

## DIÁLOGO ENTRE EL JUEZ Y EL PROFESOR <sup>1</sup>

ENRIQUE GHERSI\*

### Resumen:

Este artículo, a través de un diálogo entre un profesor y un juez, pretende describir con un lenguaje bastante fácil de entender, el delito de usurpación ilícita y del principio de accesión, el cual al ser invertido provoca que las invasiones de terrenos pasen a convertirse en un modo de adquisición originaria de la propiedad en algunos casos. Además comenta la relación entre la ley y la costumbre, siendo ambas fuentes de derecho que coexisten en la sociedad.

**Palabras clave:** Usurpación ilícita - profesor - juez.

### Abstract:

This article, through a dialogue between a professor and a judge tries to describe with a language quite easy to understand, the crime of illicit usurpation and the principle of agreement, principle that if you invert, causes the land invasions to become a way of original acquisition of the property in some cases.

In addition it comments the relation between the law and the custom, being both sources of rights that coexist in the society.

**Key words:** Illicit usurpation, professor, judge.

*¿Es el derecho anterior al actuar de la sociedad o es un producto del mismo? ¿Es posible entender al contenido de la norma jurídica como ilógico? ¿Puede concebirse a las fuentes del Derecho como no jerárquicas y contradictorias?*

*En las páginas siguientes, el autor, al puro estilo platónico, lleva a cabo un interesante y ágil ejercicio dialéctico sobre las fuentes del Derecho, logrando de esta forma responder las interrogantes antes planteadas valiéndose del análisis económico, y además, cuestionar y criticar las posiciones tradicionales sobre el tema, invitándonos así a la reflexión.*

---

\* Profesor de Economía y derecho de la Universidad de Lima. Profesor Visitante de la Universidad Francisco Marroquín (Guatemala) y Profesor Honorario de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte (Guayaquil).

**JUEZ:** Mi querido profesor, tengo que resolver un caso sometido a mi jurisdicción. Se trata de una señora que ha construido su casa en un terreno a sabiendas que no es suyo.

**PROFESOR:** Pero si la ley es muy clara sobre el particular. No veo por qué mi opinión podría ser relevante, máxime siendo yo profesor de análisis económico y no de derecho civil.

**JUEZ:** Sé perfectamente que el artículo 938° del Código Civil establece el principio de accesión, según el cual, el dueño del suelo es dueño de la fábrica. Sé también que, como consecuencia de ello, el artículo 942° de ese mismo Código dice que, quien construye de mala fe en propiedad de otro, construye mal y no puede reclamar compensación alguna. Pero, de otro lado, observo que en la sociedad peruana, mucha gente construye sobre terreno ajeno libremente, al punto de convertirse en titular de todos los derechos sobre el suelo.

**PROFESOR:** ¿Dónde sucede eso?. ¿Se trata de una circunstancia accidental o se encuentra generalizada?. ¿Tienes idea de la antigüedad con que viene produciéndose el fenómeno?.

**JUEZ:** No tengo idea de su antigüedad. Sospecho que tiene tiempo, porque me parece muy extendido. Ocurre, sin duda, en los pueblos jóvenes. Yo mismo vivo en uno y recuerdo de chico cuando mi padre y madre invadieron el arenal. Nadie nos desalojó. Construimos nuestra casa. Inclusive, el gobierno finalmente la tituló. Lamentablemente, mi padre no estuvo ya para recibir su título. Era vendedor ambulante de libros. Mi madre lo recibió. Nadie pretendió decirnos que habíamos construido para el dueño del terreno y que el propietario de la ladrillera invadida, era, en realidad, quien tenía el dominio sobre nuestra casa.

**PROFESOR:** Pero ¿no estás tomando la excepción por la regla?. Una explicación podría encontrarse en las normas redistributivas que, a partir de la Ley N° 13517, se dieron en el país para, en nombre de la justicia social, garantizar a todos el acceso a la vivienda.

