las que emprendan acciones.^A El discurso tradicional de la economía conjuga casi todos los verbos de la liberalización económica: desburocratizar el estado, desregular los mercados, descentralizar el poder y transparentar el uso de recursos públicos. Sin embargo, para privatizar y liberalizar nuestras economías, es necesario actualizar el orden de pandectas, además de afianzar el estado de derecho.



^ANo debe perderse de perspectiva que el desarrollo de cualquier país resulta principalmente del dinamismo del sector privado.