

Miguel Ángel Bolaños Rodríguez

# EL OCASO DE LA LEGÍTIMA HEREDITARIA

## Retrato de una banalidad

Tesis para acceder al  
Grado académico de  
Magíster en Derecho



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DEL PERÚ

Pontificia Universidad Católica del Perú

Escuela de graduados

Maestría en Derecho con mención en Derecho civil



A Víctor Rodríguez Paredes

El cambio es nuestra opción.  
Y se empieza cuando se decide.

*Ratatouille.*

Brad BIRD & Jan PINKAVA.  
Disney / Pixar Studios, 2007.



## Resumen

Se analiza la política legislativa de la legítima y se aconseja un cambio de dirección dando preferencia hacia un vuelco normativo. También se encuentran las razones del por qué en el Perú se rechaza este cambio normativo. Así como también las razones por las que una propuesta de este tipo no sería fructífera, no obstante su innegable sustento económico. Se parte desde una perspectiva económica, en el amplio abanico de posibilidades histórico-económicas, hasta de la visión política del iusnaturalismo.

## Abstract

The legislative policy of the legitimate is analyzed and a way change is advised giving preference towards one overturn normative. Also they find the reasons of why in Peru this normative change is rejected. As well as also the reasons for which an offer of this type would not be fruitful, nevertheless his undeniable economic sustenance. It splits from an economic perspective, in the wide range of historical - economic possibilities, even of the political vision of the iusnaturalismo.

## Résumé

La politique législative de la légitime est analysée et on conseille un échange de direction en donnant une préférence vers un je me renverse normatif. Aussi les raisons se trouvent de pourquoi au Pérou cet échange normatif est repoussé. Ainsi que aussi les raisons par lesquelles une proposition de ce type ne serait pas fructifère, cependant son soutien indéniable économique. Il part depuis une perspective économique, dans l'ample éventail de possibilités historiques - économiques, même de la vision politique de l'iusnaturalismo.

# CONTENIDO

---

Dedicatoria  
Epígrafe  
Contenido  
Introducción

## Capítulo I: La legítima

- I. Una aproximación a nuestro objeto de estudio
  - A. Concepto
  - B. Naturaleza
    - 1. Norma de orden público
    - 2. Deber & derecho
    - 3. Derecho expectatio
  - C. Clases de legítima
  - D. Antecedentes históricos
    - 1. En el derecho romano
    - 2. En el derecho germánico
    - 3. En el derecho español
  - E. Legitimarios
  
- II. La legítima en el Perú: entre la moralidad y la racionalidad
  - A. Introducción
  - B. Moralidad de la legítima
    - 1. La familia
    - 2. La armonización de la justicia y de la libertad
    - 3. El amor
  - C. La racionalidad
    - 1. Derechos de propiedad
    - 2. Racionalidad de la justicia
    - 3. Racionalidad de la solemnidad

- D. La doctrina jurídica
  - 1. La moralidad de la doctrina
  - 2. El individualismo en la doctrina legal
  - 3. Fundamento moralista en la doctrina nacional
  - 4. La influencia de la religión católica
  - 5. Los pensamientos de la doctrina jurídica nacional
  - 6. La corriente jurídica de las tesis universitarias

## Capítulo II: Análisis económico de los derechos de propiedad

- I. Premisas del AED aplicados a la legítima
  - A. Teorema de Coase en la legítima
    - 1. Preliminares
    - 2. El mercado
  - B. Derechos de propiedad
    - 1. Nivel eficiente de inversión
    - 2. Eficiencia de información
- II. Análisis económico de la herencia legitimaria
  - A. Aproximaciones
  - B. En dónde están los derechos de propiedad
    - 1. Diferentes perspectivas
    - 2. Las tres características esenciales de los derechos de propiedad
    - 3. Restricciones eficientes
  - C. La propiedad según CALABRESI
  - D. Propiedad y protección del beneficio futuro
    - 1. Donaciones inoficiosas
    - 2. Definición de derechos de propiedad
    - 3. Derechos de propiedad y entorno social
    - 4. Incentivos para no realizar testamento
    - 5. Derechos de propiedad aplicados a negociaciones
    - 6. Diferentes incentivos, diferentes propiedades: comunales o privados
  - E. Derechos de propiedad solucionan el problema de la escasez