**JUEZ:** Ahora me parece que es usted quien toma el efecto por la causa, pues las leyes son, a mi entender, respuestas bastantes tímidas e incompletas que el gobierno trata de dar con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, tratando de confinarlos en regímenes de excepción que, sin embargo, siempre se prorrogan.

**PROFESOR:** Bueno, ¿pero por qué crees que se está generalizado ese fenómeno?.

**JUEZ:** Porque antes ocurría en los pueblos jóvenes y ahora ocurre en los barrios acomodados. Antes sólo invadían los pobres. Ahora invaden también los ricos. ¿Qué son las playas del sur sino “barriadas de blancos” donde al igual que en las otras barriadas se construye en terrenos de propiedad de otros, y más particularmente, en este caso, sobre bienes de uso público no susceptibles de derechos privados?.

**PROFESOR:** Pero ¿realmente crees en esa analogía o estás utilizando un recurso retórico para persuadirme de que ensaye una explicación económica para este problema?.

**JUEZ:** En los pueblos jóvenes y en las playas del sur se construye de mala fe en propiedad de otro. Ambos asentamientos son fruto de la invasión. En ambos, organizaciones privadas vienen a reemplazar al gobierno. Son éstas las que proveen servicios básicos tales como agua, luz y seguridad. Pero también proveen reglas jurídicas para el desarrollo de la vida en común. Son ellas, además, quienes resuelven conflictos mediante sus asambleas.

**PROFESOR:** Primero invadieron los pobres, más numerosos. Luego, los ricos.

**JUEZ:** Efectivamente.

**PROFESOR:** Pero, ¿no es un delito invadir?. Mis conocimientos penales son bastante superficiales, pero creo recordar que ese tipo de conductas estaban criminalizadas.

**JUEZ:** Por supuesto. Se encuentran tipificadas bajo la figura del delito de usurpación, que en estos casos muchas veces incurre, inclusive, en la modalidad agravada, pues se trata generalmente de invasiones donde interviene mucha gente. Pero –que yo sepa, y soy juez – nadie va preso por invadir. Tal vez haya casos muy excepcionales en que alguno está preso, pero no por invadir sino por alguna lesión o muerte que pudiera haberse producido. Difícilmente un policía persigue, un fiscal denuncia o un juez procesa a una de estas personas. No se olvide que muchos de nosotros vivimos, precisamente, en pueblos jóvenes.

**PROFESOR:** Eso hace aún más fascinante el problema. Me voy a atrever a darte una opinión sobre tu caso. Creo que se ha producido una inversión del principio de accesión.

**JUEZ:** Bueno, pero hay antecedentes legislativos. No creo que sea un proceso consuetudinario. El Decreto Legislativo 495° del 14 de noviembre de 1988, al crear el registro predial, establecía una disposición según la cual se presumía titular de la construcción al poseedor. Lamentablemente, tuvo efímera vigencia, pues fue derogada el 5 de enero de 1999 por la Ley N° 27046.

**PROFESOR:** Sí, pero fíjate en la fecha de esa ley. Es muy reciente. Además, fue derogada al poco tiempo. Esa ley trató de recoger la experiencia consuetudinaria, no la creó. Es un poco lo que ha pasado con las leyes que reconocieron invasiones hasta cierta fecha. Vencida ella, el gobierno las volvía a prorrogar. Este antecedente legislativo ratifica el proceso de inversión consuetudinaria del principio de accesión.

**JUEZ:** Pero, ¿cómo puede ser eso posible?.

**PROFESOR:** Vayamos primero al análisis de los hechos para aventurar después una hipótesis sobre el probable origen económico de los mismos. En mi concepto, el caso que consultas consiste en que el principio de accesión realmente existente no coincide con el principio tal como está definido positivamente. La ley dice que es dueño de la fábrica, el dueño del suelo; pero en los pueblos jóvenes y en las playas del sur – por ejemplo – sucede que el dueño de la fábrica es el dueño del suelo.

