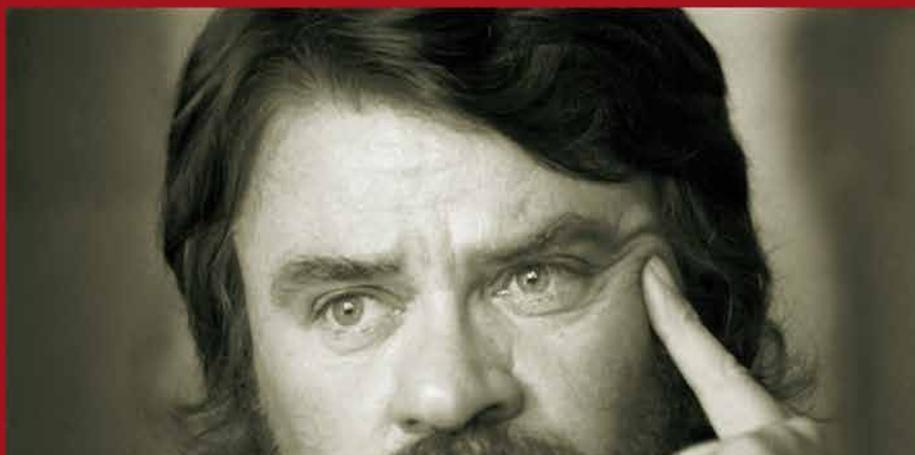


HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA



Capítulo 4

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Carlos A. Soto Coaguila
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-888-3

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

EL CAZADOR DEL ARCA PERDIDA

*Alfredo Bullard González**

INDIANA JONES

Steven D. Levitt es quizás el economista más controvertido del mundo actual. Su mérito ha sido entender que la economía no tiene los límites que usualmente se le atribuyen y que, pensando al revés, se pueden ver aquellas cosas que son invisibles cuando se piensan al derecho. Levitt no tiene miedo a decir algo políticamente incorrecto. No teme formular con desenfado sus conclusiones, por más descabelladas que puedan sonar para el no iniciado en la «nueva ciencia» que ha redescubierto. Sus armas son la observación, el realismo, el humor, la simpleza, una inteligencia particular, sumada a una capacidad infinita para el pensamiento paralelo y creativo, una fácil forma de explicar lo que parece difícil, y sobre todo, un espíritu aventurero a toda prueba.

Este afán de aventura lo hace desafiar los peligros del pensamiento convencional, de la tradición, de lo formalmente aceptado. No teme a la burla o al escarnio público. Los enfrenta con una sonrisa burlesca y sin duda, cuando escribe sus trabajos, lo hace con toda la intención de generar escándalo. Se siente con recursos para evadir y enfrentar cualquier golpe o emboscada, y su capacidad de improvisar le permite escapar de cualquier trampa intelectual con aire más que victorioso, dejando a su rival no solo derrotado, sino incluso en desairado ridículo. Al leerlo no se puede dejar de admirar su valor para decir lo que piensa de la manera como le provoca decirlo. No importa que suene a locura o irreverencia. Finalmente todo gran descubrimiento fue siempre acusado en sus inicios de locura o irreverencia. Valor, coraje, capacidad de improvisación, inteligencia,

* Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho por la Universidad de Yale, Estados Unidos. Profesor de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Bullard, Falla & Escurra Abogados.

habilidad, decisión, constancia, perspicacia, desenfado, gracia, meticulosidad y originalidad son parte de los recursos que este aventurero lleva siempre en su mochila intelectual.

¿Qué aventuras lo han hecho tan famoso? Levitt ha armado, usando economía inteligente, argumentos que explican cosas de lo más diversas e inimaginables. Ha explicado que la reducción del crimen en la década de 1980 en los Estados Unidos no puede entenderse como causada por mejoras en técnicas policíacas o reducción del desempleo, sino en la legalización del aborto entre dieciséis o veinte años antes, lo que explicaría el no nacimiento de potenciales delincuentes. Analiza cómo los padres escogen los nombres de sus hijos y qué relación tienen o no con el éxito en la vida. Descubre que tener libros en casa es más importante que leerlos a los niños o llevarlos a un museo, para generar hijos exitosos. Nos dice cómo los corredores de inmuebles redactan los avisos de venta de casas de manera distinta si el inmueble es de su propiedad o si es de un tercero que les ha encargado la venta, porque los incentivos cambian en una situación y en la otra. Su reflexión sobre cómo la asimetría de información es conscientemente generada por todos —los que nos portamos en distintos grados como mentirosos— explica una serie de decisiones equivocadas y ayuda a entender cómo Superman le dio serios golpes a la credibilidad del Ku Klux Klan a mediados del siglo XX. Descubre por qué los narcotraficantes en Estados Unidos siguen viviendo con sus madres. Sugiere por qué el voto por Internet, dirigido a facilitar el voto de los suizos, terminó reduciendo el número de votantes. Explica lo absurdo de distintas opciones para controlar los excrementos de mascotas en las calles de Nueva York. Descubre que la explicación económica de extraños resultados en los campeonatos de sumo en el Japón está en la corrupción oculta y la «cartelización» entre los luchadores. Demuestra que tener una piscina en casa es cien veces más peligroso para los niños que tener una pistola. Desenmascara a los profesores que hacían trampa para que sus alumnos salieran mejor evaluados y así ellos mejoraran su prestigio. Su lista de aventuras intelectuales es mucho más larga y está siempre caracterizada por conclusiones inesperadas¹.

Lo que hace Levitt es tomar cualquier problema y mirarlo de cabeza. Curiosamente suele encontrar que la explicación más simple imaginable suele ser la correcta. Para ello debe desembarcar de su mente el pánico que solemos tener a desafiar lo establecido. Se ha dicho que leer el trabajo de Levitt es como ver a varios científicos tratando de descubrir porqué no funciona una compleja máquina,

¹ Las más importantes pueden encontrarse en LEVITT y DUBNER (2006) o en la página web <www.freakonomics.com>.

haciendo cálculos y exámenes sofisticados; de pronto viene Levitt y en una sola frase resuelve el problema advirtiéndole que alguien se olvidó de enchufarla.

Las habilidades y el perfil de Levitt le han valido que el *Wall Street Journal* lo haya calificado como el Indiana Jones de la Economía.

La identificación de Levitt con Indiana Jones no puede ser más acertada. Para los no aficionados al cine de aventura, Indiana Jones es el personaje central de una célebre trilogía cinematográfica iniciada por Steven Spielberg y George Lucas en la década de 1980. Indiana Jones (cuyo verdadero nombre es Henry Jones Jr.) es un arqueólogo muy reconocido que tiene una perspectiva particular del trabajo de campo. Lejos de limitarse a dictar clases en la universidad y realizar excavaciones en sitios arqueológicos con una escobilla y una espátula en mano, se pasea por el mundo buscando los objetos históricos más extraordinarios que nadie ha podido jamás encontrar. Los objetos que busca suelen tener características especiales que no solo le dan valor histórico, sino que son ambicionados por villanos y delincuentes —que incluyen hasta el mismísimo Hitler— debido a los extraordinarios poderes que poseen. Un arqueólogo tradicional jamás podría encontrarlos y rescatarlos, pues la ciencia arqueológica convencional carece de las herramientas para lograrlo.

Como el descubrimiento de las grandes verdades exige un espíritu indomable de aventura, Indiana Jones reemplaza su escobilla y su espátula por un látigo, una pistola, una casaca de cuero y un viejo sombrero; no tiene temor de enfrentar los peligros más diversos para encontrar la verdad. Siempre se las ingenia para ser más audaz que sus rivales y para evadir y escapar de todas las trampas y emboscadas que le ponen por delante.

Sus aventuras se centran en descubrir y rescatar objetos tan buscados y virtualmente esotéricos como el Arca de la Alianza, que contiene la tabla de los Diez Mandamientos; o el mismísimo Santo Grial, la copa que contuvo la sangre de Cristo en la Última Cena, y que concede a quien bebe de ella la inmortalidad.

No importan las peripecias que tenga que realizar o los riesgos que tenga que enfrentar. Al final de la aventura obtiene lo que quiere, derrota a los villanos y nunca pierde el sombrero, que permanece siempre sobre su cabeza como si nada hubiera pasado. No solo triunfa, sino que triunfa con elegancia y con una sonrisa burlona dibujada en el rostro.