## Capítulo III: LA INEFICIENCIA DE LA LEGÍTIMA

- I. Sistemas hereditarios ante el cambio social
  - A. La legítima: entre Escila y Caribdis
  - B. El mercado del afecto
  - C. Costos primarios: una propiedad privada no exclusiva y no disponible
    - 1. De la propiedad exclusiva a la común: a paso de cangrejo
    - 2. Maximizar el consumo, minimizar la inversión
    - 3. Propiedad No disponible: conducta oportunista o Free riders
  - D. Costos secundarios: la intervención no deseada del Estado
  - E. Costos morales
  
- II. Sistemas hereditarios
  - A. El escenario cousesiano
  - B. Preferencias y presupuesto
  - C. Los aportes de Menchik
  - D. Sistemas de representación de los derechos de propiedad
  - E. Clasificación de los sistemas hereditarios
  
- III. Eficiencia de las normas jurídicas
  - A. La funcionalidad de la legítima: sistema de transmisión intergeneracional
    - 1. El aporte de Wedgwood
    - 2. El aporte de Kotlikoff
  - B. La legítima genera incentivos perversos
  - C. La legítima no promueve un nivel eficiente de inversión en la propiedad: plantar un árbol
  - D. Derechos de propiedad y propiedades: el derecho y su contenido
  
- IV. Los efectos ineficientes de la legítima
  - A. La ausencia de necesidad de la legítima: ¿cuál es la necesidad que satisface?
  - B. Los efectos de la legítima en el libre intercambio
  - C. Incentivos negativos sobre la especialización del individuo

- D. Efectos sobre la eficiencia: ¿logra, la legítima, una mayor satisfacción de los individuos dentro de una sociedad?
  - E. Posiciones estratégicas generadas por la legítima para el heredero y para el testador
  - F. Efectos en el aprovechamiento racional de los recursos escasos
- V. La legítima en el mercado
- A. Solucionando las fallas de mercado
    1. Propiedad y libertad
    2. Influencia de la moral religiosa en la formación del fundamento de la legítima
    3. Entorno económico de la legítima en el caso peruano: una economía social de mercado
    4. Paternalismo estatal
  - B. ¿Y dónde está la falla del mercado que justifique la intervención del Estado por intermedio de la legítima?
    1. Análisis costo-beneficio de las externalidades producidas por la legítima respecto a la libertad del testador
    2. El causante como un monopolio en el mercado de las herencias
    3. La herencia como bien público
    4. Asimetrías de información en la legítima respecto de la libertad del testador
  - C. Relaciones entre justicia y libertad
    1. La moralidad como fuente de incertidumbre en contextos de información incompleta
    2. Las barreras de entrada al mercado de las herencias en la legítima
    3. Costos de transacción, ¿inevitablemente altos?
    4. La influencia de la moralidad en el sistema de derechos de propiedad.
    5. Racionalidad restringida de la legítima
- VI. Eficiencia y justicia: ¿contrarios?
- A. Visión utilitarista de la justicia y la libertad
    1. Hacia una concepción de justicia
    2. El derecho en un supuesto de abundancia de recursos



3. El momento histórico de coincidencia entre eficiencia y equidad
- B. La legítima frente al cambio social
- C. Breve historia económica de la legítima en el derecho romano
- D. Incentivos económicos del sistema de derechos de propiedad y de herencias en la historia económica

Conclusiones

Bibliografía



## INTRODUCCIÓN

---

Presento a ustedes, señores del jurado, mi tesis *El ocaso de la legítima. Retrato de una banalidad*, en homenaje a mi asesor quien en alguna oportunidad, refiriéndose a mi planteamiento, me dijo: «Miguel Ángel, son cosas banales». Aun cuando respeto el pensamiento y la obra del maestro, pensamos que en un país con migraciones del campo a la ciudad, del país al extranjero y de transformación de la población juvenil que mantener a la legítima no es eficiente y es fuente de graves problemas sociales, que no serán explicados en esta tesis.