**JUEZ:** Esa es efectivamente la paradoja que no me deja sentenciar este caso.

**PROFESOR:** Lo destacable es que, además, parece existir evidencia de un proceso social de imitación, pues está implícita en tu consulta, la idea de que la inversión del principio de accesión ocurre, primero, en los pueblos jóvenes -formados por invasión, al margen y aun en contra de la ley nominalmente aplicable- para extenderse después a otros sectores sociales de mayores ingresos económicos.

**JUEZ:** No vaya a pensar usted que exagero. También hay zonas en que el principio de accesión, tal como está definido por el Código Civil, se cumple. Creo que no hay controversia alguna sobre este particular en un barrio de la Lima tradicional, como El Cercado o Miraflores.

**PROFESOR:** Lo que significa que, dependiendo de diferentes condiciones, la gente decide qué principio de accesión utiliza, escogiendo bajo qué sistema normativo quiere regirse. Si estás de acuerdo, los hechos son los siguientes: el principio de accesión realmente vigente no coincide en todos los casos con el principio de accesión positivamente definido y esta situación parece ser resultado de un proceso social por el cual los ricos han imitado la conducta de los pobres. ¿No es cierto?.

**JUEZ:** Me parece que sí.

**PROFESOR:** Pues bien, esto significa que lo que ha sucedido aquí es que se ha ido generando paulatinamente en el tiempo una costumbre *contra legem* que ha empezado a competir con la ley como una fuente alternativa de normatividad a disposición de los ciudadanos. Primero empezaron invadiendo los pobres. Debido a su masa crítica en la sociedad, esta conducta se convirtió en jurígena y el uso se transformó en costumbre. La invasión pasó así, de ser un delito, a tener efectos civiles: invirtió el principio de accesión. Producida esta inversión, los demás ciudadanos tuvieron una alternativa adicional a la ley y comenzaron a servirse de ella como en los balnearios de lujo de tu ejemplo. El proceso que ha venido ocurriendo, al invertirse consuetudinariamente el principio de accesión, es que la invasión pasó a convertirse en un modo de adquisición originaria de la propiedad.

**JUEZ:** Jurídicamente esto no es posible. La jerarquía de las normas coloca a la ley por encima de la costumbre. No puede haber una contradicción de ese tipo sin que se ponga en riesgo la estabilidad del sistema en su conjunto.

**PROFESOR:** Si quieres engañarte, límitate a repetir esos tópicos del derecho civil tradicional, pero pronto te darás cuenta de que no son principios incontrovertibles, sino errores en la definición de cómo opera un sistema normativo. *Chaim Perelman*, ofreció una explicación muy útil sobre esto que sugiero leer a todos los jueces: el derecho es una rama de la retórica y no una rama de la filosofía. La verdad jurídica no es entonces ni deductiva ni inductiva, sino dialéctica, en el sentido platónico del término: depende de cómo se expongan los argumentos no de los argumentos mismos. Me atrevo ahora a aventurar una hipótesis sobre el origen de este fenómeno. Creo que estos hechos son consecuencia del carácter competitivo de las fuentes del derecho, según el cual en una sociedad conviven distintos proveedores de normatividad que las personas utilizan en función de su propia escala de costos y beneficios.

**JUEZ:** Disculpe usted, ¿sugiere, entonces, que cada uno obedece al derecho que le da la gana?.

**PROFESOR:** Sí. Tradicionalmente los abogados y los economistas han vivido de espaldas. Esta ignorancia recíproca los ha llevado a cometer múltiples errores. Los abogados suponen que el derecho es gratuito; los economistas que es constante. Ambos se equivocan. El derecho ni es gratuito, ni es constante. Es costoso y variable.

