
Tu derecho termina donde su nariz comienza

Los límites de la libertad contractual a partir de sus consecuencias

Gerardo Solís Visscher(*)

1. Introducción

Cuenta George Bernard Shaw, el famoso literato y pensador inglés, que en cierta ocasión durante una travesía en un lujoso trasatlántico, le preguntó a una famosa actriz de la época si es que estaría dispuesta a pasar la noche con él por la suma de un millón de dólares. Cuando la actriz, sumamente halagada, estaba a punto de aceptar la oferta, Shaw le hizo una abrupta contrapropuesta: ¿y qué le parece diez dólares?; ¿quién se ha creído que soy?, respondió la actriz indignada. Shaw le contestó rápidamente: “Eso ya lo hemos definido. Ahora únicamente estamos discutiendo el precio”.

Esta anécdota de Shaw nos deja con una gran cantidad de dudas, pero también con la posibilidad de deducir algunas ideas valiosas. Las dudas que nos deja son casi todas superficiales. No sabemos si el escritor inglés finalmente pasó la noche con la famosa actriz o si tuvo que conformarse con jugar una encarnizada partida de dados con algún otro viajero. Ignoramos, asimismo, la identidad de la dama y si es que le propinó a Shaw una sonora bofetada por su atrevimiento.

No podemos concluir tampoco que la anécdota nos demuestra que todos los individuos estarán siempre dispuestos a sacrificar un poco de cualquier cosa, incluso su reputación y moral por una cantidad suficientemente grande de otros bienes que desean. Lo único que nos queda claro es que la actriz de la anécdota valoraba su reputación o su moral en menos de un millón de dólares, porque al menos por esta suma estaba

dispuesta a sacrificarlas. Esto no quiere decir que todos seamos así, ni significa que toda persona está dispuesta a venderse y que lo único que tenemos que hacer es descubrir cuál es su precio. Habrá algunos que, por sus circunstancias, sus preferencias, sus creencias y por una particular concepción de la vida, sientan una inmediata aversión hacia este tipo de propuestas. Pero habrá otros, secularizados y descreídos, o necesitados con urgencia del dinero ofrecido, que aceptarían la propuesta.

La pregunta que trasciende la anécdota es si debemos prohibir o de alguna manera restringir este tipo de acuerdos, solo porque haya un grupo de individuos, extenso o reducido, que por alguna razón considere que no se debe dejar en la esfera de decisión del individuo la realización de este tipo de prácticas y que hay una serie de bienes a los que no es correcto ponerles un precio. El dinero - se dice- corrompe estos bienes, como corrompió a la actriz que estuvo dispuesta a cambiar su intimidad sexual por un buen fajo de billetes.

Esta interrogante puede responderse a partir de distintos enfoques. Vamos a utilizar uno que se preocupe, antes que por develar una serie de principios inmutables, por las consecuencias que cierta regla sobre la libertad contractual genere en la sociedad. Es decir, en lugar de indagar sobre si los individuos poseemos una suerte de titularidad natural para disponer de los recursos que nos pertenecen vamos a definir qué tipo de regla -qué nivel de libertad contractual- genera un mayor bienestar en la sociedad.

(*) Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

2. Las ganancias del sistema de intercambios voluntarios

Las cuestiones en torno a la libertad contractual han tenido siempre una fuerte carga política. Y es complejo desprenderse totalmente de esta influencia, porque es inevitable que abordemos la discusión con una percepción, aunque sea brumosa, de cómo debe funcionar la sociedad y en qué medida deben ser libres para actuar y relacionarse los individuos. Hoy es común creer que los intercambios deben realizarse a través del sistema de mercado, aunque este grupo no se caracteriza por su uniformidad, pues hay quienes proponen diversos límites, regulaciones y excepciones para la intervención estatal, de distintos grados y en diferentes circunstancias, sobretodo cuando sea posible invocar tópicos recurrentes como el interés social o el orden público. No faltan tampoco aquellos que propugnan un mayor intervencionismo estatal en la esfera contractual y proponen el establecimiento de un sistema que, en mayor o menor medida, sea la antítesis del mecanismo de intercambios voluntarios inherente al mercado. Pero la pregunta de fondo, al margen de las convicciones políticas de cada uno, normalmente queda en el aire: ¿cuánta libertad contractual para los individuos?

La primera idea que queremos destacar es que necesitamos que los recursos se dirijan hacia aquellos individuos que los valoren más. Desde una perspectiva económica, esta necesidad es tan evidente que casi nos exime de cualquier explicación. Si "A" le otorga un mayor valor al saco de camotes de su vecino "B" que al saco de papas que acaba de cosechar, y "B" valora en mayor medida el saco de papas de "A" que sus propios camotes, resulta bastante claro que tanto "A" como "B" se encontrarían en una mejor situación si es que el primero poseyera los camotes y el segundo el saco de papas.

Vamos a asumir por un momento que todas las transacciones que se celebran en la sociedad

tienen una estructura similar. Es decir, que los individuos participantes de una transacción valoran más el bien que reciben que aquel del que se desprenden y que no existe circunstancia alguna que pueda hacernos dudar de esta premisa. Lo único que hacemos es recrear un escenario en el que, en principio, los costos de transacción son cercanos a cero: a cada una de las partes no le costó ubicar a la otra, ambas están perfectamente informadas y su conducta se ajusta a parámetros de racionalidad socialmente aceptados. La pregunta que tenemos que hacernos entonces es cuál es el mecanismo que nos permite lograr este intercambio más fácilmente.

Una primera posibilidad es que estos intercambios se realicen a través de alguna entidad estatal, que podría recibir el nombre, por ejemplo, de "Ministerio de los Intercambios". A algunos bien podría parecerles que este mecanismo tiene un atractivo inicial, ya sea porque esté de acuerdo con algún tipo de ideal igualitario o porque colme sus expectativas laborales como miembro endémico de la burocracia estatal. Los problemas que genera, sin embargo, son sencillamente insuperables. Para apreciar estos problemas de manera gráfica, vamos a dividirlos en dos grupos: por un lado, los problemas relacionados con los costos administrativos o de operatividad que el "Ministerio de los Intercambios" genera y, por otro, los problemas vinculados con los pobres incentivos que este sistema trae consigo, tanto para los individuos que requieren el intercambio, como para los funcionarios públicos encargados de ejecutar los miles de intercambios que les sean solicitados.

Los costos administrativos de este sistema son evidentes. La implementación del "Ministerio de los Intercambios" va a tener que financiarse a través de mayores impuestos sobre los ciudadanos. Estos mayores impuestos van a reducir los incentivos para trabajar y van a reducir la oferta laboral en el mercado, retardando finalmente el desarrollo de la sociedad⁽¹⁾. Efectivamente, el Estado tendría que contratar a un vasto ejército de

(1) Para una detallada explicación sobre los perniciosos efectos del sistema impositivo y, en general, de las políticas de redistribución de la riqueza, véase: PASQUEL, Enrique y Gerardo SOLÍS. *La falaz leyenda de Robin Hood. Los dilemas económicos y filosóficos de la redistribución de la riqueza*. En: *ius et veritas*. Año XIII. Número 26, 2003. pp. 310-327. Para algunos aspectos concretos de estos problemas, véase: HAYEK, F. A. *Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión, 1991. pp. 380 y 381; POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998. pp. 434-440; EPSTEIN, Richard. *Simple rules for a complex world*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. pp. 54-59; NARVESON, Jan. *The libertarian idea*. Toronto: Temple University Press, 2001. pp. 232-244.

funcionarios públicos que trasladen el bien de un individuo a otro, por todas y cada una de las transacciones que se pretendan realizar. Todo esto sin contar con los gastos operativos, como la compra de un local, el pago de los servicios públicos que este local consume y, en general, la inversión en una serie de bienes necesarios para la ejecución de este programa.

Adicionalmente, los funcionarios del “Ministerio de los Intercambios” van a tener que invertir una buena cantidad de recursos en juntar los dos lados de una posible transacción, lo que en la literatura económica se conoce como costos de búsqueda. Estos funcionarios, por ejemplo, tendrán que ubicar a alguien que desee vender su casa y a otra persona que desee adquirirla por un precio que la primera esté dispuesta a aceptar. Si realizar esto para una sola transacción parece bastante complejo, no es difícil imaginar cómo sería si todas las transacciones de la sociedad tuvieran que pasar por una oficina estatal.

Este no es el único aspecto negativo del sistema de control estatal de las transacciones. La implementación del “Ministerio de los Intercambios”, como ya adelantamos, produce pobres incentivos en la sociedad. Estos toman la forma de fuertes incentivos para la corrupción. Asumamos que “A” pretende comprarle a “B” una de sus empresas, lo que supone la realización de una inversión considerable. En este mundo en el que los intercambios están sujetos a control gubernamental, no es suficiente que “A” simplemente le ofrezca a “B” una buena cantidad de dinero por su empresa, sino que la transacción deberá ser evaluada por un funcionario público que tendrá la labor de determinar, con un importante grado de discrecionalidad, si es que el intercambio debe realizarse. Si el funcionario público tiene alguna remota noción sobre Economía, fácilmente

determinará que es muy probable que el precio ofrecido por “A” para adquirir la empresa de “B” no representa todo lo que “A” estaría dispuesto a pagar por ella⁽²⁾. En estas circunstancias, bien podría decirle a “A”: “Yo sé que tú quieres comprar la empresa de “B”, pero sé también que no has ofrecido por ella la cantidad por la que realmente la valoras. Por eso, si quieres que autorice el intercambio, pasa por mi oficina y arreglamos el asunto”. No importa qué tan honestos sean los funcionarios del Ministerio, la idea que queremos rescatar es que siempre nos enfrentaremos a una entidad estatal que al menos será potencialmente corrupta.