También advertimos que esta tesis no plantea como novedad que la legítima es ineficiente, sino el por qué en nuestro medio, seguirá existiendo la legítima, pese al análisis que se haga al respecto.

La Legítima protege a la familia. Esta parece ser una conclusión irrefutable desde el momento que constatamos en el artículo 4º de nuestra Constitución: «La comunidad y el Estado... protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad». Sin embargo, creemos que esta manera de pensar es fruto de una tradición iusnaturalista.<sup>1</sup> Para salir de este pensamiento circular es necesario preguntarnos ¿Por qué los individuos no pueden elegir a su familia? Si una persona considera que su familia es su tío, su nieto y su ahijada entonces el Estado debiera proteger a *su* familia.

La herencia forzosa se basa en el principio de la «voluntad presunta del testador». De haber muerto sin testamento es lógico pensar, dicen los defensores de este principio, pondría su herencia en manos de las personas que más ama. Se presume que más ama a sus hijos, luego a sus padres y junto con ellos a su cónyuge, porque el amor desciende, asciende y por último se expande.

---

<sup>1</sup>. Es el iusnaturalismo el que nos hace ver que el derecho hereditario protege al heredero –derecho a conservar su legítima– sin antes considerar que no se trata sino simplemente de un hijo con derechos o de una esposa con derechos o de padres con derechos. En fin, no existen, en nuestra concepción los derechos del hombre, sino hombres con derechos, pues todo derecho es una creación humana. No podemos partir de otra manera.

No dejar que la propia persona decida, para nosotros, es considerar que la persona muchas veces puede llegar a ser irracional. Luego de vivir continuamente con su familia –eso es, sus hijos, sus padres y cónyuge– puede, en acto de última voluntad, desampararla y dejarles sin los medios necesarios para vivir honestamente. ¿Qué sucede aquí? Lo que sucede es que se presume que el testador muchas veces será irracional. Este pensamiento es contrario al AED que desde el primer momento supone a las personas racionales.

No planteamos nada que sea de otro mundo. La libertad de testar recogida por otras legislaciones en nada afecta valores morales. El problema de mantener en nuestra legislación civil a la legítima surge cuando tratamos de positivizar en derecho escrito aquello que nosotros pensamos que es *lo* bueno y rechazamos lo que para nosotros es *lo* malo. Esto va contra el mismo individuo que tiene capacidad de pensar y de querer. No es un argumento de peso decir que aquellos países con libertad testamentaria el Estado presta ayuda social a la población con seguro de desempleo y que de esta forma la familia siempre estaría protegida por el Estado. Es más desde este punto de vista el artículo 4º de la Constitución cobra vida y sentido de mejor manera que la interpretación tendiente a asociarla con la legítima. Sólo es un diferente punto de vista.

Es el iusnaturalismo el que nos hace ver que el derecho hereditario protege al heredero –derecho a conservar su legítima– sin antes considerar que no se trata sino simplemente de un hijo con derechos o de una esposa con derechos o de padres con derechos. En fin, no existen, en nuestra concepción los derechos del hombre, sino hombres con derechos, pues todo derecho es una creación humana. No podemos partir de otra manera.

Existe en forma tradicional tres defensas y tres ataques a la legítima. Socialmente, la legítima promueve las relaciones familiares, mientras que la libertad desarticula la familia. Moralmente, tanto la legítima como la libertad pueden reforzar la autoridad paterna para encausar los actos de lo para-nada-juiciosos hijos. Jurídicamente, la legítima es propia de tradiciones romano-germánicas y ajenas a las tradiciones *common law* donde la libertad –que para algunos es liberrtinaje– tiene terreno fértil. Adicionalmente, hay una perspectiva económica del asunto, la legítima divide ineficientemente la propiedad mientras que la libertad la mantiene. Este último argumento se convierte luego en un argumento político y se dice «Nuestra tradición

republicana no nos permite favorecer la clase aristocrática de origen feudal. Entonces, debemos desaparecer la legítima que es una institución netamente democrática» y para ello hacen uso de un discurso igualitario: los hijos merecen ser tratados con igualdad, incluso cuando haya testamento. Quienes nacieron de padres pudientes, que hereden su parte «legítima» que les corresponde puesto que como reza un difundido dicho: «lo que Dios a dado, que san Pedro se lo bendiga». Nace nuevamente la dialéctica y refiere que en estos casos –de padres ricos– favorece la ventura del padre, al hijo; este sería un trato discriminatorio entre los hijos de padres ricos y los hijos de padres pobres. Pero todos estos argumentos son tradicionales.