La primera vez que me topé con los trabajos de Levitt sentí de inmediato, al lado de esa sensación de aventura cinematográfica, que ya había leído cosas similares antes. Pero me quedó claro que no había leído a Levitt anteriormente. No me costó mucho descubrir que su estilo y forma de enfrentar las cosas se parecía mucho a la de Fernando de Trazegnies. Los temas eran distintos, el método era diferente, pero la actitud aventurera frente al reto intelectual es la misma.

Todo lo que dije sobre Levitt podría aplicarse a Fernando. Comparten el gusto por meterse en el tema que nadie se ha metido, por buscar donde nadie ha hurgado antes y, si alguien lo hizo, buscan la forma de que su aproximación sea totalmente diferente. Reconocen que su campo de conocimiento —en Levitt la Economía y en de Trazegnies el Derecho— es mucho más poderoso que los límites que el pensamiento dogmático y tradicional han tratado de ponerle. Ambos hablan y escriben con desenfado, sin temor a la respuesta. Más bien diría imaginando de antemano, sarcásticamente, cómo será esta, teniendo ya en mente cómo replicarán la crítica que adivinan a la perfección de dónde vendrá y qué palabras y argumentos usarán. No escogen el camino usual. No le temen a la trampa que anticipan les pondrán, y tienen la confianza de superar lo que no pudieron anticipar gracias a su espontaneidad y creatividad.

Usan el sentido del humor como arma, y la metáfora o el ejemplo inesperado y poco convencional como un látigo fulminante que descoloca a su rival y lo deja sin recursos. Y nunca pierden el sombrero, el que mantienen elegantemente sobre la cabeza, como símbolo de que ser poco convencional no significa perder los papeles.

No puedo dejar de confesar que cuando leí la calificación de Levitt como el Indiana Jones de la Economía, me pareció que tal calificación también le venía a pelo a Fernando de Trazegnies en el derecho peruano.

Nadie como él ha asumido el derecho de una manera tan aventurera. Nadie ha explorado territorios tan inhóspitos e inexplorados con tanto éxito, para encontrar lo que buscaba y rescatar tesoros de valor insospechado. No es de extrañar que su faceta de historiador del derecho sea quizás una de las más destacadas y sorprendentes. En eso Fernando es un arqueólogo poco convencional. Y al descubrir algo lo revive y convierte en algo nuevo. Fernando no solo descubre lo que busca, sino que nos muestra sus poderes y descifra esas claves que desatan todo el potencial de lo que acaba de descubrir.

Basta recordar algunas de sus aventuras para ver que su variedad y profundidad no tienen nada que envidiar a las de Levitt. Su descubrimiento del expediente perdido en los archivos de Cajamarca del caso del español que inició un juicio para obtener la compra de su esposa esclava, usando la estrategia legal más inimaginable, no solo nos trajo un caso de nuestro pasado, nos trajo a *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor*², una historia de belleza histórica, jurídica y humana extraordinarias convertida, gracias al espíritu aventurero de Fernando, en una explicación asombrosamente reveladora de cómo pensaban, pensamos y quizá sigamos pensando los abogados al diseñar nuestras estrategias. Ciriaco Urtecho,

² DE TRAZEGNIES (1981).

inicialmente condenado por la inercia, la dejadez y el polvo de los archivos a un anonimato lamentable para todos, incluida su propia memoria, fue rescatado para trocar el anonimato en significado trascendente y, por qué no, en emoción de lector sorprendido y admirado por la riqueza de su historia.

La increíble historia de Kin-Fo el inmigrante chino, que es a la vez ficción y realidad, es otro ejemplo maravilloso de la capacidad de convertir el conocimiento en aventura, recogida en *El país de las colinas de arena*³. Fernando convirtió a Kin-Fo en el depositario de miles de vidas chinas que dejaron su remoto país para venir al Perú. Ellas experimentaron esperanza, frustración, tortura, maltratos, humillaciones, esclavitudes, alegrías y lamentos, mostrando nuevamente la capacidad del autor para convertir sus hallazgos en algo totalmente nuevo y distinto. Fernando convirtió su investigación sobre la inmigración china en una obra de dos tomos. El primero es una novela con una calidad narrativa y literaria envidiable. El segundo tomo es un análisis histórico-jurídico que linda con lo filosófico, lo antropológico y lo sociológico. El personaje principal se convirtió así no solo en un personaje de la literatura. Es un personaje con un contenido intelectual y académicamente rico, que recoge en sus pensamientos y en sus palabras toda una clave de explicaciones conceptuales importantes, que son reveladas al lector sin que este siquiera se dé cuenta de todo lo que está aprendiendo.

Kin-Fo es de ficción, porque tal como se lo describe —en una sola vida no hubo tantas vivencias— no existió. Pero también es un personaje histórico: cada parte de su vida fue tomada de experiencias reales, de datos documentados, de vidas que padecieron y disfrutaron lo que él vivió. En Kin-Fo está depositada toda la historia de la inmigración china en el Perú, con una sutileza y capacidad narrativa que convierten la historia en algo más que literatura. Y es además un personaje jurídico. No sé si Kin-Fo toma como excusa el derecho o el derecho toma como excusa a Kin-Fo para explicarse. Pero lo cierto es que todos los Kin-Fo —el literario, el histórico y el jurídico— son inseparables, son uno solo y muchos a la vez.

Pero la arqueología trazegniana no se limita a sus trabajos históricos. Sus aventuras se han internado en cavernas más agrestes, más transitadas, aunque muchas veces con un tráfico irrelevante o sin significado. Son cavernas llenas de ídolos con rostros amenazantes y trampas inesperadas como las que aparecen en las películas de Indiana Jones, ocultando tesoros bajo las apariencias más comunes imaginables. Y lo difícil es que han permanecido allí, esperando ser desafiadas

³ DE TRAZEGNIES (1994). El nombre de Kin-Fo es tomado por de Trazegnies de otro autor igualmente aventurero, desenfadado e innovador como Julio Verne. Kin-Fo es el protagonista de la novela *Las tribulaciones de un chino en China*, de ese autor.

por siglos, listas a resistirse a ser profanadas y modificadas. El pensamiento tradicional se parece a esos templos polvorientos, cubiertos de vegetación y telarañas desordenadas, generados por la complicidad de la inercia atrapada en el tiempo, con el poco tránsito de cosas nuevas. Ocultan lo inmóvil. Lo que pretenden, en desafío abierto a la realidad, es convertirse en perpetuas. Amenazan con dardos envenenados, rocas que persiguen a los invasores, o paredes y techos que se cierran sobre los visitantes una vez que estos quedan sellados en su interior. En síntesis, persiguen y amenazan a todo el que pretenda cambiar el statu quo.

Como historiador del derecho, Fernando se enfrentó a retos menos complicados. Si bien la historia influye en nuestra concepción de presente y nuestra visión de futuro, siempre resulta menos invasiva y retardadora del orden establecido que las ideas que directamente pretenden cambiar lo que ya existe. Nada más inercialmente amenazador que el derecho tradicional que se siente presente, que se asume como futuro y se niega a reconocerse a sí mismo como pasado.

Afortunadamente para el Perú, pero lamentablemente para el autor de este trabajo, las aventuras de este tipo de Fernando de Trazegnies son incontables y, a diferencia de Indiana Jones, no darían para una trilogía sino para toda una serial de esas que mi padre veía en los cines de barrio todas las matinés y que parecían no acabar nunca, como *Flash Gordon* o *Las aventuras de Paulina*.

Fernando suele meterse donde no lo han invitado, tocando esos temas que nadie ve o que nadie ve de la manera como él los ve. Es, a fin de cuentas, un profanador de templos antiguos y vetustos, candados a la vez desafiantes al intruso. Y que ocultan, tras telarañas, polvos y trampas, riquezas inimaginables. Su recorrido aventurero incluye temas tan diversos como la propia idea de derecho en el Perú republicano del siglo XIX, el pluralismo jurídico, la modernidad, la enseñanza del derecho, el análisis económico del derecho, la responsabilidad civil, los contratos, la propiedad, el derecho ambiental, la informática jurídica, la esclavitud, la relación entre el derecho y la violencia, el derecho internacional, el arbitraje, el derecho de familia, el derecho societario, la filosofía del derecho, la pena de muerte y muchos más, sin contar toda su producción literaria, no necesariamente vinculada al derecho.