**JUEZ:** Pero se supone que la justicia es gratuita.

**PROFESOR:** No me refiero a eso. El derecho es costoso porque cumplir con él supone tiempo e información. Tiempo que el ciudadano detrae de sus otras actividades. Información que necesita para cumplir sus exigencias. Podría decirse, entonces, que el derecho cuesta la cantidad de tiempo e información necesarios para cumplirlo. Siendo que hay distintas fuentes del derecho, estas observaciones se extienden también a ellas. La ley es costosa. La costumbre también. Si alguna persona cumple con el derecho, sea porque obedece la ley o se somete a la costumbre, es porque ha podido cubrir sus costos, dados los beneficios previsibles que espera tener de esta decisión. Si, por el contrario, una persona desobedece el derecho será porque no habrá podido cubrir su costo. Igualmente, si incumple la ley, pero cumple la costumbre, será porque para una persona, de acuerdo con su propia y particular escala valorativa, ésta habrá sido más ventajosa que aquélla. Las leyes se obedecen o desobedecen en función de sus costos y beneficios, subjetivamente considerados por los ciudadanos llamados a cumplir con ellas. Lo mismo las costumbres.

**JUEZ:** La doctrina jurídica, sin embargo, resulta incompatible con esas observaciones, porque el sistema de fuentes tiene un ordenamiento jurídico y una jerarquía lógico-normativa que hace obligatorio su cumplimiento en una sociedad.

**PROFESOR:** Lo que sucede es que la teoría tradicional de las fuentes del derecho parte de una suposición equivocada. Sea jusnaturalista o positivista, cree -por igual- que el derecho se genera monopólicamente. Los jusnaturalistas suponen que éste se genera de la providencia -si son religiosos- o de la razón -si son seculares-. Los positivistas, a su turno, piensan que el derecho es un producto deliberado de la autoridad a través de la ley. Pero ambos, parten de la idea, ciertamente equivocada, de que el derecho se genera monopólicamente. Sucede,

todo lo contrario. El derecho se genera competitivamente. En toda sociedad conviven diferentes procesos que producen normas que pueden ser utilizadas o no por los ciudadanos en función de su propia escala valorativa.

**JUEZ:** ¿Cuál sería la relación entre ley y costumbre, entonces?.

**PROFESOR:** Sería una relación competitiva que la teoría económica denomina cataláctica, por la palabra griega *katallattein*, que la designa. Ambas son fuentes del derecho que coexisten en una sociedad. Ofrecen normas que son utilizadas por las personas si se benefician de hacerlo. En caso contrario, buscan normas alternativas. Si la ley es demasiado onerosa para una persona, ésta se desplazará hacia la costumbre en búsqueda de una norma satisfactoria para sus intereses. Si, por el contrario, la costumbre se torna onerosa, esa persona se desplazará hacia la ley. Esto sucede todos los días. Piensa por un minuto en un ciudadano perfectamente formal que vive en una invasión, por ejemplo. O en el que compra un producto pirata. O en el que convive en *servinakuy*. Todos ellos, en realidad, están desplazándose de una fuente del derecho hacia otra: de la ley a la costumbre; de la costumbre, a la ley.

**JUEZ:** Me resulta una visión particularmente caótica de la sociedad.

**PROFESOR:** Es cuestión de lo que se entienda por orden social. Desde el punto de vista económico, el orden social es producto no deliberado de la acción humana. No es producto de la naturaleza ni de la razón. El orden natural, por ejemplo, difiere de lo humano en todo sentido. Carece de instituciones para empezar. El orden racional, a su turno, responde a elaboraciones diseñadas en laboratorio completamente ajenas a lo que ocurre en la vida cotidiana. Por eso se dice que el orden social es praxeológico. Deriva de la acción humana -praxis-. No de la voluntad humana ni de la naturaleza. El derecho es, pues, un fenómeno praxeológico, como lo es el lenguaje o la moneda. El orden social se autogenera. Ni está dado por necesidad natural ni es producto arbitrario de la sociedad.