Pero, en conclusión, ¿qué planteamos nosotros? Nosotros vamos a estudiar a la legítima desde otra perspectiva, nos vamos a alejar de estos cauces dogmáticos y nos vamos a adentrar en una interpretación histórica, histórica-económica, haremos uso del sociologismo, de la sociología jurídica, del método dogmático, pero sobre todo del AED. Daremos a la legítima otra nueva faz de la que hasta ahora no se ha intentado, de la mano de grandes economistas, algunos galardonados con el Premio Nobel. Esta es nuestra obra, una obra que comienza con muchas preguntas como qué es la legítima y cuál es su fundamento y por qué otros países viven muy bien sin la legítima y por qué hay tantos juicios por sucesión intestada. Finalmente lograremos conocer un poco más de esta institución que está plagada de moralismos y de elementos éticos que tiñen a nuestra legislación del manto del modernismo-traditionalista.

¿Qué planteamos nosotros? Que la legítima es una cuestión moral y que este elemento reduce eficiencia a nuestra economía, tanto en gastos para el Gobierno que tiene que sufragar, con el dinero de los contribuyentes, como en las posibilidades perdidas de talento perdido, como sobre todo en la privación del individuo de una elemento importante de su vida: su libertad de disposición. ¿Cuánto nos cuesta mantener instituciones de este tipo en términos de eficiencia? Preliminarmente diremos que «mucho».

Quizás a estas alturas ya se haya escrito mucho de la legítima y se pregunten ¿por qué hacer una tesis sobre la legítima? Creemos, como todos, que en el derecho todo es argumentable, pero visto por sus efectos y sus hechos pareciera incuestionable. Y en este sentido para nosotros la legítima no es un tema agotado.

La legítima es una cuestión ética antes que jurídica que tiene impacto económico en los bolsillos del estado y de cada contribuyente y que en agregado también tiene un costo que es soportado por todos. Según investigamos toda la justificación de la legítima es moral antes que jurídica. La moralidad y la libertad son rivales. Si se protege la una se desprotege la otra.

La legítima no es tema acabado. En nuestra tesis queremos acabar con la concepción que la legítima es un tema acabado. Se dice que responde a las necesidades del de la sociedad por entenderse que con ello se dinamiza la economía al crearse un mercado. Pero los mercados no se crean por ley ni por empresa. Los mercados se crean por necesidades y por la necesidad de satisfacer esa demanda.

Esta tesis es un intento para sustraer la legítima de la codificación civil nacional en materia de sucesión testamentaria. Nuestra conclusión es que la legítima no debe existir por los siguientes tres motivos:

El primer motivo es porque la legítima se basa en la creencia que los padres no deben odiar a sus hijos y si lo odian no deben manifestarlo y si lo manifiestan debe ser por buenas razones que deben estar positivizadas – desheredación. Y esta forma de control del pensamiento y expresión está en clara contradicción con nuestra libertad de pensamiento, de religión y de expresión.

El segundo motivo es porque la legítima supone hacer una redistribución con dinero ajeno y esto es una interferencia en el derecho de propiedad. El derecho de propiedad así afectado supone una baja motivación para hacer crecer el capital o al contrario una gran motivación para cometer fraude a la ley.

Y el tercer motivo parte del hecho que si bien es cierto que existen intromisiones eficientes en le derecho de propiedad, éstas varían de acuerdo con el tiempo. En algún momento la legítima fue eficiente. La sociedad cambia, cambió y seguirá cambiando. En este entorno la legítima ya dejó de ser eficiente; no hay ningún sistema mejor que se adapte al cambio que el sistema que respete la libertad.