Los límites de espacio me obligan a centrarme en tres episodios, que serán tratados con inmerecida superficialidad. Pero el espacio no da para más. Más que una trilogía de películas nos limitaremos a hacer una breve sinopsis que invite al espectador a ver la película, y si ya la vio, a volverla a esperar visitando lo conocido para descubrir lo que pasó inadvertido la primera vez. Construiremos, como en el caso de Indiana Jones, una modesta trilogía de sinopsis.

Los tres episodios sobre Fernando de Trazegnies son su visión de la propiedad, su teoría de la interpretación y su propuesta de modificación del sistema de responsabilidad civil extracontractual.

La elección de estos tres episodios puede considerarse arbitraria o no según la perspectiva que se tome. La verdad es que se trata de partes del trabajo de Fernando que, por su influencia en mi forma de pensar o por el grato recuerdo que me traen de la primera vez que leí sus trabajos —sensación similar a recordar una buena película de aventuras, solo que con un contenido intelectual más rico y gratificante—, creo que merecen quedar recogidas en este comentario. Es una elección arbitraria en el sentido que no puedo dar ninguna razón objetiva que justifique su elección. Es arbitraria en el sentido que me viene a la mente, por razones subjetivas que no puedo explicar claramente, apenas pienso en el trabajo académico de Fernando.

LOS CAZADORES DEL ARCA PERDIDA: REDESCUBRIENDO LA PROPIEDAD

La primera película de la trilogía de Indiana Jones fue *Los cazadores del arca perdida*. La trama gira en torno a la búsqueda del Arca de la Alianza, es decir, del arca en la que los israelitas guardaron las tablas que contenían los Diez Mandamientos que Dios había entregado a Moisés.

El arca, que había sido objeto de culto durante siglos por parte del pueblo de Israel, se había perdido en tiempos bíblicos. Según la leyenda relatada en la película, al abrirla —en una curiosa fusión con la caja de Pandora— se desataría un poder incontrolable que destruiría lo que se le pusiera en su camino. Ello despierta el interés de los nazis en plena guerra mundial para encontrar el arca, pues la veían como un arma muy poderosa. En paralelo, Indiana Jones intenta encontrarla para fines más loables, dignos de su condición de arqueólogo, ponerla en un museo, y de paso evitar que se destruya el mundo.

La propiedad ha sido siempre entendida como una suerte de Arca de la Alianza. A su existencia algunos han atribuido la organización social moderna, convirtiéndola en la base sobre la que se sustenta toda la economía. Para otros, en cambio, la propiedad es una suerte de maldición generadora de conflictos sociales imposibles de resolver, y que conduce inevitablemente a expropiaciones, reformas agrarias o limitaciones en atención al interés social. Es así que para un grupo, la propiedad es el contenido de la alianza entre el derecho y la vida social. Para otros el abrir el arca nos conduce a la destrucción de las bases de toda convivencia colectiva razonable, por el fomento al individualismo y del supuesto egoísmo que son asumidos como implícitos.

A pesar de este debate producido con acidez y fuerza en campos como la economía o la sociología, el derecho ha mantenido un tímido cariz dogmático, en el que la propiedad era una de esas cosas con «naturaleza jurídica» sin forma definida más allá de la declaración formal que la ley hacía de su existencia. La propiedad era un arca que debíamos abrir para descubrir qué se encontraba realmente dentro de ella. Finalmente descubrir qué era, sin tocarla, era como hacer una autopsia usando solo un libro de anatomía y sin habernos acercado nunca al cuerpo a ser examinado. Pura teoría.

La década de 1970 fue especialmente dura y poco propicia para la propiedad. El gobierno militar había cuestionado sus bases mismas y la había avasallado, aplastado y olvidado. Acogiendo la perspectiva que la propiedad era la fuente de todos los males del país, el propio concepto fue relativizado con leyes de reforma agraria, comunidades industriales, uso acorde al interés social y normas sobre propiedad social. La propiedad liberal, la del Código Napoleónico, quedó perdida y el Arca de la Alianza virtualmente desapareció durante toda una década. Fue vista como una construcción meramente formal, sin contenido sustantivo, y trató de ser sustituida por conceptos aparentemente más realistas, sacados de las ideas socialistas imperantes.

A finales de esa década —y del gobierno militar—, en 1978, aparece un artículo de Fernando de Trazegnies titulado «La transformación del derecho de propiedad»⁴.

Me topé con el artículo diez años después de su publicación, a finales de 1980. Estaba preparando mi tesis para obtener el título de abogado, que luego publiqué como libro⁵. El trabajo trata de encontrar la base de la distinción entre los derechos reales y las obligaciones, distinción que había buscado infructuosamente en posiciones dogmáticas y conceptuales que poco o nada habían ayudado a la comprensión real del problema. La búsqueda de la distinción parecía un ejercicio de mera lógica, abstracto y poco vinculado a la realidad social en la que estos derechos se movían. Las discusiones entre quienes defendían una u otra posición se parecían a la situación de dos calvos peleando por un peine. Mucha discusión para «peinar» una peluca —la realidad— totalmente ausente.

La lectura del trabajo de Fernando salía de ese debate abstracto e inconducente. Mientras la mayoría se perdía en formalismos que buscaban explicar los derechos reales y la propiedad sobre la base de cosas tan inasibles como los poderes que la ley concedía, o una supuesta relación entre las personas y las cosas, de Trazegnies reclamaba con desenfado y un tono hasta burlón, que la propiedad era

⁴ DE TRAZEGNIES (1978).

⁵ BULLARD (1991).

ante todo una realidad histórica que evolucionaba y cambiaba con los tiempos. Vivía capturada más que en los conceptos, en el devenir histórico, pues para él la propiedad es «[...] una de las tantas formas históricas de regulación social, es decir, un sistema de derechos y obligaciones que varía con el tiempo, que adquiere diferentes significados concretos, y que no tiene otro sentido que el que los hombres de una determinada época quieren darle».

En ese sentido propone «[...] no discutir la propiedad como entidad metafísica y ahistórica sino definida en términos operativos, como una forma particular de organizar un tejido de poderes y deberes dentro de un contexto social específico».

[...] no es un concepto universal que sobrepasa la Historia sino un concepto histórico: la propiedad es lo que los hombres quieren que sea; y los hombres quieren cosas distintas según los tiempos. En esa forma la propiedad resulta una noción que recubre realidades muy dispares de organización de las conductas humanas en torno a ciertos objetos. Lo interesante, lo útil, es descubrir las características específicas de cada tejido de derechos y deberes al que se da el nombre de propiedad.

[...] Si queremos llegar a un concepto de propiedad que sea aplicable al derecho del hombre de las cavernas, sobre la parte del dinosaurio que le correspondió como resultado de la cacería, y que sea aplicable a la propiedad rentista del siglo XX sobre ciertos títulos valores; si queremos encontrar una definición de propiedad que comprenda igualmente a los bienes del señor feudal o al pescador melanesio y el activo de una empresa capitalista, nos veremos forzados a adelgazar mucho las ideas [para intentar llegar al] ser de la propiedad, hemos tenido que suprimir todas la determinaciones particulares de sus formas históricas; pero de esta manera nos encontramos con la Nada, es decir con ausencia de toda determinación⁶.

De Trazegnies nos lleva por nuevos caminos para entender la propiedad, nos conduce también a otra forma de ver el derecho mismo, más realista, más funcional, que pone las cosas en su verdadera dimensión, y deja las discusiones de cómo es la propiedad entre teorías dogmáticas, como el ejemplo aquel de quien no se da cuenta de que la máquina no funciona simplemente porque esta desenchufada.

Así el primer paso para encontrar el Arca de la Alianza es desmitificarla, es visualizarla no como algo divino, sino como algo real, que se puede tocar, ver y por tanto encontrar. El arca retoma así su dimensión humana y con ello la traemos al mundo de los hombres donde podemos encontrarla enterrada bajo algún misterioso templo. El mito se convierte así en dato histórico, y al hacerlo el arqueólogo la pone por fin al alcance de su mano:

⁶ DE TRAZEGNIES (1978: 76-78).