**JUEZ:** Pero el derecho es lógico.

**PROFESOR:** El razonamiento jurídico puede serlo, pero no la norma sustantiva. El debate entre *Klug* y *Kelsen* es particularmente relevante para el caso. *Ulrich Klug*, defendía el carácter lógicamente necesario del derecho. *Hans Kelsen*, por el contrario, sostenía que el razonamiento jurídico -por ejemplo, el de una sentencia- es necesariamente lógico, pero no el contenido de las normas jurídicas.

Acá, tuvo razón sin duda, *Kelsen*. Donde se equivocó fue en considerar que el contenido normativo era pura función positiva. La lógica no tiene nada que ver con el origen del derecho. Éste es un producto no deliberado de la interacción y cooperación humana, donde centenares de millones de personas -cada una tratando de satisfacer su propio y particular interés- tienen conductas regulares con capacidad jurígena. La sociedad va creando el derecho, como va creando las palabras. Aquél se recoge en leyes y en costumbres. Éstas en diccionarios y en habla.

**JUEZ:** ¿Debo preferir la ley a la costumbre o viceversa?

**PROFESOR:** Tu pregunta va a los fundamentos de la doctrina de las fuentes del derecho. Tradicionalmente se supone que las fuentes son un sistema racionalmente organizado sobre la base de un principio de jerarquía y a un principio de no contradicción. A esta idea ha contribuido la exitosa metáfora de la “pirámide normativa”, generalmente atribuida a *Kelsen*, pero obra en realidad de *Puchta*. Desde un punto de vista económico, sin embargo, esta idea es altamente insatisfactoria. Si como hemos dicho, el derecho se produce competitiva y no monopólicamente, no hay tal cosa como jerarquía entre las fuentes del derecho. Tampoco principio de no contradicción. La “pirámide normativa” no es más que un error. En toda sociedad existen diferentes fuentes del derecho como procesos complejos de los que los ciudadanos se sirven en función de sus costos y beneficios. La ley no está encima de la costumbre ni la costumbre encima de la ley. Todas se encuentran en un mismo plano. El “sistema” no decide la preeminencia normativa de por sí. Quien decide esta preeminencia es el ciudadano que escoge de qué fuente va a servirse para cumplir con el derecho. Tampoco hay ordenamiento lógico de las fuentes, sino praxeológico. Son producto competitivo. La gente va a utilizar lo que le resulte más beneficioso. No sé si las metáforas geométricas sean las mejores para ilustrar el problema, pero tal vez sea mejor pasar de la pirámide a la esfera normativa.

**JUEZ:** No me explico cómo se puede aceptar que el derecho no existe con prescindencia de las personas. Se trata de un ordenamiento exterior y no interior de los individuos. *Savigny* pensaba que era algo así como “el espíritu del pueblo”. Pero veo de sus reflexiones que concibe al derecho como algo puramente subjetivo sin virtualidad propia. La existencia de capacidades coactivas y coercitivas debería ser suficiente para acreditar al derecho como exterior y aún superior a la voluntad humana.



**PROFESOR:** Para advertir el carácter subjetivo del derecho tal vez sea importante destacar que, desde el punto de vista económico, el derecho es un bien de capital. Esto lo hace de una naturaleza económica igual a un martillo o una máquina cualquiera. Siendo exterior a las personas que lo utilizan –como producto praxeológico que es– cada uno debe incorporarlo a su patrimonio obedeciéndolo. Para ello, se sirve de las distintas fuentes: si el derecho legalmente generado tiene un costo que excede su beneficio, se desplaza a la costumbre o viceversa. Luego, la decisión de qué fuente del derecho utilizar no depende ni del juez ni de la autoridad, sino del ciudadano que se sirve de una de ellas en función de su propia escala valorativa.

**JUEZ:** No toda infracción legal puede considerarse como fundamento de una norma consuetudinaria. Para que un uso se convierta en costumbre, además de ser observado, tiene que ser socialmente deseable. Por eso los clásicos dicen que para que haya costumbre debe haber inveterada *consuetudo* y *opinio necessitatis*. Esto es, un elemento subjetivo compuesto por el uso dilatado en el tiempo y un elemento objetivo constituido por el reconocimiento espontáneo de su validez.