Este sistema estatal de control de los intercambios produce también pobres incentivos en términos de producción. No solo se tendría que financiar el “Ministerio de los Intercambios”, sino también porque los costos de la corrupción impedirán que se ejecuten transacciones eficientes. Tanto el costo de mantenimiento del Ministerio como el costo de la corrupción terminan siendo impuestos que recaen sobre los particulares. Estos mayores impuestos afectan la productividad de los sujetos gravados, porque los ingresos esperados de una probable mayor productividad son, luego de los impuestos, bastantes menores, y es muy probable que sean compensación suficiente por el tiempo invertido en trabajar⁽³⁾. Estos nuevos impuestos, asimismo, van a reducir los niveles de inversión⁽⁴⁾. Mientras mayor sea la carga impositiva, menor será la cantidad de proyectos de inversión que puedan realizar los individuos gravados. Proyectos de inversión que sin estos impuestos podrían ser rentables luego de la imposición de una pesada carga tributaria ya no lo serán. Una menor cantidad de proyectos de inversión será igual a menos desarrollo y esto, como consecuencia lógica, a menos empleo y, por lo tanto, a menor bienestar⁽⁵⁾.

(2) Esto es lo que se conoce como precio de reserva. El precio de reserva del vendedor es la cantidad de dinero mínima que está dispuesto a recibir a cambio del bien. Por su parte el precio de reserva del comprador es la cantidad de dinero máxima que está dispuesto a pagar para adquirir el bien de propiedad del vendedor. Evidentemente, se trata de valores completamente subjetivos, influidos muchas veces por factores emocionales y personales, por lo que resulta sencillamente imposible llegar a conocer con exactitud el precio de reserva de un individuo. Lo único que podemos saber luego de celebrada la transacción es que el precio que finalmente pactaron las partes se encuentra en algún punto entre el precio de reserva de cada uno. Al precio de reserva de quién se acerque más va a depender ya de las habilidades para la negociación de cada uno de ellos y de un sinnúmero de factores y circunstancias que terminan afectando la transacción.

(3) PASQUEL, Enrique y Gerardo SOLIS. *Op. cit.*; p. 317.

(4) *Ibid.*

(5) Según Holmes y Sunstein, en el año 1996, el gobierno de los Estados Unidos gastó 4,200 millones de dólares en asistencia alimenticia y nutricional, y 6,148 millones de dólares en la administración del seguro social. Solo ello suma

Estos mayores costos de los intercambios traerán como consecuencia el surgimiento de mercados negros. En estos mercados habrá menos información, más violencia y bienes de menor calidad. La guerra contra las drogas, por ejemplo, ha tenido como consecuencia que los traficantes hagan todo lo posible por no ser descubiertos. Por esta razón, prefieren comercializar con drogas de menor peso y volumen. Ello supone un proceso de concentración de las sustancias y los efectos que las drogas producen. Es decir, la prohibición trae consigo un paso de drogas de efectos más suaves y distendidos a otras de efectos más fuertes y concentrados⁽⁶⁾. Adicionalmente, los consumidores también tienen incentivos para no ser descubiertos, desde que la sola posesión de determinadas drogas es suficiente para pasar una larga temporada en prisión, aun cuando estas drogas sean solo para consumo personal. Los consumidores, entonces, tenderán a consumir las drogas en menor tiempo que el que se tomarían si fueran productos legales. Así, en vez de ingerir cierta cantidad de una determinada droga durante un par de días, con la finalidad de evitar ser descubierto, el consumidor preferirá ingerirla en unos pocos segundos. Resulta ocioso mencionar que esta concentración de los efectos y del consumo trae consecuencias perjudiciales para los propios consumidores. Por otro lado, las drogas ilegales que se comercializan, como es lógico, no poseen marcas que las identifiquen, lo que no solo aumenta los costos de búsqueda para los consumidores, sino que también impide que estos distingan la calidad de los bienes precisamente en función de la marca⁽⁷⁾.

En el mercado negro la violencia es el modo como se resuelven conflictos⁽⁸⁾. Las actividades de cualquier mercado dan origen a disputas comerciales. Estas disputas originan, a su vez, una demanda para solucionarlas. Los métodos de solución de conflictos son muy ricos y variados, y van desde un largo proceso ante el Poder Judicial, hasta la violencia. En los mercados legales, los participantes generalmente encuentran más barato contratar a un abogado que usar la violencia. En

mercados ilegales, sin embargo, resulta imposible utilizar los mecanismos oficiales de solución de conflictos, desde que las cortes no considerarán como válidos contratos que implican una transacción de mercancías prohibidas y las partes difícilmente pueden usar estos mecanismos sin incriminarse ellos mismos. Por eso, en tanto resulta menos costoso para las partes, en los mercados negros se utiliza la violencia antes que los abogados para resolver disputas comerciales.

Un sistema que nos proponga altos costos administrativos, pobres incentivos y que promueve el surgimiento extendido de mercados negros es un sistema que debe ser descartado, siempre que encontremos alguna alternativa que, en alguno de estos aspectos, nos permita una mejor solución. Esta alternativa es la economía de mercado. En ella no requerimos, para empezar, de ninguna entidad estatal que determine qué transacciones deben realizarse. Las transacciones se realizan de manera completamente voluntaria, sin más intervención que la de las dos partes que las celebran.

Para comprender por qué el sistema de mercado beneficia a las partes del intercambio debemos distinguir entre el valor en uso, el valor de mercado y el precio de los bienes. El valor en uso no es otra cosa que el valor subjetivo que cada individuo, de acuerdo con una serie de factores complejos como sus gustos, sus ingresos monetarios y sus circunstancias personales, le asigna a cada uno de sus bienes. El valor de mercado, por otro lado, es un sistema de agregación de las preferencias de un sinnúmero de individuos de la sociedad, de acuerdo con la escasez relativa del producto y la cantidad de individuos que lo demandan. El precio, por último, es la cantidad de dinero por la que las partes acuerdan que se efectúe el intercambio. Estos tres conceptos pueden variar, y de hecho varían, en una misma transacción.

Imaginemos que por razones profesionales una persona va a mudarse a otro país, por lo que tiene que vender su automóvil. De acuerdo con la marca, el modelo y el estado de conservación del vehículo,

10,348 millones de dólares que no fueron invertidos en consumo o proyectos de inversión que crean trabajo y riqueza. HOLMES, Stephen y Cass SUNSTEIN. *The cost of rights*. New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 236.

(6) NORTH, Douglas y otros. *The economic of public issues*. Harper Collins. p. 32.

(7) SOLÍS, Gerardo. *¿En qué se parecen Johnnie Walker y Pablo Escobar?*. En: *Themis*. Número 46.

(8) MIRON, Jeffrey. *Violence and the U.S. prohibitions of drugs and alcohol*. En: <http://www.econ.bu/miron>.

este posee un valor de mercado de US\$ 5,000. Esta cantidad refleja lo que un individuo suele pagar por un bien de esas características. A pesar de que este es el valor de mercado del vehículo, dado el apremio con que su dueño debe venderlo y la necesidad y urgencia que tiene por el dinero que la venta le proporcionaría, el automóvil vale para él (valor en uso para el vendedor), tan solo US\$ 3,500. Es más, podemos esperar que mientras más cercano se encuentre el momento de su partida, menor valor aún va a tener para él su vehículo, pues la utilidad que en el extranjero le reportaría tener un vehículo en el Perú sería casi nula y la urgencia que tiene del dinero es mayor por cada día que transcurra. A pesar de ello, uno de los posibles compradores, podría tener una particular debilidad por el modelo del auto en venta, por lo que valora el vehículo en US\$ 6,500 (valor en uso para el comprador). Lo que tenemos entonces, es que el precio máximo que pagaría el comprador es de US\$ 6,500 y que el precio mínimo que recibiría el vendedor el día de hoy es de US\$ 3,500⁽⁹⁾, a pesar de que el valor de mercado del vehículo sea distinto de cualquier de estos dos valores. Como ninguna de las partes, por un tema elemental de estrategia, va a estar dispuesta a revelarle a la otra en cuánto valora el vehículo, el precio final que las partes acuerden para que se produzca el intercambio va a ser cualquiera entre estos dos valores. La cantidad exacta dependerá de la habilidad de cada uno para negociar el contrato. Supongamos que la cantidad que ambos pactan es de US\$ 4,000.

¿Qué es lo que ha ocurrido en esta transacción? Un individuo que valoraba un bien de su propiedad en US\$ 3,500 lo ha vendido en US\$ 4,000, con lo que ha percibido una ganancia de US\$ 500; mientras que otro individuo que valoraba el bien en venta en US\$ 6,500, lo ha adquirido en US\$ 4,000, con lo que ha ganado US\$ 2,500. La sociedad, por lo tanto, ha ganado US\$ 3,000.

Ambas partes han resultado beneficiadas con la transacción. Por lo tanto, las transacciones voluntarias realizadas a través del mercado

permiten que los individuos que participan en ellas mejoren su situación, de acuerdo con su propia concepción del bien. Se trata en otras palabras, de situaciones *win/win*, es decir, de intercambios en los que ambas partes ganan.