Personalmente debo confesar que tengo temor a las ‘bellas palabras’; a menudo nos hacen olvidar la belleza misma. Cuando una institución humana, creada por el hombre para el servicio del hombre, comienza a escribir su nombre con letras de molde, cuando una institución humana cristaliza, se abstrae de la historia que le dio origen y pretende ser un valor universal, entonces hay algo que se quiebra y que se pierde: nuestra capacidad de inventiva y de respuesta frente a situaciones nuevas. Este valor prendidamente universal, lejos de facilitarnos la realización de nuestra humanidad, nos dificulta los movimientos, nos ata a una Arcadia que quedó en el pasado o a una Tierra Prometida que nunca dejará de permanecer en el futuro. Y ello nos impide encontrar nuestro camino en el presente, organizar nuestra vida en la mejor forma posible con los medios que tenemos a nuestro alcance, sin sentirnos que traicionamos un ideal del pasado ni una fe del futuro. [...] Por eso, creo que es importante recordar, invirtiendo una frase célebre, que las instituciones jurídicas pasan y son los hombres los que quedan⁷.

Las frases de de Trazegnies, además de su belleza literaria, ponen al Arca de la Alianza en ese contexto no mítico que la convierte en un objeto que puede encontrarse en una excavación, debajo del polvo, y no en el cielo de los conceptos. Nos propone una propiedad ni mítica ni utópica, sino antropológica, real, distinta, cambiante. Nos plantea liberar al jurista y al hombre de derecho de las cadenas conceptuales que lo atan a sinrazones aparentemente racionales, pero que no son otra cosa que espantapájaros ordenados en un campo para asustar al incauto para que no se acerque a la verdad, pero que no tienen nada de vida, de esa vida que el derecho necesita para resolver el problema de los hombres.

El Arca de la Alianza nos ofrece, como concepto, una Tierra Prometida en una promesa trunca. Pero como realidad histórica nos brinda el camino para descubrirnos a nosotros mismos, entender nuestro pasado y poder predecir nuestro futuro. La propiedad es tan humana como el hombre mismo. No es un concepto bueno o malo en sí mismo. Será buena o mala según sean las ideas que los hombres tengan para ponerla en práctica.

De Trazegnies entonces nos pasea por su trabajo a través de todo el sendero recorrido por el Arca de la Alianza. Ve su evolución, sus grandes hitos, en los que destaca la codificación napoleónica radicalmente distinta a la propiedad medieval, que comprende no solo la titularidad del señor feudal sobre la tierra, sino también sobre la virginidad de las mujeres que la ocupaban. Y nos relata cómo se desmaterializa la propiedad para crear formas más abstractas como las acciones o los títulos valores. La propiedad se desmantela para volverse a ensamblar bajo formas nuevas, como un juego de lego en el que no solo combinamos las piezas de distinta manera, sino que las propias piezas se cambian y reforman a sí mismas.

⁷ DE TRAZEGNIES (1978: 104).

Para quien haya leído mi tesis no será un secreto el tremendo impacto que estas ideas tuvieron en mi forma de pensar. De Trazegnies abrió un camino funcionalista, a partir del cual la arqueología jurídica deja de ser quiromancia o astrología para convertirse en historia real, contable y verificable.

Decimos funcionalista porque de Trazegnies es quizás el primer jurista peruano, sin duda el más exitoso, y el que mejor ha logrado mostrarnos a las instituciones jurídicas en el contexto de su función social. Su aproximación histórica no es sino una aproximación que fusiona un realismo muy norteamericano con un neoinstitucionalismo, similar al que le valió a Douglas North el Premio Nobel de Economía hace poco más de una década, solo que una década antes que la ideas neointitucionalistas se pusieran de moda.

Y ello es quizás lo que más llama la atención: cuando descubrí el artículo de Fernando, ya tenía diez años de haber sido escrito. Y sonaba novedoso. Quizá lo más asombroso es el contexto histórico en el que fue escrito. A finales de 1970 nadie imaginaba la propiedad en el contexto que se descubre en su trabajo. Su trabajo es ahistórico, no en el sentido de alejarse de la historia, sino que se adelanta a su tiempo. Por eso su funcionalismo resulta tan atractivo para quienes luego cultivamos el análisis económico del derecho. Fernando de Trazegnies reclamó realismo mucho antes que la realidad estuviera en la agenda de los juristas peruanos.

Lo que «La transformación del derecho de propiedad» muestra no es solo un concepto distinto de una institución jurídica. Es una nueva forma de pensar en el derecho peruano. Muestra un Arca de la Alianza palpable, que lejos de prometer una Tierra Prometida, es ella misma la Tierra Prometida.

Fernando se convierte así, en el primer realista jurídico en el Perú, en el primer neoinstitucionalista, en el primer funcionalista. Es el primer aventurero que en lugar de buscar el Arca de la Alianza sobre nuestras cabezas, en el paraíso de los conceptos jurídicos, la buscó sepultada bajo nuestros pies, en el polvo de la realidad donde la dogmática la había enterrado con la esperanza que nunca la encontraríamos.

EL TEMPLO DE LA PERDICIÓN: LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

En la segunda película de la trilogía de Indiana Jones, todo gira en torno a tres piedras que tienen la capacidad de conceder a su poseedor un tremendo poder. Para ello, una de las piedras es sustraída de un pequeño pueblo, y al hacerlo genera hambruna y desesperación. Da el poder de esclavizar a las personas e incluso sacarles el corazón para supuestamente concederles más poder. Indiana Jones, quien casualmente llega al pueblo, emprende la aventura de recuperar las

pedras y devolver la robada a su pueblo original. Para ello se interna en el Templo de la Perdición, donde el que entra es privado de discernimiento y convertido en esclavo de un orden dictatorial cuasi religioso.

Fernando emprende una aventura similar cuando denuncia el poder de la interpretación y sobre todo la capacidad para alejar el derecho de la realidad. Así, en «La muerte del legislador»⁸, Fernando enfrenta a las huestes positivistas que pretenden maniatar al intérprete y sujetarlo a la dictadura de la ley. El positivismo que denuncia de Trazegnies pretende construir un templo en el que la ley se vuelve una entelequia sobrenatural que condena la libertad de interpretación como un pecado. Se enfrenta a lo que denomina «positivismo pop», que ha convertido la labor interpretativa en un mecanismo para esclavizar a los seres humanos al texto frío e irreflexivo de la ley. Ese positivismo pretende «sacarle el corazón» al operador del derecho al negarle la herramienta más creativa que tiene: la propia interpretación. Denuncia justamente al legislador que rinde culto a ese «positivismo pop» y que pretende matar al intérprete.

En contraposición de Trazegnies condena al legislador a la pena de muerte, sosteniendo que una vez acabada la labor de legislar, la ley toma vida propia, para redefinirse en la nueva vida que le da el intérprete. Citando a Roland Barthes, hace un paralelo entre el autor de un texto literario y el autor de una ley, y nos dice que «el autor debería morir después de haber escrito su obra para allanar el camino al texto»⁹.

Nuevamente, de Trazegnies no puede dejar de lado su vocación literaria y nos regala una hermosa analogía entre legislar y escribir literatura, pero revalorizando el acto creativo del lector para recrear la obra equiparándola al acto creativo del intérprete al recrear la ley.

«La muerte del legislador» es otra de las creaciones de Fernando que han tenido un importante impacto en mi forma de pensar. Un texto fresco y renovador, contestatario a la forma ordinaria de pensar, con una metáfora hermosa y un razonamiento jurídico marcado por un pensamiento filosófico que revaloriza la capacidad del individuo frente al derecho. Una propuesta desenfadada que convierte a la ley en instrumento y al individuo en fin.

La primera vez que leí ese texto, hace ya como diez años, comprendí mejor mi rol de abogado. Entendí que no estamos solo para aplicar leyes, sino para recrearlas. Y comprendí que nuestro rol principal no es conocer la ley sino interpretarla.

⁸ DE TRAZEGNIES (1995). Véase el texto completo en <www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/89/art19.htm>.

⁹ DE TRAZEGNIES (1995: 1).