**PROFESOR:** Los civilistas tienden a pensar que la ley es la fuente del derecho predominante y reconocen la costumbre *secundum legem*. Los comercialistas – de criterio usualmente más práctico– agregan la costumbre *praeter legem*, pues no existiendo ley aplicable, les resulta evidente que las mores de los comerciantes son jurígenas. A la costumbre *contra legem*, lamentablemente no se le toma en cuenta. No fue así en la antigüedad. El derecho romano y el romanista admitían la costumbre *contra legem* como válida. También al desuso, al punto de reconocer el *desuetudo* como una forma de derogación de la ley. Desde el punto de vista económico, creo que resultan innegables los efectos jurígenos de la costumbre *contra legem*. Aunque no encuentro objeción tampoco con el *desuetudo*, creo que se trata de un problema distinto: simplemente deja de utilizarse una ley, probablemente también por un problema de costos y beneficios. Es la comúnmente denominada “letra muerta”. En el caso que motiva tu consulta lo que sucede, más bien, es que costumbre y ley compiten y el ciudadano puede escoger entre una y otra, de manera que aún estando vigente una ley, pueden las personas servirse de una costumbre que le sea completamente antagónica. No es que se derogue la ley por el desuso -como ocurre en el *desuetudo*-, sino que ley y costumbre *contra legem* son alternativas de las que las personas pueden servirse como fuentes del derecho de acuerdo con las circunstancias. Eso es exactamente lo que sucede en el caso que me consultas: consuetudinariamente

un vasto sector de la población se sirve de normas que contradicen aquellas definidas positivamente.

**JUEZ:** Entonces, tendremos un país en el que unas personas se regirán por unas reglas, mientras que otras se rigen por las contrarias. Un caos. ¿Cómo resolver semejante conflicto de leyes, en sentido material?

**PROFESOR:** No es un caos, es un orden sencillamente diferente del que has estado imaginando. No hay conflicto de normas alguno, porque la idea de que las fuentes del derecho son jerárquicas, alternativas y lógicamente no contradictorias -como he venido sosteniendo- es falaz. Las fuentes del derecho, por el contrario, son competitivas, simultáneas y praxeológicas. Recalco que siendo consecuencia de la cooperación voluntaria, el orden social es praxeológico. Deviene de la praxis, de la acción. Otra cosa es que los abogados quieran hacer que la realidad calce con sus deseos, en cuyo caso no estarán haciendo ciencia sino literatura. Mala literatura.

**JUEZ:** No creo que al principio quienes invadían terrenos para vivir en ellos hayan escogido entre una ley y la costumbre, sino entre obedecer la ley o no obedecerla. La costumbre debe haberse generado después para que otros, como los invasores de playas, hayan recurrido a ella.

**PROFESOR:** Efectivamente. La costumbre de suyo no existe siempre. Se forma con el tiempo. Supone una regularidad de comportamiento social. Es, en ese sentido, un producto histórico. Para que tal regularidad empiece a producirse se requiere que un determinado comportamiento adquiriera una cierta masa crítica que lo haga socialmente relevante. En cierto sentido hay también un proceso de aprendizaje en el cual, al emular la conducta precedente, quienes la siguen contribuyen al fortalecerla.

**JUEZ:** Estoy en lo cierto, entonces, al considerar al infractor original como actuando puramente en contra de la ley, en ausencia aún de la costumbre.

**PROFESOR:** Lo que el infractor original – como tú lo llamas – hace es comparar los costos y beneficios de cumplir la ley con la posibilidad de ser detectado y sancionado por ello. Si de la evaluación subjetiva de tales consideraciones resulta conveniente para esa persona, debemos esperar que infrinja la ley. Esto sucede en general en cualquier infractor: el delincuente, el contrabandista, el evasor de impuestos, quien se pasa una luz roja. *Gary Becker* mereció el Premio

Nóbel de Economía precisamente por estudiar estos procesos. Sin embargo, para que tal infracción sea jurígena – esto es, genere una costumbre en tanto fuente de derecho – se va a requerir de una masa crítica de personas que emulen tal conducta. Con un infractor no basta para generar costumbre. La infracción tiene que generalizarse.