Con la donación ocurre lo mismo que con los contratos de prestaciones recíprocas. En una donación dineraria el beneficio para el donatario es evidente: el dinero recibido lo coloca en una mejor situación que antes. Pero no es menos cierto que el donante también recibe beneficios que lo sitúan a su vez en una mejor posición que antes de decidir efectuar la donación. Lo que ocurre es que recibe una serie de beneficios bajo la forma de bienes intangibles como la satisfacción personal, la reputación, o simplemente la utilidad que percibe al ver a un familiar o a un amigo en una mejor situación que antes. También se trata, por lo tanto, de transacciones *win/win*.

La conclusión es obvia. La presencia de ganancias mutuas para las partes crea una presunción en favor de la exigibilidad de los acuerdos voluntarios y de la acogida del sistema de mercado como mecanismo para trasladar los recursos hacia sus usos de mayor valor. La libertad contractual por lo tanto, debe ser la regla⁽¹⁰⁾.

3. Un modelo sobre los límites a la libertad contractual

Lo señalado hasta este punto no quiere decir que la presunción en favor de la exigibilidad de los acuerdos voluntarios no pueda desvirtuarse. Si por alguna razón los bienes materia de la transacción no se dirigen hacia individuos que los valoren más, o si la transacción coloca al resto de la sociedad en una posición peor de la que se encontraba, existirán buenas razones para cuestionar la exigibilidad del acuerdo.

3.1. Defectos en la formación del contrato

La existencia de algún defecto en la formación del contrato requiere que se demuestre que, por alguna de las circunstancias excepcionales que

(9) Como ya señalamos, a estos máximos y mínimos que el comprador y el vendedor estarían dispuestos a entregar y recibir, respectivamente, se les conoce como precio de reserva.

(10) Esta regla, por otro lado, debe estar diseñada de tal forma que permita restringir o eliminar las limitaciones para que se produzcan la mayor cantidad posible de transacciones voluntarias, limitaciones a las que normalmente se denomina "costos de transacción". Uno de los principales objetivos del Derecho Contractual, entonces, debe ser el de reducir estos costos de transacción, de tal manera que se maximice el número de transacciones voluntarias que se llevan a cabo.

el sistema jurídico prevé, las ganancias de la transacción celebrada no son en realidad ganancias mutuas⁽¹¹⁾. En otras palabras, la presencia de defectos en la formación del contrato nos indica que la transacción no ha sido realmente voluntaria, sino que su celebración se realizó mediante dolo, error, fraude, abuso, etcétera.

Si un individuo, apuntándole a otro con una pistola, le dice que le venda su automóvil a US\$ 50 y el individuo amenazado acepta, difícilmente se podrá asegurar que se trata de una transacción de ganancias mutuas, pues en ninguna otra circunstancia el individuo habría aceptado desprenderse de su vehículo por esta suma irrisoria. Aunque sea intuitivamente, a todos nos queda claro que el dueño del vehículo no ha hecho una comparación entre los US\$ 50 y el automóvil, sino entre esta cantidad de dinero y su vida.

Algo similar ocurre con el engaño. Si yo le vendo a alguien mi automóvil sin decirle que tiene severos problemas en el motor que han sido cuidadosamente ocultados, es sumamente discutible asegurar que los US\$ 3,000 que esta persona aceptó pagarme igual los hubiera pagado en el supuesto en que conociera esta información⁽¹²⁾. Nuevamente, no tenemos la seguridad de que la transacción efectuada en estos términos sea una que genere ganancias mutuas.

Un caso mucho más complejo es el de la lesión. La dificultad está en el complejo balance que hay que hacer entre lo que nos parece correcto en el caso concreto y los incentivos que una regla legal produce.

La posición recogida en nuestro Código Civil es seguramente la más ambigua. De acuerdo con

el artículo 1447, existen hasta tres requisitos para que un contrato pueda rescindirse por la existencia de lesión: (i) que uno de los contratantes se encuentre en un estado de necesidad apremiante; (ii) que el otro contratante se aproveche de este estado de necesidad; y, (iii) una desproporción entre las prestaciones mayor a dos quintas partes al momento de celebrar el contrato⁽¹³⁾.

Una de las principales críticas al problema de la actual regulación de la lesión se basa en la teoría del valor⁽¹⁴⁾. De acuerdo con esta postura, el legislador, al regular la figura de la lesión, comete el error de presuponer que los bienes poseen un valor objetivo que se puede determinar al margen de las circunstancias de los individuos. En realidad, son precisamente las circunstancias particulares por las que atraviesa un individuo las que determinan los valores de intercambio de los bienes que posee. Esta idea se puede explicar a partir de un ejemplo. Supongamos que un individuo cuenta con un *stock* total de diez baldes de agua, cada uno de los cuales sirve como medio para atender fines de distinta jerarquía establecida de mayor a menor. Se deduce de la “acción humana” que el individuo preferirá primero lo que considera más urgente y así sucesivamente en escala descendente. Supongamos que el primer balde de agua es para aplacar su sed, el segundo para darle de beber a sus animales, el tercero para bañarse, el cuarto para regar el jardín, etcétera. Si se ve obligado a desprenderse de un balde de agua (no importa específicamente cuál puesto que todos son intercambiables) se desprenderá de aquel que utiliza como medio para atender a su décimo fin en orden de prioridades. Esta última unidad se

(11) Para un análisis sistemático de estos defectos en la formación de los contratos, véase: EPSTEIN, Richard. *Unconscionability: A Critical Reappraisal*. En: *Journal of Law and Economics*. Número 18, 1975. pp. 293-311.

(12) Uno de los estudios más completos sobre el tema de la asimetría informativa lo ha realizado KRONMAN, Anthony. *Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts*. En: *Journal of Legal Studies*. 1978. Extractos con los aspectos más relevantes de este ensayo se pueden encontrar en: KRONMAN, Anthony y Richard POSNER. *The economics of contract law*. Boston: Little, Brown and Company, 1979. pp. 114-121; y en: WITTMAN, Donald. *Economic Analysis of the Law. Selected Readings*. Massachusetts: Blackwell Publishing, 2003. pp. 71-82. En el Perú, el tema ha sido tratado por: BULLARD, Alfredo. *La asimetría de la información en la contratación: a propósito del dolo omisivo*. En: ALTERINI, Atilio y otros. *Contratación Contemporánea. Teoría general y principios*. Lima: Palestra, 2000. pp. 287-324.

(13) Código Civil. Artículo 1447. “La acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos”.

(14) Para una explicación de la metodología utilizada por la escuela austriaca de Economía, véase: NOZICK, Robert. *Sobre metodología austriaca*. En: *Puzzles Socráticos*. Madrid: Cátedra, 1999. pp. 153-197. Para un sugerente desarrollo de esta posición, véase: BULLARD, Alfredo. *La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos*. En: *Themis*. Número 43. pp. 223-234.

Así como no interesa que
alguién se sienta psicológicamente
afectado por la opinión política
de otro, no debería interesarnos
tampoco que alguien se
sienta subjetivamente afectado
porque la transacción que
otros celebran no se ajusta
con sus parámetros
morales.

denomina marginal, puesto que se encuentra en el margen y la satisfacción que brinda esa unidad marginal se denomina utilidad de la unidad marginal o, simplemente, utilidad marginal. Por ende, *ceteris paribus*, cuanto mayor la cantidad del bien del mismo tipo, su utilidad marginal decrecerá, y cuanto menor la cantidad del bien del mismo tipo, aumentará la utilidad marginal. De lo anterior se desprende que el valor de un bien está determinado por su utilidad marginal, lo cual se denomina “ley de la utilidad marginal” que, como hemos mencionado, constituye una implicancia lógica de la acción humana. Todos los deseos que el individuo piensa satisfacer los ordena en su escala de valores según su utilidad marginal, aun tratándose de bienes heterogéneos. Resulta evidente que si el individuo tuviera un único balde de agua, lo valoraría en mayor medida que si tuviera los diez baldes del ejemplo, porque este único balde lo requeriría para satisfacer sus más urgentes necesidades⁽¹⁵⁾.

Lo único que ocurre con la lesión es que la situación de necesidad en la que se encuentra un individuo modifica la valoración subjetiva que tiene de las cosas. Si no hubieran estado a punto de embargarlo, probablemente no habría vendido su automóvil al precio que lo vendió. Precisamente el que se haya encontrado en peligro de embargo es lo que hizo que disminuyera su valoración por el vehículo, y si las cortes no reconocen la exigibilidad del acuerdo de venta lo único que ocasionarán es

que, en el futuro, las personas en peligro de ver sus bienes embargados encuentren mayores dificultades para salir de esa incómoda situación.

Pero esta posición subjetivista es muy discutible, sobretodo cuando se encuentran involucrados valores como la vida o la salud de las personas. Incluso el profesor de Chicago Richard Epstein (uno de los académicos más pro-libertad contractual en los Estados Unidos) prevé una excepción para estos casos de “comprobado monopolio bilateral”⁽¹⁶⁾.