Sin duda usted es libre de decidir si vende o no su casa. Sin embargo, si usted hace un testamento la ley, teniendo hijos y cónyuge, le obligan a dejar dos tercios de sus bienes a ellos. Usted, entonces, hace testamento para disponer de un tercio de su casa.

La legítima son aquellos dos tercios que usted no puede disponer por testamento de su casa y que pertenecen a sus herederos forzosos que son sus hijos y esposa en caso de tenerlo. O sus padres y esposa. Y que si no está usted casado ni tiene hijos y tiene a sus padres con vida puede disponer de la mitad de la casa y que si estuviera solo en este mundo, sin padres, sin esposa y sin hijos ahora tiene algo de qué alegrarse: usted es libre de dejarle su casa a quién usted considere adecuado.

Seguramente usted ha escuchado el cuento de la Cenicienta pues se lo vamos a contar pero un poco más actualizado. Érase una vez un padre bondadoso que se casó y tuvo una hija, Cenicienta, pero su esposa murió. El entristecido padre se volvió a casar pero esta vez con un «conejita de Play Boy». Al poco tiempo el padre también murió dejándole toda la casa a su «conejita de Play Boy», desamparando a Cenicienta.

Seguramente ustedes, como casi todos, al conocer este hecho se sientan dispuestos a intervenir y señalen: que se deje la legítima a Cenicienta y que todas las «conejitas de Play Boy» no puedan aprovechar de sus encantos para con el pobre buen padre. Así decidan ustedes que por lo menos si la casa tiene tres habitaciones el buen padre debe dejar a su cenicienta por lo menos una habitación y otra a su «conejita» y más aun la tercera habitación esa sí puede decidir libremente a quien darla.

Las conejitas de Play Boy quizás no se sienten tentadas a utilizar sus encantos con los buenos padres de cenicientas. El buen padre pierde, pues las conejitas se le escapan de las manos. El otorgar la legítima es ineficiente pues si se le da una habitación a Cenicienta esta la dejará pues tiene que ir a vivir a palacio con su Príncipe azul.

En la primera parte del trabajo vamos a dedicarnos a conocer la legítima tal como es entendida y planteada por la dogmática jurídica. En la segunda parte vamos a hacer una revisión de la posición que se encuentra arraigada en nuestra legislación. En tercer lugar analizaremos la legítima desde el punto de vista del AED.

Miguel Ángel Bolaños Rodríguez

# Capítulo I

## LA LEGÍTIMA

### I. UNA APROXIMACIÓN A NUESTRO OBJETO DE ESTUDIO

La legítima es una institución que es característica de tradiciones romano-germánicas. La libertad testamentaria, en cambio, es una institución típica del common law. Nuestro país como perteneciente a la familia romano-germánica ha preservado a la legítima. Sin embargo, creemos que el hecho de ser parte de esta familia romano-germánica no es un impedimento para sostener que debemos continuar usándolas.

#### A. Concepto

El código civil en el artículo 723° define a la legítima como una parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.

La herencia, podemos decir, se compone de dos partes. Una parte es de libre disposición y otra parte la compone una disposición legal o forzosa. La porción de libre aumenta mientras menos categorías de herederos forzosos cuente el testador. Mientras que, por el contrario, la parte forzosa o legitimaria aumenta mientras más herederos tengan el testador. Hay, entonces, una relación directa entre el número de herederos forzosos y la legítima mientras que la porción libre mantiene una relación indirecta.

Según el artículo 724° son herederos forzosos los hijos y demás descendientes, en segundo lugar, los padres y de más descendientes. En tercer lugar,

el cónyuge. Los herederos forzosos de primer y segundo nivel son excluyentes, mientras que el cónyuge participa conjuntamente con cada uno de los dos niveles anteriores.

Según el artículo 725° si el testador tiene hijos (léase también otros descendientes) o cónyuge su herencia se divide en una terna. Correspondiente a los hijos o cónyuge los dos tercios y la tercera parte restante es de libre disposición.