**JUEZ:** ¿En particular, al momento de tomar la decisión de invadir y quebrantar la ley, los invasores están actuando justificadamente desde un punto de vista económico?

**PROFESOR:** Siendo subjetivos los valores, finalmente son también incognoscibles. Lo que tenemos a nuestro alcance son las decisiones. Debemos suponer que ellas son producto de una comparación de esos costos y beneficios. No quiero parecer utilitarista, pero un grueso sector de la doctrina económica además considera que quien maximiza la utilidad debe tener derecho a que se le asigne la titularidad de los bienes en disputa. En otras palabras, desde ese punto de vista, es eficiente asignar los recursos a las partes que les atribuyan los usos más valiosos. En este caso en particular tendríamos de un lado a los propietarios invadidos, que muchas veces podrían haber tenido los predios en abandono o por lo menos sin utilización inmediata y, de otro, a los invasores dándoles con su presencia en ellos una utilización inmediata. Así sería posible sostener que la invasión es eficiente económicamente y que todo el proceso que, empezando por los infractores originales, da lugar a aparición de una costumbre *contra legem* como fuente de derecho en materia de principio de accesión ha cumplido con el propósito económico de maximizar la utilidad.

**JUEZ:** A mí me parece que si se aceptara esa postura se estaría actuando con una ceguera total, ya que se estaría diciendo que la invasión es más eficiente que la propiedad, quitándole toda seguridad al sistema de derechos reales a largo plazo.

**PROFESOR:** Y tienes toda la razón, por lo que hice la salvedad que se trataba de una postura utilitarista con la que no estaba necesariamente de acuerdo. Es verdad que en cierto sentido el invasor maximiza utilidad frente al propietario que tiene abandonado un terreno, por ejemplo. Pero el problema es que los valores económicos cambian en el tiempo. Puede ser que al momento de invadir resulte maximizándose la utilidad inmediata de un terreno de propiedad privada o pública abandonado, pero como nadie sabe a largo plazo cuál será el valor futuro del recurso, no puede haber seguridad alguna de que esa maximización

efectivamente tenga lugar. Al final eso se expresa en una evidencia: en Lima miles de hectáreas de cultivo valioso se han convertido en asentamientos humanos. Es verdad que sobre ellos hay viviendas que algunos valoran en más de doce mil millones de dólares, pero a cuánto podría haber ascendido la producción agrícola de esos terrenos en el mismo período. Nadie lo sabe a ciencia cierta, aunque sería interesante poderlo determinar.

**JUEZ:** A mí me parece que en su análisis falta el elemento político. La gente invade porque es políticamente posible. La redistribución es bien vista por los distintos grupos políticos, especialmente debido a la ética cristiana de nuestra sociedad, por lo que no se hace enojoso apoyar iniciativas tales como la toma de tierras.

**PROFESOR:** La política no está ajena para nada de la decisión. Existen, por lo menos, dos formas en que probablemente ella afecta el proceso. En primer lugar, los valores políticos forman parte –como todos los demás valores– de la estructura subjetiva de costos y beneficios. Son un elemento más a tomar en cuenta al momento de decidir si se obedece o no determinada legislación. Si por ejemplo, se sabe que un gobierno será particularmente represivo, las personas serán seguramente menos propensas a infringir la ley. Si se sabe, que es un gobierno débil, los incentivos crecerán en sentido contrario. En segundo lugar, la política misma tiene una lógica económica. Además del mercado económico existe el mercado político. Los partidos son equivalentes a las empresas; los electores, a los consumidores. Cada uno trata de maximizar su beneficio. Aquéllos, poder; éstos, redistribución. Sucede que, a diferencia del mercado económico, en el mercado político lo que se intercambia no son bienes privados sino bienes públicos y esto produce estrategias y conductas acordes con estas características. Siendo que los políticos quieren administrar el poder, pueden ser permisivos con ciertas conductas que consideren benignas, como la redistribución. No por altruistas, sino porque esperan atraer de una forma respaldo para sus posiciones. De qué otra forma explicar, si no, que puedas encontrar pueblos jóvenes que se denominan sucesivamente Clorinda Málaga de Prado, María Delgado de Odría, Lucila Belaunde de Cruchaga, Consuelo Gonzales de Velasco, Rosa Pedraglio de Morales Bermúdez, Violeta Correa de Belaunde, Pilar Nores de García, Susana Higuchi y Elianne Karp de Toledo.