El caso típico al que se aplicaría su teoría es uno de la jurisprudencia norteamericana⁽¹⁷⁾. La pequeña embarcación de un marinero fue azotada por una tempestad y la única posibilidad que este tenía de salvar su vida era amarrar la embarcación en un muelle privado y utilizar, para resguardarse, la casa que en ese momento se encontraba desocupada. Nos podemos imaginar la situación del dueño del muelle y de la casa negociando con el apurado marinero la posibilidad de que este amarre su barca en el muelle y se refugie en su casa. Para Epstein, “La necesidad de salvar la vida es tan evidente que la ley le permite al individuo en riesgo usar la propiedad de otro como si fuera de él. La superioridad ostensible de una regla de responsabilidad, que equipara la información privada de la parte que entra en posesión, no tiene una gran importancia. Nadie podría sostener seriamente que por cierta razón oculta el dueño tiene mayor necesidad de su muelle que el marinero cuya vida está en riesgo. No necesitamos ahondar en especulaciones sobre los valores relativos o suponer que la información privada y asimétrica en este contexto genere algún problema digno de una solución social. Solo los cínicos podrían dudar que, al momento crítico, para el dueño del barco el uso del muelle tiene un mayor valor que para su dueño el valor de su derecho para excluir a los extraños. Cualquier incertidumbre que se pueda evocar sobre su magnitud relativa, no altera la dirección de la desigualdad. El sistema legal no tiene interés en bloquear este tipo de intercambios forzosos. Más bien, su tarea clave es asegurarse de que el extraño no cause daños innecesarios al muelle, lo que puede lograrse haciéndolo responsable por negligencia en su uso

(15) BENEGAS LYNCH, Alberto. *Fundamentos de análisis económico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. pp. 68 y siguientes.

(16) EPSTEIN, Richard. *Simple rules for a complex world*. Massachusetts: Harvard University Press, 1997. pp. 86-88.

(17) Véase: *Vicent versus Lake Erie Transp. Co.*, 124 N.W. 221 (Minnesota, 1910).

(asumiendo que sabemos lo que ello significa) o, como en el caso Vicente, haciendo que pague cualquier daño que cause”⁽¹⁸⁾.

Una línea argumentativa distinta para tratar este mismo problema es la propuesta de Nozick, que busca establecer en qué supuestos concretos un individuo es coaccionado a la realización de una acción determinada⁽¹⁹⁾. De acuerdo con la tesis planteada por Nozick, a un individuo no se le coacciona a realizar una acción si la realiza porque alguien le ha ofrecido algo por hacerlo (con lo que su situación mejoraría luego de ejecutada la acción), aunque normalmente se le coacciona a realizar una acción si lo hace debido a que haya recibido una amenaza para el caso de no hacerlo.

El mismo Nozick, sin embargo, reconoce los problemas de la postura que sugiere, precisamente por las dificultades para determinar cuándo nos encontramos frente a un ofrecimiento y cuándo frente a una amenaza. Supongamos, nos dice, que “Q” se encuentra en el agua, lejos de la orilla, al borde de la extenuación, cuando “P” se le acerca en una barca. Ambos saben que no hay ninguna otra posibilidad real de salvar a “Q”, y “P” sabe que “Q” es una persona de palabra y que si “Q” promete algo lo cumplirá. “P” le dice a “Q”: “Te recojo en la barca y te llevo a la orilla si y solo si primero prometes pagarme US\$ 10,000 dentro de los tres días siguientes de haber ganado la orilla con mi ayuda”. ¿Está ofreciéndose “P” a llevar a “Q” a la orilla si lo promete, o está amenazando con dejar ahogarse a “Q” si este no lo promete? Si se considera que el curso normal o esperado de los

acontecimientos implica que “Q” se ahogue sin la intervención de “P”, entonces cuando dice que salvará a “Q” si y solo si “Q” cumple la promesa, “P” está ofreciéndose salvar a “Q”. Si se considera que el curso normal o esperado de los acontecimientos implica que un individuo a bordo de una barca que por casualidad se encuentra con otro que se está ahogando, en una situación de este tipo, le salva la vida, entonces al decir que salvará a “Q” si y solo si “Q” promete hacer lo pedido, “P” está amenazando con no salvar a “Q”⁽²⁰⁾.

Como vemos, las dificultades que presenta la figura de la lesión, para determinar si existe o no un defecto en la formación del contrato, son enormes. En todo caso, la presunción en favor de la exigibilidad de los contratos nos debería llevar a la conclusión de que con excepción de aquellos supuestos mucho más discutibles que Epstein ha denominado de monopolio bilateral, que suelen coincidir con aquellos casos que más fuertemente impactan nuestras intuiciones, se debería exigir la validez de estos acuerdos.

En nuestro Código Civil se han recogido diversas disposiciones que buscan atacar la presencia de defectos mutuos en la formación del vínculo contractual que responden al modelo económico planteado. Además del caso de la lesión, el Código contiene disposiciones sobre el error⁽²¹⁾ (y sus variantes sobre el error de cálculo⁽²²⁾ y error en el motivo⁽²³⁾), el dolo⁽²⁴⁾, el dolo omisivo⁽²⁵⁾, la violencia o intimidación⁽²⁶⁾, la incapacidad de por lo menos uno de los celebrantes⁽²⁷⁾, la ausencia

(18) EPSTEIN, Richard. *Una vistazo más claro de la catedral*. Op. cit.; p. 208.

(19) NOZICK, Robertt. *La coacción*. En: *Puzzles socráticos*. Op. cit.; pp. 27-71.

(20) *Ibid.*; p. 40. Nótese que nos enfrentamos a un típico caso de monopolio bilateral, por lo que Epstein, al margen de las consideraciones sobre si “P” le está ofreciendo algo a “Q” o si, por el contrario, lo está amenazando, resultan irrelevantes.

(21) Código Civil. Artículo 201. “El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte”.

(22) Código Civil. Artículo 204. “El error no da lugar a la anulación del acto sino solamente a rectificación, salvo que consistiendo en un error sobre la cantidad haya sido determinante de la voluntad”.

(23) Código Civil. Artículo 205. “El error en el motivo solo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte”.

(24) Código Civil. Artículo 210. “El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él”.

(25) Código Civil. Artículo 212. “La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa”.

(26) Código Civil. Artículo 214. “La violencia o intimidación son causa de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él”.

(27) Código Civil. Artículo 219. “El acto jurídico es nulo: (...) 2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358”.

de la forma requerida por la ley⁽²⁸⁾, la ausencia de manifestación de voluntad⁽²⁹⁾, etcétera.

Lo que resulta incomprensible es que, si bien se han recogido normas que buscan limitar la libertad contractual para garantizar que en la mayor cantidad de casos posibles los bienes se dirijan hacia sus usos más valiosos, se han recogido otra serie de limitaciones que revelan un profundo desconocimiento de la lógica económica de los intercambios. ¿Cómo es que podemos tener normas que restringen el plazo máximo del arrendamiento a diez años⁽³⁰⁾? ¿Son acaso mayores las posibilidades de abuso de cualquiera de las partes mientras mayor sea el plazo del contrato? ¿Es que los individuos tendemos a perder la razón o el sentido del tiempo cuando nos hablan de espacios temporales medianamente dilatados? ¿Bajo qué clase de argumentos pueden justificarse las normas sobre personas jurídicas que prohíben que los asociados tengan más de un voto⁽³¹⁾, las que limitan la posibilidad del pacto comisorio en el caso de la hipoteca⁽³²⁾, o las que limitan el establecimiento de cláusulas contractuales que prohíban enajenar o gravar⁽³³⁾?

3.2. Efectos adversos sobre terceros

La segunda posibilidad para rechazar la exigibilidad de un contrato se refiere a los efectos adversos que se puedan generar sobre terceros ajenos a la transacción, lo que se conoce como externalidades negativas.

Una externalidad es un efecto que puede ser beneficioso o dañino y que no es tomado en cuenta por la persona que lo crea al momento de decidir si realiza -y en qué medida- la actividad que lo produce. Ese es uno de los argumentos predilectos de los economistas para regular el mercado. Sin embargo, hay que ser muy cuidadoso al momento

de utilizar el argumento de las externalidades para proponer una regulación de las actividades realizadas por los particulares, porque virtualmente todas las acciones generan externalidades, que pueden ser positivas o negativas, incluso dependiendo del sujeto afectado.

El sexo, por ejemplo, genera una serie de efectos no queridos -la mayor parte de las veces- por quienes realizan esta actividad, como la transmisión de enfermedades venéreas, la transmisión más veloz del virus del SIDA, niños (que pueden ser, dependiendo de las circunstancias, efectos positivos o negativos de la relación sexual), el aumento de la población, un incremento de las ganancias esperadas de los accionistas de las empresas de anticonceptivos y una mayor demanda por médicos abortistas. Todos estos son efectos exógenos a la realización del acto sexual en el sentido que -dejando de lado el caso de los niños en algunas situaciones- no son buscados por quienes lo realizan. Y al margen que se trate de una actividad plagada de externalidades, no parece lógico que deba ser limitada o restringida por el Estado, no al menos bajo el argumento de las externalidades⁽³⁴⁾.

Pero este no es, evidentemente, el único caso que produce externalidades y que no justifica una compleja regulación estatal. En realidad, la mayor parte de los bienes y servicios producen *free riders*, desde la educación hasta el diseño de las corbatas, pasando por el buen uso del lenguaje, una sonrisa, un buen perfume y una persona bien parecida. Incluso en muchas oportunidades estas externalidades no pueden ser asignadas a un solo individuo sino que se desarrollan como “explicaciones de mano invisible”, es decir, análisis que explican lo que parece ser el producto del designio intencional de alguien como no causado

(28) Código Civil. Artículo 219. “El acto jurídico es nulo: (...) 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.

(29) Código Civil. Artículo 219. “El acto jurídico es nulo: 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente”.

(30) Código Civil. Artículo 1688. “El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años. Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años. Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos”.

(31) Código Civil. Artículo 88. “Ningún asociado tiene derecho por sí mismo a más de un voto”.

(32) Código Civil. Artículo 1111. “Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario”.

(33) Código Civil. Artículo 882. “No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”.