No puedo dejar de reconocer un tono libertario en «La muerte del legislador». El trabajo destila afán de libertad, de revolución liberal, de emancipación de la ley, no como orden necesario para la convivencia, sino como límite irracional a nuestra libertad. A fin de cuentas, la ley es una de las formas como el Estado nos somete a su voluntad, aprovechándose del miedo que los hombres a veces tienen de alejarse de su regazo y que colocan como objetivo una seguridad jurídica inmóvil, de museo de cera, cuando la verdadera seguridad proviene de la capacidad del sistema de responder a las exigencias de la realidad. El operador jurídico medroso, al temer alejarse de la ley, le teme a fin de cuentas a su propia creatividad:

Hay personas que tienen miedo de la creatividad y que quisieran actuar siempre de manera regular y segura. Para ellas se hace indispensable garantizar la verdad del derecho, sea a través de procedimientos rígidos de interpretación que quisieran tomar prestado su rigor de las matemáticas, sea a través de garantes que pueden ser la tradición, el derecho romano, la razón o incluso Dios. En lugar de crecer y asumir la plena responsabilidad de inventar su vida, esas personas preferirán estar protegidos como los niños, por reglas claras, tener siempre un gran papá que pensara y legislara por ellos. Y ese papá puede ser Dios, puede ser el legislador o ciertos autores cuya palabra tiene autoridad ex cátedra porque están irrefutablemente imbuidos del espíritu del derecho; incluso ese gran papá puede ser el consenso popular idealizado y antropomorfizado.

Una filosofía dinámica del derecho, como la que quiero proponer aquí, tiene por eso que alzarse irrespetuosamente contra todos los valores establecidos y contra todas las autoridades paternas, para recuperar la libertad, la originalidad, la capacidad de creación y, consecuentemente, la plena responsabilidad de sus planteamientos. El jurista no puede ser servidor sumiso del legislador o de la escuela o de la doctrina aceptada, sino que tiene que asumir el papel de héroe trágico y proseguir bajo su propio riesgo, la tarea de creación permanente del derecho¹⁰.

Se recoge así el ideal liberal de libertad con responsabilidad. Fernando convierte la interpretación en un mecanismo de liberación efectiva, de poner la ley al servicio de la realidad y no la realidad al servicio de la ley. Finalmente la ley no es sino un instrumento de convivencia social, y la convivencia social requiere flexibilidad para adaptarse al día a día, para aceptar el cambio, y sobre todo para cambiar el derecho más rápidamente de lo que el legislador puede cambiar la ley. Como dice de Trazegnies «El derecho [...] no es un ser sino un devenir, no es algo hecho sino algo haciéndose permanentemente; y eso implica que es algo deshaciéndose permanentemente»¹¹. En esa línea

¹⁰ DE TRAZEGNIES (1995: 13-14).

¹¹ DE TRAZEGNIES (1995: 15).

[...] la interpretación parece constituir un fenómeno medular porque es el acto a través del cual el derecho se hace carne, toma la forma de comportamiento efectivo, autorizado o prohibido. [...] La interpretación es así la inserción del derecho en la vida, el paso de un derecho nominal a un verdadero derecho actuando dentro de la sociedad, el camino por el que una afirmación prospectiva —la ley— se convierte en una conducta efectiva. Colocarnos en la interpretación significa, entonces, situarnos en un eje, en una bisagra, en un puente que une lo ideal y lo real¹².

El artículo muestra así un espíritu de redención del operador del derecho, del juez, del árbitro o del abogado, y sobre todo del hombre común, sobre los barrotes fríos en los que los «positivistas pop» pretenden encerrarlo. El intérprete se diferencia del legislador que es Estado, que es una colectividad muchas veces inorgánica que solo representa un conglomerado de intereses no necesariamente coherente. El intérprete es un individuo, cuya voluntad creativa le da derecho a desafiar no la ley, sino la ‘leguleyada’. Como bien dice Fernando, no es aceptable la llamada «interpretación auténtica» que hace el legislador, como la única admisible. Por último las opiniones de los legisladores sobre la ley solo pueden ser consideradas como lecturas posibles¹³ de todo un universo más amplio que incluye el derecho a leer la ley de todos y cada uno de nosotros. «Por último la intención del legislador es solo un mito, que cumple una función de legitimación; y el ‘intencionalismo’ —esto es la interpretación según la intención del legislador— es una falacia. Con la argucia de ampararse en la intención del legislador es posible pasar las propias intenciones como si fueran hechos objetivos y ajenos»¹⁴.

En contraste «[...] el intérprete no tiene una verdad que descubrir detrás del texto; tiene un texto que puede decir muchas cosas».

Para de Trazegnies la ley no es igual a derecho porque en medio de los dos el intérprete convierte la ley en derecho: «[...] no podemos cegarnos a una realidad inobjetable: el derecho —es decir lo que la sociedad quiere que los hombres hagan o no hagan— es bastante más que la ley, paralelamente a ella, la sociedad se expresa a través de valores, convicciones de distinto orden, que no tienen una formulación precisa y que no están contenidos en las normas»¹⁵.

Y muestra además uno de los rasgos claves del pensamiento de de Trazegnies: su funcionalismo, su realismo para entender el derecho solo en perspectiva de realidad, un derecho cuyo objetivo es servir al ser humano y resolver problemas concretos.

¹² DE TRAZEGNIES (1995: 2-3).

¹³ DE TRAZEGNIES (1995: 9).

¹⁴ DE TRAZEGNIES (1995: 10).

¹⁵ DE TRAZEGNIES (1995: 3).

Por eso no es de extrañar la simpatía que esas ideas generaron en mí cuando leí el discurso. Un movimiento como el «Análisis económico del derecho» solo puede tener cabida en un pensamiento como el de Fernando, que visualiza al intérprete en su capacidad de usar la ley como herramienta. Sin un intérprete como el que plantea Fernando, el análisis económico del derecho sería pura especulación teórica.

Pero Fernando no propone un derecho caótico, sujeto a las ocurrencias eventuales de los numerosos intérpretes ocasionales —en número y en intereses— de las normas. Matar al legislador no es convertir el derecho en caos, ni liberar al intérprete de toda atadura. En un sentido hobbesiano, el derecho exige orden, pero orden racional. Entonces la rigidez positivista es reemplazada por el principio rector de la razón, por aquello que nos da humanidad. Y convierte la razón, y no el texto de la ley, en el límite al intérprete. Es la razón la que crea los límites, y como la razón es expresión de humanidad, Fernando propone un derecho más humano.

Como bien dice de Trazegnies, su propuesta no quiere decir que la interpretación no tenga límites. «Los textos pueden ser muy abiertos, pero su forma misma impone una semiosis limitada a los marcos textuales»¹⁶.

Como bien indica el mismo Fernando:

Esto significa que no hay una libertad creativa irrestricta y que, por consiguiente, no todas las interpretaciones serán correctas, aunque no exista solamente una y solo una correcta: aun siendo varias o muchas las interpretaciones válidas, habrán ciertas interpretaciones que manifiestamente no lo son porque se oponen frontalmente al texto mismo de la ley o porque no pueden ser extraídas de ella por ningún procedimiento racionalmente aceptable¹⁷.

Y continúa con mucha claridad: «La razón concentra, mientras la libertad desparrama. Pero si la razón concentra demasiado, mata la libertad y se vuelve totalitaria; y si la libertad desborda a la razón, el cosmos se disuelve en el caos y la propia libertad se pierde»¹⁸.

Concluye diciendo: «La seguridad jurídica no es, entonces, producto del dogmatismo ni de la rigidez sino de la creatividad coincidente, una libertad creadora organizada socialmente por la razón. Y esa razón que organiza no es un obstáculo ni una restricción a la libertad sino una forma de hacerla más eficiente y productiva»¹⁹.

¹⁶ DE TRAZEGNIES (1995: 11).

¹⁷ DE TRAZEGNIES (1995: 12).

¹⁸ DE TRAZEGNIES (1995: 16).

¹⁹ DE TRAZEGNIES (1995: 17).

En síntesis nos plantea el derecho como medio para ser libre. Libertad sin Estado de derecho es libertinaje. Y Estado de derecho sin libertad no es Estado de derecho. La interpretación hace que libertad y Estado de derecho puedan vivir juntos, porque nos libera de la ley fría, pero nos sujeta al ejercicio responsable de esa libertad.

Cuando uno lee «La muerte del legislador» no puede dejar de reconocer quién es el personaje del intérprete. Fernando se visualiza, sin decirlo, como el personaje principal, como el hombre que interpreta. Para quien conoce a Fernando en su vida profesional o académica, en sus informes legales o en los casos en los que participa como árbitro, actúa exactamente como él mismo describe al intérprete. Es así de creativo, es así de libre, pero también es así de racional. Su inteligencia lo libera de la ley, pero a su vez lo limita. Su razonamiento se convierte en novedad y en orden a la vez. En ese sentido no es exagerado decir que «La muerte del legislador» tiene un contenido autobiográfico: nos cuenta parte de la vida de Fernando de Trazegnies.