Al examinar el artículo 726° si el testador tiene sólo padres (léase también otros ascendientes) su herencia, por mandato legal, se divide en dos partes. Una mitad le corresponde a los padres y la restante queda para el testador para distribuirla libremente.

La libertad testamentaria sobre su herencia es plena cuando el testador no se ha contraído nupcias y sus padres ya no existen así lo establece el artículo 727°.

Al respecto se ha planteado la siguiente pregunta, ¿existe libertad testamentaria? La doctrina sostiene que sí hay libre disposición. La familia impone deberes hereditarios al individuo. Mientras menos familia se posea se goza de mayor libertad testamentaria. Las personas con familia aún gozan de libertad testamentaria.

La legítima está relacionada con la existencia de herederos forzosos al respecto la doctrina ha edificado una serie de conceptos en torno a este concepto donde los debates giran en torno a la naturaleza jurídica de la legítima si se trata de parte de la herencia o una parte de los bienes.

Veamos qué conceptos maneja la doctrina al respecto tanto nacional como extranjera.

## **B. Naturaleza**

Analizaremos cada una de sus características intrínsecas que la hacen diferente de las demás instituciones jurídicas de nuestro medio jurídico.

### **1. Norma de orden público**



La legítima, como norma de orden público, no puede ser modificada por la voluntad de las partes. Su contravención acarrea la nulidad del acto jurídico. La legítima es una institución jurídica con normas jurídicas de orden público que limitan la libre disposición de los bienes. Las personas, generalmente, son libres de disponer de sus bienes y posesiones como mejor les parezcan. La legítima es una excepción a esta regla. Para que se aplique esta excepción deben existir fuertes razones para restringir este derecho. Una de estas razones es que la legítima salvaguarda los intereses de familia. Asimismo, es una norma que favorece a todos los herederos forzosos, en partes iguales. Tal como sostiene el profesor FERNÁNDEZ ARCE, «La legítima es intangible cualitativa y cuantitativamente».<sup>1</sup>

## **2. Deber & derecho**

Según la naturaleza de la legítima, como norma de derecho público, su protección depende de la situación jurídica en la que se encuentre la persona, para los herederos forzosos es un derecho y para el testador es una deber. En cuanto al derecho del heredero forzoso se dice que es un derecho expectatio, por lo tanto no se es heredero forzoso mientras tanto no haya muerto su causante. Por tal motivo, para asegurar este derecho expectatio la institución se protege con tres normas legales: la donación inoficiosa, la prodigalidad y la mala gestión.

La legítima es un deber y un derecho ya que el testador está obligado a no disponer de esa cuota. De no hacerlo si no lo hace el orden jurídico lo impele a cumplir. Aun en contra de su voluntad se hace cumplir. Cuando se dice que es un derecho significa que los herederos forzosos pueden no reclamar su parte si fueron preteridos o si no tienen la misma cantidad, cuando la repartición no fue igualitaria, que otros herederos forzosos.

## **3. Derecho expectatio**

La legítima es una protección de los intereses familiares. Esta protección para ser tal debe extenderse hasta el momento en el cual sólo es un derecho es una simple esperanza. Significa que la legítima como derecho del heredero forzoso merece

---

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ ARCE, César. *Código Civil. Derecho de Sucesiones*, 1ª edición Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 574.

ser protegido de las acciones que pueda tomar el causante en vida. La legítima, como derecho expectatio está protegido por tres normas legales: la donación inoficiosa, la prodigalidad y la mala gestión.

### **I. Donación inoficiosa**

La donación inoficiosa regulada por el artículo 1629º del código civil, nadie puede donar más allá del tercio de su patrimonio. La intención es proteger el interés de los beneficiarios de la legítima: los herederos forzosos. Sin herederos forzosos toda donación es válida. Con herederos forzosos toda donación esta esperando a la muerte del donante para saber si es o no una donación inoficiosa.<sup>2</sup>

### **II. Prodigalidad**

La prodigalidad es, según el artículo 584º del código civil, la dilapidación del patrimonio por encima de la libre disposición testamentaria.<sup>3</sup> Los beneficiados son los herederos forzosos. Sin herederos forzosos no hay prodigalidad. Incluso el declarado pródigo puede hacer testamento ya que de todo lo que disponga la ley protege la parte que le corresponde a los herederos forzosos.