(34) Hay aspectos relativos al sexo en los que sí existe justificación para la intervención del Estado, aunque ninguno de estos se relaciona con la creación de externalidades a terceros, sino más bien de casos en los que al menos una de las personas involucradas sufre un daño, como el caso de la violación o de la pornografía infantil.

por la intención de alguien⁽³⁵⁾. Un típico ejemplo es el del dinero, que nos muestra cómo es que Locke estaba equivocado cuando sostenía que era necesario un acuerdo o consentimiento mutuo para inventarlo, similar de alguna manera al que se requería para establecer la sociedad civil. “Dentro de un sistema de trueque, constituye un enorme inconveniente y significa un costo grande el buscar a alguien que tenga lo que usted quiere y que quiera lo que usted tiene; incluso en un mercado, el cual, debemos señalarlo, no necesita convertirse en un mercado para todos los que expresamente convengan en negociar allí. Las personas cambiarán sus bienes por aquello que saben es generalmente más codiciado que lo que ellas tienen; así, será más probable que puedan cambiarlo por lo que quieren. Por la misma razón, otros estarán mejor dispuestos a tomar a cambio esta cosa generalmente más deseada. De esta forma, las personas convergerán en intercambios de los bienes más negociables, dispuestos a cambiar sus bienes por ellos. Cuanto más dispuestos, más conocerán a otros que también estén dispuestos a hacerlos, en un proceso mutuamente reforzador (...) Por obvias razones, los bienes en los cuales convergen, a través de decisiones individuales, contendrán ciertas propiedades: valor inicial independiente, físicamente duraderos, no perecederos, divisibles, portátiles, etcétera. No será necesario ningún acuerdo expreso ni contrato social que fije un medio de intercambio⁽³⁶⁾. Toda la sociedad, en el caso del dinero, se ha beneficiado con su creación, pues ahora es mucho menos costoso que se produzcan intercambios que satisfagan a ambas partes del acuerdo. A ninguna persona en particular, sin embargo, se le puede señalar como la creadora de esta externalidad positiva, en el sentido que ningún individuo en particular tuvo en mente la producción y mantenimiento del sistema monetario.

Lo mismo puede ocurrir con las externalidades negativas. La explicación de la “preeminencia intelectual de los judíos” se concentra en el gran

número de los varones católicos más inteligentes que, durante muchos siglos, no tuvieron hijos, en contraste con el estímulo dado a los judíos para casarse y reproducirse⁽³⁷⁾. La promoción que durante largos años se ejerció para que los individuos con mayor inteligencia y con mayores aptitudes para la lectura se dedicaran a la vida monacal les generó, de acuerdo con esta teoría de la preeminencia de los judíos, una externalidad negativa a los descendientes de los cristianos. Hoy en día, esta sería la razón por la que, en promedio, son menos inteligentes que los descendientes de los rabinos judíos.

Pero no solo es complicado determinar cuáles son las externalidades que surgen con la realización de una determinada actividad, ni quién es el productor de estas externalidades. El principal problema -muchas veces insalvable- es que resulta sumamente complejo cuantificar el bienestar y/o el daño que estas externalidades producen, más aún si tenemos en cuenta que las externalidades suelen tener este carácter ambivalente que antes mencionábamos: para algunos, el perfume de una persona les puede resultar sumamente agradable, mientras que a otros esa misma fragancia les puede parecer repulsiva.

El corolario, al evaluar la incidencia de las externalidades en la atmósfera contractual, es que la gran dificultad que supone determinarlas y cuantificarlas, nos debe llevar a actuar con mucha cautela a la hora de establecer qué clase de externalidades van a ser las que nos lleven a cuestionar cierto tipo de arreglos contractuales. Los argumentos que invocan el orden público o las buenas costumbres, entonces, deben ser siempre mirados con recelo.

Así como en otros ámbitos existen externalidades positivas y negativas, los efectos de un contrato sobre los terceros también pueden ser positivos o negativos. Si los efectos son positivos, existe una razón adicional para la exigibilidad de estos contratos, pues no solo se benefician directamente las partes que lo celebran, sino también una serie de terceros que, sin siquiera

(35) Nozick califica el tipo opuesto de explicación como “explicación de mano oculta” que “explica lo que parece ser meramente un conjunto desconectado de hechos que (ciertamente) no es producto de un designio intencional, como si fuera producto del designio intencional de un individuo o grupo. Algunas personas también encuentran satisfactorias estas explicaciones, como lo muestra la popularidad de las teorías de la conspiración”. NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1988. p. 32.

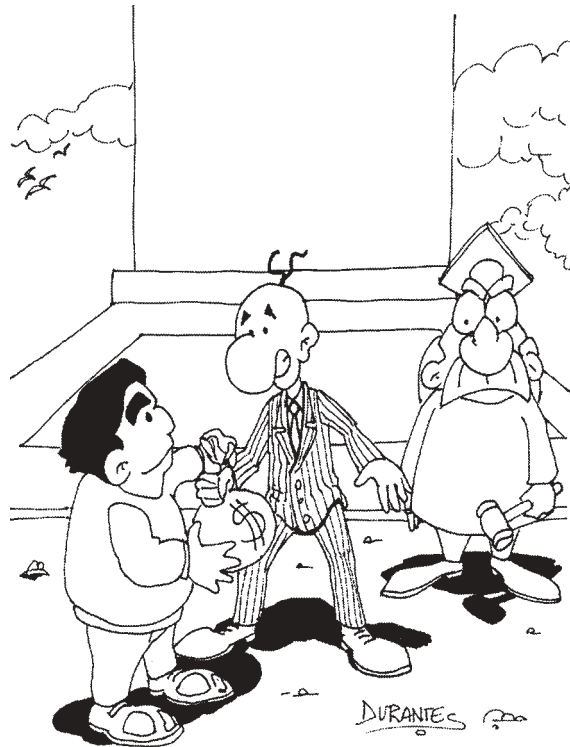
(36) *Ibid.*; p. 31.

(37) *Ibid.*; p. 34.

participar en la negociación del contrato, cosechan los beneficios que este genera. Esta es, felizmente, la posibilidad más común, pues normalmente la celebración de un contrato incrementa el bienestar de las partes y, en esta medida, las posibilidades de que celebren otros acuerdos con distintas personas. El acto por el que se acuerda la constitución de una sociedad, que puede ser analizado desde una perspectiva contractual, no solo genera beneficios para sus accionistas (que son los directos beneficiados con su celebración), sino también sobre toda una serie de personas ajenas a este acuerdo, como los trabajadores que integrarán esta nueva empresa o las personas que ocupen los cargos de administración de la sociedad. Asimismo, la celebración de un contrato de trabajo o un contrato de prestación de servicios no solo beneficia a las partes de la transacción, sino que también genera beneficios para la familia del trabajador o de quien presta el servicio y, en general, para todo el mercado laboral, en la medida en que la disminución de la oferta de trabajadores va a ocasionar que aumente el precio por sus servicios.

¿Qué ocurre sin embargo, cuando los efectos de un contrato sobre los terceros son negativos, de tal forma que la transacción pierde su cualidad esencial de ser un acuerdo *win/win*, en la medida en que ya no todos ganan con su celebración? Si la lógica de los contratos es que mejora la situación de la sociedad en su conjunto, ¿qué hacemos con aquellos casos en los que, por los efectos adversos que el contrato produce, no genera un aumento en el bienestar social?

Para responder las preguntas planteadas debemos distinguir dos casos. En primer lugar, si es que las externalidades creadas por el contrato son pequeñas en relación con las ganancias que las partes perciben con su celebración, la transacción debe realizarse y ser exigible. Esto se debe a dos razones. La primera, que la persona que pierde cuando otros dos individuos celebran una transacción determinada (debido a los efectos que esta generó sobre ella), igual gana en el largo plazo por todos los beneficios que genera el sistema, que le permite celebrar las transacciones que considere beneficiosas para sus intereses y que, ocasionalmente, podrían generarle un pequeño perjuicio a los demás. El ejemplo paradigmático



de este tipo de transacciones es el del daño concurrencial. La sola competencia, si bien beneficia a la sociedad en su conjunto, le genera pequeños (y a veces no tan pequeños) perjuicios a los propios competidores. La agresiva campaña publicitaria puesta en marcha por la empresa "A" puede terminar quitándole clientes a las empresas "B" y "C", ocasionándoles un daño que se refleja en una reducción de sus ingresos esperados. Pero esto no es motivo para limitar la posibilidad de que la empresa "A" contrate con la prestigiosa agencia publicitaria que le diseñó su exitosa campaña.

Esta lógica ha sido recogida en los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial del INDECOPI, en los que se ha señalado que "la pérdida de ingresos o inclusive la salida del mercado del competidor pueden ser consecuencia de la menor eficacia y eficiencia en una economía social de mercado. Este concepto ha sido asumido por el Derecho de la Competencia, por lo que en ninguna de sus ramas es un Derecho protector de la ineficiencia, o una tutela jurídica del competidor respecto a su clientela, o sobre sus factores de producción⁽³⁸⁾.

(38) Resolución 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI, Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial. p. 6.