El intérprete es entonces el Indiana Jones de la aventura. Es el personaje travieso y avezado, que desafía la ley pero no para destruirla, sino para domarla y convertirla en instrumento útil. Entra al templo de la perdición con la seguridad que recuperará su derecho a interpretar y liberarse de la esclavitud positivista que critica. Entra a la búsqueda del tesoro hurtado y escondido, en el que la interpretación es la forma en que se encuentra la verdad. Como él mismo dice: «La verdad supone, entonces, encontrar un tesoro escondido, un mensaje más allá del texto, que espera ser descubierto, que espera ser decodificado mediante la interpretación»²⁰. Entonces sale triunfante del templo teniendo la facultad de interpretación que nos libera en una mano, y la verdad producto de la misma interpretación, en la otra. Nos regresa así a los hombres lo que el legislador positivista pretendía quitarnos.

«La muerte del legislador» es uno de los trabajos más transversales de todo el derecho, que nos ha entregado Fernando. Más allá de su valor jurídico, atraviesa toda la estructura del derecho mismo, es filosofía del derecho, y es a su vez filosofía a secas. Es antropología y funcionalismo. Y es un manifiesto profundo y a la vez panfletario —en el buen sentido del término, es decir, con capacidad de comunicar ideas— que nos trae a Fernando de Trazegnies como un libertario responsable, como alguien que cree que el derecho está antes para liberar que para obligar. Y así nos libera del templo positivista, que conduce a la pérdida de la dignidad humana y reconoce que el derecho es, antes que ley, decisión humana racional.

²⁰ DE TRAZEGNIES (1995: 5).

LA ÚLTIMA CRUZADA

En la tercera película Indiana Jones va en búsqueda del Santo Grial, la copa usada en la Última Cena, en la que Cristo convirtió el vino en su sangre. La recuperación del Santo Grial había sido, al menos en el discurso, uno de los objetivos de las cruzadas durante el medioevo, pero nunca fue encontrado. Se decía que quien bebiera del Santo Grial sería siempre joven, y con ello, inmortal —al menos según la película—. Luego de enfrentarse a innumerables dificultades, Indiana Jones encuentra el Santo Grial en una caverna, aunque finalmente lo pierde, al típico estilo de Hollywood, cuando la caverna colapsa casi detrás de los pasos del héroe de la película.

El Santo Grial ha sido por siglos un signo de esperanza, de renovación de fe y, en la película, un mecanismo de rejuvenecimiento, de camino hacia una segunda juventud. Los cruzados enfrentaron distancias inmensas, y los más diversos enemigos para buscarlo. Finalmente encontrarlo era, antes que nada, una forma de hacer trascendente su vida.

En el derecho siempre ha habido cruzados que buscaban santos griales. Lo tradicional, el apego al orden establecido, la resistencia al cambio, han puesto distancias inmensas entre esos cruzados y sus objetivos. Los santos griales representan esa renovación de la fe en el derecho, pero no entendido como orden ya establecido, sino como una fe nueva, una fe depositada en una herramienta para mejorar la convivencia humana. Por supuesto que quienes ya tienen posiciones tomadas se atrincheran en «tierras santas» que deben defenderse con fanatismo casi religioso, y reaccionarán con violencia intelectual frente a lo que intente cambiar el status quo. Como bien dice Fernando refiriéndose a las posiciones de los que asumen esta perspectiva dentro del derecho civil:

El encastillamiento del derecho civil dentro de unas murallas que cada vez más se convierten en ruinas responde tanto a la dinámica de los defensores tradicionales como a la de los sitiadores revolucionarios. Los primeros —los juristas civilistas clásicos— intentan conservar la plaza sin cambio alguno y no tienen más remedio que retroceder ante los asaltos de la modernidad, para quedar relegados a las habitaciones íntimas de la fortaleza²¹.

El último episodio de nuestra trilogía nos muestra a un cruzado —afortunadamente no el último, porque aún sigue en la brega— buscando su Santo Grial en terrenos «sagrados» defendidos por «fanáticos religiosos».

Muchas veces los abogados tomamos el derecho como una religión, como un orden sobrenatural que se explica a sí mismo. Es una fe ciega, no basada en

²¹ DE TRAZEGNIES (1988, tomo II: 158).

la razón, sino en la tradición. Nos resistimos entonces al cambio, y planteamos que el pensamiento renovador es tan peligroso como la herejía. Esos abogados designan a sus sacerdotes —los solemos llamar juristas— que se preparan a resistir los desafíos de cualquier innovación. Para ellos pensar demasiado es peligroso. Para qué pensar si ya la «religión» ha puesto dogmas para evitarnos el esfuerzo. Esos «sacerdotes» son entonces «dogmáticos».

La dogmática ha sido y es enemiga de la razón. Se puede decir que dogmática y razón son casi antónimos. Un derecho sin razón es forma vacía. El derecho no es un juego de ajedrez en el que las reglas formales no pueden ser cambiadas. Los seres humanos no son ni alfiles, ni caballos, ni peones, condenados a moverse siempre de manera predefinida. Los seres humanos necesitan que las reglas cambien cuando sus necesidades, legitimadas y validadas por la razón, así lo requieren. En ese sentido, en la esencia del derecho está que las reglas se respeten, pero que justamente ese respeto esté legitimado por su consistencia con la realidad. En el «ajedrez» de la realidad, las fichas no pueden estar sujetas a la vanidad y soberbia de los jugadores. El alfil reclamará que la diagonal le es insuficiente y el caballo dirá que su caprichoso movimiento en 'L' no lo conduce a ningún lado. El derecho no puede decirnos que no va a cambiar porque las reglas siempre —o hace mucho tiempo— son las mismas. En el derecho una de las reglas centrales es que las reglas pueden, y deben, cambiar según lo que necesitemos los seres humanos.

Claro que los juristas dogmáticos dirán que eso no es cierto. O en todo caso que un cambio importante nunca es necesario. Nos dirán que sí se han cambiado reglas, pero lo que en realidad hacen es maquillar las instituciones existentes. Cambiarán comas y palabras intrascendentes en las leyes y sugerirán fórmulas novedosas en la doctrina, en la que la novedad radica en el cambio de la expresión en latín que suele usarse, por otra expresión también en latín, supuestamente diferente, pero que dicen lo mismo.

O lo que es peor. Los dogmáticos permiten —y a veces consagran intencionalmente— que bajo las supuestas formas que pretenden ser ideológicamente neutrales, se escondan ideologías de todo calibre, que van desde un conservadurismo extremo a un socialismo soterrado. Lo «progre» entonces no es la innovación que la razón sugiere, sino una curiosa alianza entre lo formal y una emoción que cree que las palabras bonitas hacen que el derecho sirva al ser humano. Dirán que un código civil se ha vuelto humanista y social —es decir individualista y colectivista al mismo tiempo— porque reconoce el daño a la persona como algo distinto al daño moral, aunque la estructura básica de las instituciones jurídicas sea la misma que nos dejaron los romanos.

Es curioso como este falso progresismo, que no es otra cosa que dogmática pintada de colores chillones y recargados, logró meterse en el Código de 1984, y

por el contrario, progresismos verdaderos, cambios interesantes, quedaron en el tintero con el único argumento de ser «demasiado modernos».

Fernando de Trazegnies siempre ha sido contestatario de la dogmática, y nunca ha tenido temor de plantear un cambio radical cuando lo ha creído necesario. Su espíritu, sanamente rebelde, no se ve solo en su teoría de la interpretación, sino en sus propias propuestas de cambio legislativo. Quizás el ejemplo más notable sea su propuesta de reforma en el área de responsabilidad extracontractual en el proceso de reforma de la legislación civil que culminó con el Código Civil de 1984.

Junto con la propuesta de Jorge Avendaño para cambiar el régimen de transferencia de propiedad, me atrevería a decir que la propuesta de Fernando del nuevo sistema de responsabilidad civil, basado en la distribución social del daño derivado del accidente, fueron los únicos temas realmente novedosos e interesantes en el proyecto de reforma. Debo reconocer que, a diferencia de la propuesta de Avendaño, cuyo contenido comparto plenamente, tengo varias discrepancias con la propuesta de Fernando, centrada principalmente en un régimen de seguros obligatorios. Pero ese no es el punto. El esfuerzo de los cruzados es admirable incluso para aquellos que no comparten las convicciones religiosas cristianas.