### **III. Mala gestión**

Regulada por el artículo 585º, la diferencia con la prodigalidad está en la porción que puede perder de su patrimonio. Pero siempre el protegido no es el propio mal gestor, ni el propio pródigo sino sus herederos forzosos. Su libre disposición testamentaria limita su libre disposición de los bienes en vida.<sup>4</sup>

## **C. Clases de legítima**

---

<sup>2</sup> «Art. 1629º. Nadie puede dar por vía de donación, más de lo que puede disponer por testamento. La donación es inválida en todo lo que exceda de esta medida.

El exceso se regula por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante».

<sup>3</sup> «Art. 584º. Puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible».

<sup>4</sup> «Art. 585º. Puede ser declarado incapaz por mala gestión el que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos. Queda al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión».

Siguiendo a LLOPIS GINER diremos que la legítima puede ser clasificada y dividida según su naturaleza jurídica que puede residir en su contenido, en su función, en su cuantía y, por último, por su regulación.<sup>5</sup>

Cuando el contenido de la legítima es un derecho de crédito, la legítima es *pars valoris*, se trata de una obligación dineraria que se satisface con el pago en dinero al legitimario. Y si su contenido es una parte de la herencia, deja de ser una obligación y se convierte en un derecho real sobre los bienes que conforman la herencia. En este caso hablamos de una legítima *pars bonorum*, la legítima forma parte del caudal relicto y es independiente de la calidad de heredero. El legitimario es un copropietario de los bienes del activo hereditario que hasta la partición de los bienes no tiene un bien cierto.

Si consecuencia de ser heredero se recibe la legítima, ésta es una parte del patrimonio, es decir, tanto del activo como del pasivo, el legitimario responde por las deudas. Esta es la legítima *pars hereditatis*.

La *legítima usufructuaria* corresponde únicamente a los cónyuges viudos, que mantienen un derecho real de usufructo sobre alguna parte de los bienes de la herencia.

Las legítimas por su regulación pueden ser materiales o formales. Las *legítimas materiales* son aquellas que tienen un contenido material se hacen para proteger al beneficiario, por ello, todas las legítimas tratadas son legítimas materiales. A estas legítimas se oponen las *legítimas formales*, en el derecho anglosajón se suele decir: «desheredar a un heredero por un chelín». Basta con dejarle un chelín para satisfacer la legítima.

La legítima tiene como función limitar la libertad de testar o la de reservar algunos bienes a favor de los legitimarios.

---

<sup>5</sup> LLOPIS GINER, Juan Manuel, *Curso básico de derecho de familia y sucesiones*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho, 2003.

Las legítimas por su cuantía pueden ser cortas o largas. Cuando la legítima es superior a un tercio de la herencia se dice que es una legítima larga. Cuando la legítima es inferior a esta cantidad se dice que es una legítima corta.

Cuando la legítima se impone a los legitimarios se dice que es una legítima individual. Cuando la legítima se concede a un solo legitimario, donde la ley limita el número de posibles favorecidos se dice que se trata de una legítima colectiva, por cuanto la ley puede disponer que solo sea uno solo de los hijos del causante quien tiene la legítima, teniendo la facultad de elección el propio causante.

#### **D. Antecedentes históricos**

##### **1. En el derecho romano**

La historia de la legítima se remonta al derecho romano, donde se limitó el *dominios* del pater familias quien debía instituir herederos o desheredarlos expresamente, estando además obligado a dejar una parte de su patrimonio a determinados parientes. En un principio, la cantidad que debía reservarse a estos parientes era la cuarta parte de la herencia. Posteriormente se elevó a un tercio de la herencia si el número de hijos no excedía de cuatro y a la mitad si el número de hijos era superior a cuatro. Los grupos legitimarios eran los descendientes, los ascendientes y los hermanos consanguíneos.