Asimismo, en el caso seguido por Hotelequip S.A. contra Hogar S.A., el Tribunal del INDECOPI ha establecido que: “(...) una consecuencia natural que surge en un mercado en donde concurren agentes económicos en libre competencia es la pérdida de clientes o proveedores. Los agentes económicos (ofertantes) que participan en el mercado se encuentran en constante lucha por la captación de clientes, proveedores e, incluso, trabajadores. Esta lucha no solo es lícita, sino además deseable y fortalecida en un sistema de libre competencia, pues redundaría en la óptima asignación de recursos y la maximización del bienestar de los consumidores. Ello, constituye la esencia de la competencia. (...) Todo agente que interviene en el mercado es consciente de la existencia de este riesgo por la presencia de otros competidores que en base a su propio esfuerzo empresarial ofrecen propuestas más atractivas, ya sea por ser estas de mejor calidad o más ventajosas. En ese sentido, todo agente también es consciente de que las consecuencias que ello traería, es decir, la posible pérdida de ingresos o, incluso, la posible salida del mercado, es una sanción a la menor eficiencia”⁽³⁹⁾.

La segunda razón por la que se debe propiciar la exigibilidad de los acuerdos que generen externalidades menores que las ganancias percibidas por las partes con su celebración, es que cualquier alternativa distinta nos llevaría a una catastrófica situación de parálisis productiva. Cualquier persona, por ejemplo, podría bloquear todas las transacciones que determinados proveedores celebren con sus competidores, pues cada una de estas transacciones le genera un daño, en la medida en que disminuye su participación en el mercado y, por lo tanto, las utilidades que percibe. Las empresas, en este escenario, no podrían contratar a un trabajador porque esto les quita una oportunidad laboral a los demás postulantes; los individuos tendrían prácticamente vedadas sus opciones de consumo, pues cada elección supondría dejar de adquirir los productos de otro; no se podrían conducir vehículos porque estos producen niveles de contaminación que terminan afectando a quienes no los tienen; las universidades no podrían tomar elegir entre los postulantes, pues ello implicaría dejar a algunos de lado; etcétera.

En segundo lugar, si las externalidades negativas generadas por el contrato son mayores en relación con las ganancias percibidas por las partes, la transacción debe ser prohibida, siempre que se cumpla con la condición de que las pérdidas de los terceros menos las ganancias de las partes, sea mayor que los costos administrativos de la prohibición. Esta idea es absolutamente consistente con nuestra meta de maximizar el bienestar de la sociedad, porque el bienestar no solo es una función de la relación entre externalidades y beneficios del contrato, sino también del costo de restringir, regular o prohibir la realización de una determinada actividad o la celebración de cierta clase de acuerdos. Si es que fiscalizar el cumplimiento de cierta prohibición nos cuesta más, vía mayores impuestos, que el costo que representa la celebración del contrato, estaremos mejor si es que dejamos que el contrato se celebre aun cuando sus efectos netos (es decir, el valor negativo de las externalidades menos el valor positivo de los beneficios del acuerdo para las partes) sean negativos.

De esta forma, la limitación de la libertad contractual será apropiada siempre que se satisfaga la siguiente inequación: $P - G > CA$, donde “P” representa las pérdidas de los terceros, “G” las ganancias de las partes con la celebración de la transacción, y “CA” los costos administrativos en los que se debe incurrir para hacer efectiva la prohibición.

Algunos ejemplos pueden servirnos para aclarar este punto. La teoría económica puede predecir que existen ciertas fusiones y adquisiciones de empresas que, en la medida en que suponen el establecimiento de un monopolio, van a generar una serie de daños y perjuicios económicos sobre terceros ajenos a la operación de fusión o adquisición (esencialmente los consumidores de los bienes producidos por las empresas contratantes). Si fuera posible establecer un sistema judicial y administrativo barato para realizar un efectivo y rápido control de estas fusiones y adquisiciones, probablemente lo más deseable sería que varias de estas operaciones fueran prohibidas por la entidad reguladora y por el Poder Judicial. El mundo real, sin embargo, nos demuestra que los costos administrativos de la regulación son muchas veces prohibitivos y que

(39) Resolución 0086-1998/TDC-INDECOPI, recaída en el expediente 070-97-C.C.D.

los enormes riesgos que generan sobre la regulación y la mala regulación (incluyendo el costo del error de operar el sistema legal) son lo suficientemente altos como para descartar este sistema de control. Por eso, a pesar de que las externalidades negativas de una fusión puedan ser mayores que las ganancias que crea para las partes (es decir, a pesar de que los efectos adversos sobre los consumidores son mayores que los beneficios para las empresas que se fusionan) no prohibimos este acuerdo por los grandes costos administrativos que supondría la regulación de estos temas.

Algo similar ocurre en el caso de las drogas⁽⁴⁰⁾. Si dejamos de lado cualquier visión paternalista acerca de la función del Estado, las personas que participan en transacciones para el consumo de drogas se ven beneficiadas con el intercambio. Pero esto no quiere decir que el consumo de drogas no produzca externalidades negativas, o al menos la probabilidad de que estas se generen. El consumo de drogas aumenta la posibilidad de conductas violentas, la posibilidad de accidentes de tránsito, de problemas familiares e incluso incrementa las posibilidades de que se pueda dañar al feto, cuando las consumidoras son mujeres en estado de gestación⁽⁴¹⁾. Sin duda es difícil cuantificar el perjuicio que generan estas externalidades, pero ello no es óbice para dejar de tomar en cuenta los enormes costos que hoy en día produce la prohibición de este tipo de acuerdos, que se traducen en una pesada carga impositiva, el pago a un mayor número de policías, los mayores gastos para controlar el aumento en los niveles de violencia en la sociedad (que guarda una estrecha relación con la prohibición), el mantenimiento de más prisioneros y prisiones, etcétera. Si la conclusión en este caso es que los costos de fiscalizar la prohibición son mayores que las externalidades que generan las transacciones relacionadas con las drogas, carecerá de sentido

que mantengamos la prohibición, así como carece de sentido, en buena parte por este argumento, que se intente prohibir el consumo de alcohol o el de cigarrillos.

Pero los daños físicos o económicos no son las únicas externalidades negativas que un contrato puede generar sobre terceros ajenos a la transacción. Hoy en día, existe una gran diversidad de externalidades *soft*, que son aquellos efectos relacionados con reacciones subjetivas a cierto tipo particular de transacciones voluntarias. Este tipo especial de externalidades suele surgir en el marco de acuerdos que, por contradecir una particular visión de lo correcto y lo incorrecto de un grupo más o menos extenso de individuos, crean en ellos una especie de afectación moral o psicológica, en el sentido más amplio del término. Se trata, en otras palabras, de un sufrimiento estrictamente subjetivo que una determinada transacción puede generar sobre una persona o grupo de personas.

Uno de los principales supuestos de estas externalidades *soft* es precisamente el que es materia de análisis en el presente trabajo: la patrimonialización de ciertos bienes que, por una particular concepción moral de un grupo de individuos de la sociedad, se alega que no deberían ser objeto de transacciones comerciales. Uno de estos casos de patrimonialización de los bienes es el de la prostitución, que les puede ocasionar, a aquellos que están en contra del ejercicio de esta actividad, algún tipo de afectación subjetiva, en la medida en que sientan que su realización es degradante y va en desmedro de la condición del ser humano.

Otro caso paradigmático es el de la venta de órganos. Se dice, desde esta perspectiva, que los órganos de un ser humano no pueden ser transados en el mercado porque forman parte de la persona y, en este sentido, terminan siendo fundamentales para su realización en tanto tal. El

(40) SOLÍS, Gerardo. *¿En qué se parecen Johnnie Walker y Pablo Escobar? Op. cit.*

(41) Efectivamente una de las "víctimas inocentes" de la actual guerra contra las drogas son los llamados *crack babies*, es decir, los nonatos concebidos por madres consumidoras de drogas. Este tipo de víctimas va a existir tanto bajo un sistema de prohibición como bajo el de la legalización. Sin embargo, con el actual sistema, una mujer embarazada que es adicta a las drogas siente temor de acudir a un tratamiento prenatal porque ello supone prácticamente declararse criminal. Con la legalización, en cambio, esta misma mujer, que aún cuando es adicta tiene un cierto sentido de responsabilidad respecto de su hijo, va a tener incentivos para acudir a recibir un tratamiento adecuado. Además, bajo estas circunstancias será posible implementar un sistema mucho más efectivo de cuidado prenatal, y va ser más sencillo persuadir a las mujeres adictas que procuren no tener hijos o que si salen embarazadas, dejen de consumir drogas durante el período de gestación. Véase: SOLÍS, Gerardo. *Ibid.*

desagrado de “A” por la venta del órgano de “B”, sin embargo, no es razón suficiente para prohibir la operación de compraventa de órganos, así como tampoco el placer “B” por la venta del órgano de “A” es razón suficiente para obligar a “A” a que lo venda.

Pero las externalidades *soft* no están presentes solo en casos que a algunos puedan parecerles extremos, sino también en situaciones mucho más banales y hasta cotidianas. Veamos algunos casos. Todos los años durante los meses de octubre y noviembre se celebra en Lima la feria taurina del Señor de los Milagros, espectáculo muy concurrido y esperado durante todo el año por un grupo de admiradores de los toros. Todos los años, sin embargo, no se hace extrañar la presencia, en las afueras de la plaza en la que se realizan las corridas de toros, de un grupo de personas, entre ellos varios miembros de la Sociedad Protectora de Animales, que reclaman airadamente a los concurrentes y que solicitan al Estado la prohibición de este tipo de prácticas⁽⁴²⁾. Estas personas no sufren ningún tipo de afección física ni económica. Todas, luego de realizadas las corridas, mantienen su trabajo y conservan la salud. La afectación que sufren es, por llamarla de alguna manera, de carácter psicológico. Sufren porque hay otros que hacen sufrir a cierto tipo de animales que ellos aprecian. Las corridas de toros les generan, en este sentido, una externalidad *soft*.