La propuesta de Fernando era innovadora, inteligente y, sobre todo, puso la agenda de la reforma en contexto de realidad, de funcionalidad de las instituciones, sacándonos de las absurdas discusiones sobre las bondades mayores o menores de la doctrina italiana sobre la francesa.

La introducción de herramientas económicas por de Trazegnies, no compartidas plenamente en sus conclusiones, pero reconocidas como elemento de análisis relevante, es la primera experiencia seria de discusión sobre la base del análisis económico del derecho en el Perú. Fernando abrió, con su propuesta, la puerta al análisis económico del derecho, y si bien mostró su reserva de residir permanentemente en la casa cuya puerta había abierto, sí reconoció que le gustaba visitarla, y por qué no, pasar una que otra noche en ella, con cierta periodicidad, para despertar reposado y renovado al día siguiente. Lamentablemente el debate jurídico, y lo que es más asombroso, las posiciones de ciertas empresas, no estuvo a la altura. Se le cuestionó por todas las razones equivocadas imaginables.

El Santo Grial no es propiamente un bien, es una actitud. Fernando perdió al no poder incorporar sus planteamientos al código civil, mientras otras propuestas como la del daño a la persona, un mero ejercicio teórico sin trascendencia práctica y desvinculado de la realidad, quedaba impunemente en su articulado. Pero no es que el Santo Grial se perdiera, como en la película de Indiana Jones, antes de que colapsara la caverna derrumbada. Fernando se dio maña para sacar de la caverna una actitud distinta hacia el derecho, actitud que luego se vería reflejada en la ebullición del funcionalismo en las dos décadas siguientes. Sacó una actitud

contestataria que renueva, que rejuvenece el derecho, de alguna manera lo hace inmortal, porque solo cambiando mantiene su vigencia. Para los dogmáticos hacer inmortal el derecho era hacer que sus reglas duren para siempre. Para Fernando hacer inmortal el derecho es hacer que viva para siempre. Y durar y vivir no son lo mismo. Vivir significa recorrer la vida de los hombres con trascendencia. Vivir refleja un ser dinámico. En contrapartida durar es estar allí, como una piedra imposible de mover, pero a su vez incapaz de moverse.

A pesar de que su propuesta no fue recogida, su planteamiento rejuveneció el sistema jurídico peruano. Contestó a lo que él mismo definió como la vejez prematura del derecho y la necesidad de renovarlo.

[...] paradójicamente, un país subdesarrollado no es un país todavía joven, como usualmente se cree, ni un país inmaduro que está en proceso de cuajarse. Un país subdesarrollado es, más bien, un país enfermo de vejez: vejez de métodos y técnicas, con el consiguiente artritismo intelectual que nos hace resistentes al cambio. Más propiamente, un país subdesarrollado es un país joven, pero que se ha hecho viejo antes de tiempo: es algo lamentablemente tan monstruoso como un niño revejido, cuyo entumecimiento prematuro le impide crecer²².

Hoy, en el siglo XXI, la dogmática está jaqueada por posiciones más realistas, no solo provenientes del análisis económico del derecho, sino de la insatisfacción de los estudiantes de derecho —las nuevas generaciones—, con las explicaciones, pesadas, abstractas y formales, que sienten como impostadas porque no tienen nada de realidad que las sustente.

Siempre he creído que la reforma del Código Civil peruano, que culminó en el Código Civil de 1984, estuvo lejos de ser una renovación real de nuestro sistema legal. Fue una reforma dada en un momento inapropiado, cuando el mundo estaba cambiando y soplaban nuevos vientos que no llegaron a refrescar sus páginas. El código civil nace cuando el socialismo se derrumbaba y los paradigmas estatistas habían demostrado, con la miseria que trajo su fracaso, que estaban agotados. Pero el año 1984 fue malo porque nos trajo un código más marcado por el pasado que por el futuro. Tomó del cambio lo antiguo, lo que estaba modificándose, y no lo nuevo, lo que reemplazaba a lo anterior. Nuestro código se dio bajo la influencia de un mundo que estaba en decadencia y, por tanto, trajo un código lleno de lastres y limitaciones, algunos de los cuales se han ido levantando con sucesivas reformas, pero muchos han quedado enclavados en su articulado. Todo se agravó además por una mala influencia del Código italiano de 1942, un código corporativista, fruto del nacional-socialismo —o dicho sin eufemismos, fascista—, impulsado por Mussolini, que más allá de algunas virtudes técnicas interesantes,

²² DE TRAZEGNIES (1988, tomo II: 165).

está desfasado con lo que debe ser una regulación moderna de derecho privado. Ello me condujo hace ya unos años a calificar al código de 1984 como el código del fin de la historia, en abierta referencia a la obra de Francis Fukuyama. Un código que se quedó marcado por la historia antigua y que se resistió a vivir en el nuevo mundo resultante.

Yo ingresé a la Facultad de Derecho en el año 1984, unos meses antes de la entrada en vigencia del nuevo código civil. No tenía mucha idea del proceso que se siguió para configurarlo. Sí recuerdo, en cambio, los comentarios socarrones de algunos profesores hacia la propuesta de de Trazegnies. No entendía muy bien en qué consistía. Las críticas lo trataban como alguien que había tenido la curiosa ocurrencia de incorporar al código unas reglas que no existían en ninguna parte del mundo. Por supuesto que me imaginé a de Trazegnies, a quien no conocía, como una suerte de científico loco, despeinado, que mostraba una serie de artilugios extravagantes, presentándolos como la solución a todos los males de la realidad.

El artilugio principal que presentó en ese entonces era lo que llamó la teoría de la difusión social del daño. El articulado que propuso efectivamente no tenía parangón en el mundo. Nadie había propuesto unas normas como las que él redactó. Si bien los sistemas de seguro obligatorios existían hacía décadas, era el primer intento por generar un conjunto de principios orientadores de su funcionamiento de manera orgánica.

El planteamiento de de Trazegnies implicaba darle otra dimensión a la responsabilidad derivada de los accidentes. Se decía que la responsabilidad había sido tratada en una dimensión diádica, en una relación entre causante y víctima, pero que en el fondo la mayoría de las situaciones de accidente se derivaban de riesgos que la sociedad había decidido tolerar. «En estos casos —que constituyen la mayoría— parecería que es también la sociedad la que debe, de alguna manera, contribuir a la reparación de la víctima»²³.

A partir de ello planteó que la manera más justa —y a la vez más eficiente— de manejar estos riesgos era distribuir los costos generados entre toda la sociedad, sea a través del sistema de precios o a través del sistema de seguros. El objetivo era que todos pagáramos, lo que además de reducir el sufrimiento causado por el accidente, es lo más adecuado porque todos nos beneficiamos de la existencia de las actividades riesgosas. Como señala el propio Fernando el objetivo es «[...] diluir el peso económico del daño, intersubjetivamente e intemporalmente, de

²³ DE TRAZEGNIES (1988, tomo I: 51).

manera que el ‘responsable’ no sea una nueva víctima, desde el punto de vista económico»²⁴.

Su propuesta legislativa planteaba la existencia de seguros obligatorios, complementada por una regla de acuerdo a la cual, el seguro debía de ser asumido por quien estaba en mejor posibilidad de evitar el riesgo, es decir el *cheapest cost avoider* o más barato «evitador» del riesgo de Calabresi. Y si la actividad no era asegurable, la responsabilidad recaía también en quien pudiera minimizar sus costos de mejor manera.

Con esas reglas pretendía privilegiar la compensación a la víctima —la que para Fernando es el objetivo principal del sistema de responsabilidad civil—, pero sin descuidar del todo el desincentivo del accidente, lo que ya no ocurriría mediante el pago de una indemnización, sino mediante el pago de las primas al seguro.