**JUEZ:** Encuentro altamente oportunistas esas conductas, tanto de los invasores como de los políticos.

**PROFESOR:** Son oportunistas y, gracias a ello precisamente, racionales. Implícito se encuentra un cálculo de costo y beneficio a valores subjetivos que explica la forma en que termina desarrollándose el sistema.

**JUEZ:** Entiendo que la gente tenga conductas oportunistas pero ellas son siempre opuestas a la noción de justicia a la que se ajusta el derecho. Además, me parece francamente irreal la idea de ciudadanos que estén calculando todo el tiempo sus costos y beneficios para tomar decisiones. Nadie camina con calculadoras por la calle sumando y restando. La gente actúa con naturalidad.

**PROFESOR:** Nadie ha dicho que el cálculo económico se produce con sumas y restas. Es un proceso psicológico más que una operación matemática. La gente actúa sobre la base de lo que cree que le va a costar su decisión, en comparación a lo que cree que le reportará. No hay convicciones, sino opiniones. Se actúa en función de suposiciones, de creencias, de prejuicios, no de verdades formales ni seguridades materia de comprobación.

**JUEZ:** Racionales o irracionales, como magistrados tenemos la obligación de impartir justicia.

**PROFESOR:** Discrepo. Los jueces sólo pueden evitar la injusticia. La justicia no existe. Bastiat, decía que en la realidad sólo había injusticia, que las personas debían evitar o, cuando menos reducir. Como juez es poco lo que puedes hacer. Confórmate con disminuir en todo lo que se te sea posible las situaciones injustas. Es suficiente.

**JUEZ:** ¿Debo sentenciar, entonces, a favor de la señora que construyó en terreno ajeno?.

**PROFESOR:** No lo sé. No soy juez. Lo que creo, es que debes analizar la fuente del derecho predominante y tratar de resolver el caso en consecuencia. No tengo otro consejo que darte.

**JUEZ:** Pensaba que a través de un juicio era posible devolverle paz social a una comunidad resolviendo conflictos humanamente sensibles...

**PROFESOR:** Un juicio es sólo un mecanismo sustitutivo del mercado para determinar la asignación de los recursos. Ahí donde el mercado ha sido incapaz

de determinar quien debe recibir una titularidad sobre ellos, el juicio se convierte en una alternativa para resolver esa asignación. Por eso se dice en la teoría económica que, siendo el principio de maximización de utilidad la guía racional del mercado, tenderá a ganar un juicio la parte que le asigne el mayor valor a los bienes en disputa. En el mercado eso se decide mediante el mecanismo de los precios. En un juicio, mediante sentencias. Ésa es la lógica económica implícita en la decisión judicial.

**JUEZ:** Pensaba que las cosas eran particularmente complejas en el Código Civil, pero creo que en la realidad son aún peor. Además de verse perjudicado por el principio de accesión ¿sabía usted profesor que el derecho establece que quien construye de mala fe debe también los frutos, aun así no los hubiera percibido?.

**PROFESOR:** Debe sobre un sueño, entonces. Dime, ¿le cobran también intereses?.

(RISAS)

---

<sup>1</sup> Para Lucas y Alfredo, *more* platónico.