Algo similar ocurrió hace unos pocos años con una frustrada marcha de homosexuales en un distrito de la capital, cuando un grupo representativo de *gays* y lesbianas organizaron y pretendieron llevar a cabo, en el día internacional de la homosexualidad, una marcha que busque llamar la atención sobre sus derechos y el actual estado de marginación en el que muchos de ellos se

encuentran. Sin embargo, cuando todo estaba preparado para esta pacífica manifestación, el alcalde de turno, a pedido de la mayoría de los vecinos del distrito, decidió prohibir la marcha. Los vecinos alegaron que el distrito estaba compuesto por personas en su mayoría católicas, que verían afectada su sensibilidad religiosa si es que se permitía la realización de una manifestación claramente contraria a sus creencias. Se alegó, nuevamente, aunque en otros términos, la existencia de externalidades *soft*.

Quizá el caso de externalidades *soft* más sonado de los últimos tiempos sea el del problema surgido con la posibilidad de colocar en las carteleras de diversos cines la película *La última tentación de Cristo* de Martin Scorsese. El tema tuvo una especial trascendencia en Chile, donde se llegaron a pronunciar las más altas instancias judiciales de este país. El problema se inició cuando, en 1988, el Consejo de Calificación Cinematográfica (CCC) decidió censurar la referida película de Scorsese por considerar que contradecía las enseñanzas de la Biblia y constituía una ficción de parte de la vida de Cristo. En marzo de 1989, un panel de apelaciones del CCC confirmó la decisión adoptada con anterioridad. En noviembre de 1996, la compañía distribuidora de la película, United International Pictures, envió por segunda vez la cinta al consejo para su clasificación. Esta vez el resultado favoreció a la empresa: el CCC procedió a calificarla como apta para mayores de 18 años, la categoría más severa. No obstante, poco antes de que la película pudiera ser exhibida, un grupo de abogados que representaba a la asociación pro censura El Porvenir de Chile presentó un recurso de protección contra el CCC ante la Corte de Apelaciones de

(42) Para algunos estudios sobre la relación entre el Derecho y los animales, y el trato que estos últimos deberían recibir, véase: ESPTEIN, Richard. *Animals as objects or subjects, of rights*. En: *John M. Olin Law and Economics Working Paper*. Número 171. p. 36.; EPSTEIN, Richard A. *Los peligrosos reclamos del movimiento protector de los derechos de los animales*. En: *ius et veritas*. Número 21; SUNSTEIN, Cass. *The rights of animals: a very short primer*. En: *John M. Olin Law and Economics Working Paper*. Número 157. p. 20.; y, NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. *Op. cit.*; pp. 47-53. Este último, por ejemplo, se pregunta si es que existen límites a lo que podemos hacer a los animales y si es que los animales tienen el estatus moral de meros objetos. El argumento que muchas veces se esgrime para sostener que hay ciertas formas en que los animales no deben ser tratados es que las personas no deben maltratarlos porque estos actos los brutalizan y hace que muy probablemente dispongan de la vida de personas únicamente por placer. El argumento es ciertamente débil. En palabras de Nozick, “¿Cometen más homicidios los carniceros (más que otras personas que tienen cuchillos a su alrededor)? Gozo golpeando bien una pelota de béisbol con un bate, ¿acaso esto incrementa considerablemente el peligro de que yo haga lo mismo con la cabeza de alguien?, ¿no soy capaz de entender que las personas difieren de las pelotas de béisbol?, ¿qué no evita este entendimiento las consecuencias?, ¿por qué las cosas deben ser diferentes en el caso de los animales? Ciertamente, si la consecuencia tiene lugar o no es cuestión empírica; sin embargo, sí existe un acertijo en cuanto a por qué esta debe tener lugar. NOZICK, Robert. *Ibid.*; pp. 47 y 48.

Santiago. El recurso señalaba que el levantamiento por parte del CCC de la prohibición para que se presente en las salas de cine la película era contrario al derecho al honor de Cristo y sus seguidores, incluyendo el de la Iglesia Católica y los propios recurrentes. Como respuesta, la corte archivó el recurso y prohibió inmediatamente la exhibición de la obra. Posteriormente, el 20 de enero de 1997, la Corte de Apelaciones concedió el recurso de protección, anulando la decisión del CCC de legalizar el filme y confirmó la validez del fallo del panel de apelaciones del mencionado organismo. La Corte de Apelaciones objetó la presentación de Cristo como un individuo secundario, sin un ápice de dignidad y al que se le había quitado toda señal de divinidad. La Corte estableció que la película de Scorsese representaba a Cristo como un hombre inseguro y de poca monta, cuya falta de expresión oral y exagerado sentimentalismo solo permitían hacerse una imagen absurda y disminuida de una persona que había influido sustancialmente la filosofía, la religión cristiana, la historia universal y la vida de millones de personas.

De lo que la justicia chilena no se percató fue que, al defender en el terreno civil el honor de Cristo y de sus seguidores, podría acabar menoscabando los derechos de otros ciudadanos, tales como los de aquellos que profesan el judaísmo u otras creencias en las que la verdad sobre Cristo esté sujeta a duda. Por ejemplo, aplicando el mismo principio defendido en el caso de *La última tentación de Cristo*, un grupo cualquiera de ciudadanos que profese el judaísmo, que diga defender su fe y sus costumbres, podría interponer en cualquier momento un recurso de protección en contra de películas o publicaciones católicas que pudieran resultar ofensivas al pueblo judío, a los fariseos, al sanedrín o a cualquiera de sus instituciones históricas, porque desde su perspectiva aparecería en dichas publicaciones una imagen distorsionada, interesada y parcial de su manera de entender la historia. Gran parte del Nuevo Testamento podría estar sujeto a censura,

pues en muchos pasajes de este se establecen presuntas verdades históricas que seguramente son ofensivas a los judíos o a sus instituciones, cuya veracidad es difícilmente comprobable en el plano legal y cuya severidad solo se entiende a partir de la creencia de que el auténtico Mesías es Jesús de Nazaret, creencia que no todos tienen por qué compartir. De igual manera, quienes profesan el protestantismo podrían sentirse ofendidos por la manera en la que la figura de María, la madre de Jesús, o de diversos santos, es venerada en muchas películas de inspiración católica, y podrían llevar el debate teológico acerca de la virginidad de la primera o la santidad de los segundos al terreno legal. Y así, aplicado el criterio del cual la justicia chilena ha sentado precedente a cualquier creencia o disputa religiosa, las querellas podrían multiplicarse en progresión geométrica inimaginable⁽⁴³⁾.

En el Perú, el tema de la película de Scorsese ciertamente no llegó a los tribunales. Pero no fue escasa la controversia y el ajeteo que causó su posible incorporación en el conservador listín cinematográfico limeño, como no es tampoco escasa la controversia relacionada con *El Código Da Vinci*. Programas de televisión, artículos periodísticos y una vasta propaganda impresa dilataron su presentación en las salas de cine de Lima hasta casi diez años después de su estreno original. Prohibir los discursos que afecten a otros en la práctica supondría, sin embargo, que todos debamos quedarnos callados, pues casi todo lo que decimos, por más banal que resulte, puede incomodar casi a cualquiera que nos escuche. Por eso, se considera que si tomamos en cuenta los efectos positivos de la libertad de expresión, estos cancelan o compensan los efectos negativos que genera, aun cuando en una gran cantidad de casos, el ejercicio de la libertad de expresión genere más perjuicios que bienestar. Y por eso también la libertad de expresión debería verse libre de la regulación estatal.

Lo que ocurre en este caso, como en el de los toros y el de la manifestación de

(43) Para una presentación más extensa de este y otros casos chilenos sobre este tema de las externalidades *soft*, aunque sin utilizar este término y desde una perspectiva y lógica constitucional (que presupone, de manera sumamente discutible a nuestro juicio, que el derecho a la libertad de expresión debe prevalecer, en casos de conflicto, por encima del derecho al honor de las personas), véase: ESCANDÓN GODOY, Arturo. *Ejercicio de las tiranías*. En: *Censura y liberalismo en Chile a partir de 1990*. Véase, además: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998. Informe especial del relator sobre la libertad de expresión*.

homosexuales, es que muy pocas veces se presta atención al centro del problema. El problema no es si existe o no una afectación hacia creencias y valores de un determinado grupo de personas. No se trata, por lo tanto, de develar si existe un daño bajo la famosa fórmula del daño de Mill. Claro que existe daño, al menos en un sentido muy amplio. El tema es si se trata de un daño o afectación que el Derecho deba proteger y, eventualmente, declarar como susceptible de ser indemnizado. Y es que los problemas para calcular el monto de la afectación y, sobretudo, la parálisis productiva que se produciría, serían inmensos. ¿Cómo calculamos cuánto vale el daño que percibe el amante de los animales por las corridas de toros o las peleas de gallos en las que otros participan? ¿Cómo calculamos la afectación que sufre el cristiano por el hecho de otros vean *La última tentación de Cristo* o el “daño” que sufre el musulmán por la publicación del libro de Salman Rushdie, *Los versos satánicos*? O, aun más complicado, si prohibimos que marchen los homosexuales, ¿no se podría llegar a prohibir que los católicos se reúnan para recibir al Papa si es que se comprueba que alguien ajeno a la religión católica se siente afectado por este caluroso recibimiento que él no comparte en lo absoluto? ¿Si se llegan a prohibir las corridas de toros -porque se quiera proteger a quienes se sienten afectados por el supuesto sadismo con que se da muerte a un animal- no podrá un Hare Krishna, exactamente bajo el mismo argumento del sufrimiento subjetivo, conseguir que se prohíba el consumo humano de carne de res?