Por supuesto que un académico perspicaz como Fernando advirtió el problema de riesgo moral que enfrentaba su propuesta. El riesgo moral es la situación que se enfrenta cuando el potencial causante de un daño no asume los costos que el daño genera porque este tiene algún tipo de cobertura. Por ejemplo, si tengo seguro de accidentes no me cuidaré mucho en evitarlos porque el seguro siempre pagará. Ello derivará en mayores accidentes. Si bien las compañías de seguro tratan de evitar ese problema mediante diferentes medidas, tales como el pago de franquicias, exclusiones del seguro o ajuste la las primas, el efecto no es completo porque no se puede internalizar el íntegro del daño causado en quien toma las acciones que lo causan. Sin embargo, Fernando señala que ese tipo de problemas tiene que ser resuelto por otros mecanismos como regulaciones y sanciones administrativas y penales que se encarguen de desincentivar accidentes.

La primera vez que tomé contacto plenamente con su propuesta fue cuando leí su libro *La responsabilidad extracontractual*, alrededor del año 1988; quedé convencido de que Fernando tenía razón. La explicación era impecablemente clara y tenía una lógica difícil de controvertir. Fue la primera vez que vi que en el Perú se hacía un análisis económico de una institución legal. Por ello no puedo dejar de reconocer que las teorías de de Trazegnies están entre las influencias más importantes que motivaron mi interés por la relación entre la economía y el derecho.

Años después cambié de parecer. Estudiando el tema consideré que el acentuado énfasis en la compensación a la víctima descuidaba el problema del desincentivo de accidentes, en particular en situaciones en las que, y si bien reconozco que en algunos casos pueden resolver ciertos problemas creo que pueden

²⁴ DE TRAZEGNIES (1988, tomo I: 53).

generar más distorsiones que las que corrigen. Creo que el problema de riesgo moral no es deleznable y lo cierto es que, usar mecanismos como las sanciones penales o administrativas para cumplir este objetivo, puede conducir a la generación de una mayor regulación, aumentando los costos de la intervención del Estado. Quizás el tema que queda más al descubierto es el generado por la necesidad de controlar situaciones donde las precauciones para evitar accidentes son recíprocas. Recordemos que la mayoría de accidentes requieren de precauciones no solo de los causantes, sino también de las víctimas. Por ejemplo, en los accidentes de tránsito requerimos no solo conductores cuidadosos sino peatones responsables. El excesivo énfasis en proteger a la víctima puede crear incentivos perversos para que esta no tome precauciones; y peatones descuidados significan más accidentes.

Pero discrepar con Fernando no es ni ha sido tarea fácil. Más de una vez hemos debatido sobre el tema, y debo reconocer que ha estado a punto de persuadirme de retornar a mi posición original, coincidente con la suya. Creo que cada vez que lo hemos discutido ambos hemos salido enriquecidos.

Más allá de detalles, sin embargo, lo importante de su propuesta, más que el fondo, es la perspectiva. El aporte de Fernando fue cambiar la agenda de discusión e introducir la lógica económica y la interdisciplinariedad en la lógica legislativa. Rescató el Santo Grial, entendido como actitud renovadora, y dio inicio a un proceso de rejuvenecimiento del derecho.

La propuesta de Fernando merecía —yo diría que exigía— una respuesta franca y frontal en la que se discutiera la esencia y no la periferia. Exigía un diálogo. Pero de alguna manera, por el tipo de respuestas que le dieron, lo dejaron monologando, sin escuchar realmente lo que proponía. El resultado final fue un código tan tradicional como sus predecesores.

Así, su propuesta fue descartada no porque se argumentó contra ella, sino simplemente porque nunca se entendió. Lo que ocurrió hubiera merecido un esfuerzo serio por rebatir sus argumentos. Ese esfuerzo nunca existió. Lo más curioso es que el rechazo no fue tan enfático por parte de los juristas como lo fue el rechazo de las propias compañías de seguros. Más allá de lo absurdas que fueron las razones que se dieron, se tuvo miedo a lo distinto. El resultado fue que una de las propuestas más innovadoras de la historia del derecho peruano fue descartada más por ignorancia que por razones.

Lo curioso, como ya dijimos, fue que el rechazo mayor no provino de los civilistas clásicos —que tampoco estaban felices con la idea que se implementara la propuesta— sino de las propias compañías de seguros, que se llenaron de excusas para evitar que se recogiera en el código. El rechazo de estas empresas es sorprendente y desconcertante. Uno de los grupos que más se beneficiaría con la idea se negó a discutirla en términos serios. Finalmente terminó vetando el proyecto.

Lo cierto es que, contra lo que podría creerse, de Trazegnies no fue derrotado. La no aprobación de su propuesta no impidió que sus ideas siguieran empujando cambios. Como bien anunció Fernando refiriéndose al aborto de su propuesta:

No obstante, las ideas nunca mueren totalmente: son como el ave fénix que renace de sus cenizas. Y muchas veces hace falta el fuego del sacrificio para que se repare en la idea y esta pase a formar parte de los temas de discusión, lo que es el comienzo de su introducción. Con el debate que ha habido en torno al seguro obligatorio y la difusión social del riesgo, la semilla ha sido plantada. Dentro del medio asegurador peruano hay cerebros lúcidos que, superando los prejuicios de algunos, sabrán hacerse cargo de tal idea, abonarla adecuadamente con sus conocimientos especializados y colaborar con ella para que se convierta en árbol frondoso bajo cuyas ramas puedan encontrar protección y abrigo las víctimas peruanas que actualmente caen en la desesperación frente a las maniobras de «responsables» irresponsables y de aseguradores cuya mira apunta únicamente a liberar a sus asegurados (y, de paso a sí mismos) de una obligación económica, antes que a contribuir al resarcimiento de las víctimas²⁵.

Lo que no imaginó Fernando es que la semilla que sembró trascendería el mundo de la responsabilidad extracontractual y los seguros. No solo ocurrió la aprobación hace muy pocos años del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) basado sin duda en sus ideas, sino que su forma de pensar generó la aparición de toda una generación que, como él, y más allá de discrepancias o coincidencias, piensa, «insolentemente», sin temor a lo establecido.

INDIANA JONES (IV)

Los aficionados al cine siempre esperan la secuela de la última película de una serie. Lo cierto es que una vida tan académicamente rica como la de Fernando de Trazegnies ha dado a sus seguidores innumerables oportunidades de observar sus aventuras y nadie duda que seguirán habiendo muchas «películas» más.

Fernando tiene el mérito de haber traído a nuestro país un realismo jurídico, pero con altura académica. Nos ha traído un funcionalismo con sólidas bases conceptuales. Lo que ha hecho no es un realismo fácil de esos que creen que por usar un par de datos ya está sustentándose en la realidad. Su aventurerismo hace que se ensucie los zapatos, pero manteniendo limpias las ideas. Y a diferencia de Indiana Jones, Fernando no es ficción.

Lo que hace una aventura interesante es que tenga resultados. Los aventureros —los reales y los de ficción— que no alcanzan sus fines no pasan a la historia. La trascendencia del pensamiento innovador es su éxito. Fernando es un aventurero

²⁵ DE TRAZEGNIES (1988, tomo II: 181).

exitoso. Nunca ha cejado en su esfuerzo de conseguir lo que se propone y renovarnos cada día con alguna idea nueva. Nada impulsa más a un aventurero que el amor por la aventura. Nada impulsa más a un aventurero de las ideas que el amor por las ideas. Fernando es un enamorado del pensar, y su amor por las ideas es contagioso. Por eso estoy seguro de que lo veremos combatiendo, por mucho tiempo más, los órdenes establecidos, de manera desafiante y decidida. Siempre lo veremos a las afueras de uno de esos templos oscuros y tenebrosos, agazapado, preparándose para entrar a desafiarlo y extraer los tesoros que compartirá con nosotros. Lo veremos convirtiendo reliquias en innovaciones y mostrándonos que esos artilugios que saca de la manga no son obra de un científico loco, sino de alguna genialidad. Así como Ciriaco Urtecho fue litigante por amor, Fernando será siempre un aventurero por amor a las ideas.

BIBLIOGRAFÍA

BULLARD GONZALES, Alfredo

1991 *La relación jurídico patrimonial. Reales versus obligaciones*. Lima: Ara editores.

DE TRAZEGNIES, Fernando

1978 «La transformación del derecho de propiedad». En *Derecho PUC*, N° 33, Lima.

1981 *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1988 «La responsabilidad extracontractual». En *Biblioteca para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1994 *En el país de las colinas de arena. Reflexiones jurídicas sobre la inmigración china en el Perú del Siglo XIX desde la perspectiva del derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1995 «Discurso de incorporación como miembro de número a la Academia Peruana de Derecho». 4 de mayo de 1995.