¿Cuál es entonces la regla apropiada para estas externalidades *soft*? La única posibilidad, si queremos alejarnos de una situación de parálisis productiva, es ignorarlas todas. Así como no interesa que alguien se sienta psicológicamente afectado por la opinión política de otro, no debería interesarnos tampoco que alguien se sienta subjetivamente afectado porque la transacción que otros celebran no se ajusta con sus parámetros morales. Porque así como todos ganamos con la libertad de expresión y con la ausencia de regulación estatal sobre este aspecto, todos igualmente ganamos con una libertad contractual que no se encuentre limitada por las aflicciones psíquicas, subjetivas e inconmensurables de algún tercero.

4. Hacia una teoría de indiferencia moral

Lo que hemos hecho cuando elaboramos el modelo presentado en el punto anterior es tratar el problema de la libertad contractual como un tema moralmente indiferente, de tal forma que la posibilidad de que ciertos bienes se cuantifiquen monetariamente y formen parte de transacciones comerciales se encuentre limitada únicamente sobre la base de cuestiones funcionales.

Ciertamente, todas las teorías normativas acaban siendo, en última instancia, teorías morales. Pero es cierto también que hay una clara diferencia entre considerar la libertad contractual como una cuestión que debe ser analizada a la luz de argumentos esencialmente morales, en el sentido estricto del término, y pensarla simplemente como una probable fuente de regulación, de acuerdo con las consecuencias que en la práctica genera la prohibición o legalización de determinada clase de transacciones. Los argumentos y la metodología de ambos enfoques son disímiles.

Analizar el tema de la libertad contractual a partir de la óptica de la indiferencia moral supone dejar de lado concepciones religiosas o valorativas que no necesariamente son compartidas por todos los individuos que forman parte de la sociedad y estudiar el problema de la misma manera como nos abocaríamos al estudio de la comida. Nadie en nuestra sociedad -o un sector de la población absolutamente minoritario, en todo caso- considera que la actividad de comer trae consigo una compleja y pesada carga moral. Las regulaciones que giran en torno a la comida se refieren únicamente a problemas de externalidades o engaño (dos de los supuestos analizados en nuestro modelo de libertad contractual). Así, se puede prohibir temporalmente la importación de carne de ganado vacuno de algunos lugares específicos por los problemas relacionados con el virus de la vaca loca, se puede fiscalizar el expendio de comida que se entregue en condiciones claramente distintas de las ofrecidas, o se puede dictar algunas normas básicas sobre determinados aspectos sanitarios.

La evaluación de un problema desde una perspectiva de indiferencia moral no es sinónimo de ausencia de regulación y no necesariamente supone -no en el marco de nuestra propuesta al

menos-, la liberalización absoluta del mercado bajo cualquier circunstancia. Así como diversos aspectos relacionados con la comida pueden ser regulados sobre la base de las externalidades que se produzcan o puedan producirse o tomando en cuenta determinadas situaciones de abuso o fraude que, *ex post*, se pueden detectar, de la misma manera podría, en caso fuera necesario, diseñarse un marco regulatorio para los diversos temas vinculados con la mercantilización. Si la prostitución, por ejemplo, produce un considerable aumento y difusión de las enfermedades venéreas -aunque la evidencia fáctica demuestra lo contrario- deberían tomarse las medidas necesarias para atacar este problema y no buscar de arranque la prohibición de todos los actos relacionados con la prostitución. Igualmente, si se teme que la legalización de los contratos de subrogación materna traiga consigo algunas situaciones de abuso (que es algo sobre lo que no existe evidencia teórica ni empírica) debería diseñarse un esquema de incentivos que busque evadir esta dificultad, antes que proponer la prohibición absoluta y sin excepciones para este tipo de acuerdos.

Adoptar una postura de indiferencia moral para abordar problemas concretos relacionados con la libertad contractual nos permite lidiar con problemas que de otro modo serían insuperables, como los de la valoración del sufrimiento subjetivo y la parálisis productiva que se produciría si decidimos atender todas las demandas de afectación moral. Es adrede, entonces, que dejamos de lado opiniones como la de Bork, que ha señalado que “ninguna actividad que la sociedad piensa que es inmoral carece de víctimas. El conocimiento de la ocurrencia de una actividad es un daño para aquellos que la encuentran profundamente inmoral”⁽⁴⁴⁾. “Victimizar” las afectaciones subjetivas y protegerlas a través del establecimientos de alguna prohibición sobre ciertas conductas no es sino una manera subrepticia y callada de crear nuevas víctimas.

Tampoco estamos atendiendo aquellas opiniones que aseguran que el respeto a ciertos

valores de determinada tradición moral constituye la base para el desarrollo. Devlin, por ejemplo, se preocupaba sobre las consecuencias para la familia de que vicios como el alcoholismo o la homosexualidad se esparcieran sobre la cuarta parte de la población de la sociedad. Acá el argumento contra el conservadurismo es aún más tangible, pues está basado en el poder de persuasión de la prueba fáctica. El final de la era de la prohibición del alcohol en los Estados Unidos no ha creado una nación de alcohólicos⁽⁴⁵⁾, de la misma manera como la liberalización de las leyes sobre el sexo, especialmente en los países escandinavos, no ha creado una nación llena de homosexuales. Tampoco es cierto que los países desarrollados sean aquellos que conservan y practican una sólida tradición moral. Es cierto que Estados Unidos es una nación de bases cristianas muy fuertes, pero también es cierto que los norteamericanos “son cristianos entusiastas, antes que buenos cristianos”⁽⁴⁶⁾. Y países como Japón, Suecia y Dinamarca, claramente países desarrollados, casi no conservan, ni en sus costumbres ni en sus instituciones legales, rezagos de alguna teoría moral. La relación entre valores y civilización es lo suficientemente débil como para ser rechazada.

5. Conclusión

La frase que le da título a este artículo resume el mensaje que hemos querido recoger a lo largo de estas páginas: la mejor manera de lograr el mayor bienestar para la sociedad es dejando que cada individuo determine por sí mismo el valor que le asigna a sus bienes, así como la ocasión en que decide desprenderse de ellos. Y nadie debiera estar facultado para impedirlo.

Lo que hemos pretendido es mostrar una frontera clara acerca de qué transacciones se les pueden limitar o prohibir a las personas. Como se puede constatar, la frontera le entrega a los particulares un campo de acción bastante mayor que el que con frecuencia se les concede, no sobre la base de una suerte de verdades naturales o

(44) BORK, Robert. *The tempting of America: the political seduction of the law*. New York: Touchstone, 1991.

(45) Es más, en términos relativos, los índices de consumo de alcohol se han reducido sensiblemente desde el fin de la prohibición hasta la actualidad. Al respecto, véase: FRIEDMAN, Milton. *The war we are losing*. *Op. cit.*; pp. 53-67; MIRON, Jeffrey. *Violence and the U.S. Prohibitions of Drugs and Alcohol*. En: <http://www.econ.bu.edu/miron/>; y, FRIEDMAN, David. *Drugs, Violence and Economics*.

(46) POSNER, Richard. *Sex and Reason*. p. 236.

principios inmutables, sino tratando de tomar conciencia de que estas limitaciones normalmente terminan afectando negativamente a los individuos.

Estas ideas, como todas, pueden recibir críticas desde diversos flancos. Pero hay una que he escuchado con particular frecuencia cuando comentaba algunos de sus argumentos y propuestas: que el artículo presenta una posición extremista. Ciertamente no me parece una crítica preocupante por su solidez o coherencia. Es más, si es que este atribuido extremismo resulta intelectualmente provocador, me habré dado por bien servido, pues se habría satisfecho la necesidad esencial de todo trabajo intelectual. Los argumentos, en otras palabras, no solo se esgrimen por convicción, sino también por provocación.

La crítica del extremismo, no obstante, es inquietante por su dispersión. Y es que a pesar de su innata debilidad, es comúnmente utilizada para descalificar sin más alguna idea eventualmente valiosa. Lo que suele haber detrás de esta crítica, antes que alguna meritoria construcción teórica, es una buena dosis de prejuicios. Y enfrentar opiniones prejuiciosas suele ser una batalla muy difícil de ganar. No en vano la frase de Einstein, “¡Triste época la nuestra! Es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio”.

El presupuesto esencial para comprender el mensaje que este trabajo pretende propagar es, pues, no temerle a las grandes verdades ni a los esparcidos consensos intelectuales, sino más bien desconfiar recelosamente de ellos. Este, en todo caso, es el primer movimiento para aprender a ser tolerante con las decisiones del resto sin pretender gobernarlas con nuestra propia concepción de lo correcto e incorrecto, porque, como diría Proudhon, no tenemos ni el derecho ni la sabiduría ni la virtud para hacerlo.

Parados frente al espejo, suele aparecernos la visión de una nariz pequeña y respingada entre ambos ojos, que gusta tanto al resto como a nosotros. La realidad, sin embargo, usualmente difiere de esta fantasía pretenciosa y revela al resto una nariz común y corriente, que algunos gusta, a otros incomoda y a la gran mayoría les genera la más completa indiferencia. Pero así como esta pequeña ofensa nasal no es razón suficiente como para mandar a alguien al quirófano, la conducta y las transacciones que fastidian al resto o contrarían sus creencias o moral no son mérito suficiente para una prohibición. Por eso, salvo que claramente se dañe al resto, la libertad contractual se debe respetar al margen de la nariz, de la moral y de la conducta. ¹²