La doctrina romanista al estudiar la legítima en el derecho romano la ha dividido en dos clases de sucesiones. La primera es la *sucesión necesaria formal*,<sup>6</sup> que daba el derecho a ciertos familiares de no ser preteridos por su causante, facultándoles para que pidan su parte de la herencia aún cuando ellos no hayan sido instituidos herederos formalmente. Este es un «deber de mención» que obligaba al testador o a instituir como herederos a sus familiares cercanos o a desheredarlos en forma expresa; en caso contrario los familiares podían pedir su herencia *contra tabulas* haciendo uso de la acción de petición de herencia *–hereditatis petitio–*. Pero si el testador cumplía

---

<sup>6</sup> Algunos optan por denominarlos de distinta manera: sucesión legítima formal, ver *v. gr.*: IGLESIAS, Juan. *Instituciones de Derecho romano*, volumen II. Barcelona, 1951. Y se define como: «[Aquella] exigencia para que el causante a los *sui*, no instituyéndolos ni desheredándolos». Lo mismo encontramos cuando conceptúan a la *sucesión necesaria formal* como aquel «deber [impuesto] al testador de no preterir» que no es otra cosa sino el derecho a no ser preterido por el *deculus*: bien sea instituyéndolos como herederos o rechazándolos como tales, *i.e.* desheredándolos.

con la formalidad de mencionarlos, privaba a sus familiares de reclamar parte de la herencia.

La segunda era la *sucesión necesaria sustancial*<sup>7</sup>, el testador estaba obligado a disponer de su patrimonio de tal manera que siempre haya una porción del mismo a favor de ciertos familiares señalados por el *ius civile*.

Como vemos, la primera se refiere a una legítima a favor de familiares no instituidos herederos, mientras que la segunda se refiere a una legítima en beneficio de familiares instituidos herederos.

Entre las justificaciones que los romanistas dan a la legítima tenemos que para un sector de romanistas<sup>8</sup> el fundamento de la legítima está en la existencia de una propiedad familiar latente en el momento de la sucesión testamentaria, y que sólo podía anularse por disposición expresa y motivada del testador,<sup>9</sup> «El testamento es una figura *sui generis* tanto por el interés de la sociedad por asegurar y preservar el culto de los sacra, el patrimonio familiar y la autonomía de la voluntad de testar».<sup>10</sup> Veamos lo que nos dice Paulo:

Tratándose de herederos por derecho propio, parece evidente que se da una continuación del dominio de los bienes hasta el punto de que parece que no ha habido una herencia, puesto que ya en vida del padre se consideraban en cierto modo dueños. Por eso se le llama hijo de familia como se dice padre de familia, sin más distinción que para diferenciar el que engendra del engendrado, y así, al morir el padre, no se considera que adquieren la herencia sino más bien que consiguen la libre administración de sus bienes. De aquí que sean dueños de los bienes

<sup>7</sup> Asimismo se le llamaba *sucesión legítima real* porque se suponía una «exigencia [para] que el causante deje parte de sus bienes a determinadas personas» por que se consideraba justo. Ver: IGLESIAS... op. cit. Por otro lado *la sucesión necesaria material*, como también era llamada, consistía en el “deber de dejar a determinados parientes indicados por la ley una cuota de su patrimonio”. Ver: CAMARES FERRO, José M. *Curso de Derecho romano. Instituciones de Derecho privado: obligaciones y sucesiones*, 7ª edición. Buenos Aires: Lex – Editorial Perrot, 1958, p. 578.

<sup>8</sup> BIALOSTOSKY, Sara. «Algunos comentarios a la controvertida *querella inofficiosi testamenti*». En: [www.bibliojuridica.com](http://www.bibliojuridica.com). Y en nuestro concepto tal posición surge del error de confundir la concepción jurídica romana de la concepción jurídica germánica que poseen bases fundamentalmente distintas. Las sociedades germánicas son muy solidarias, al punto de basarse en gran medida en la familia. El error surge porque los dos sistemas jurídicos se combinan después de las invasiones bárbaras a los romanos. Como señala claramente BONFANTE, «la legítima es un instituto bien distinto del sistema germánico de la reserva familiar, con el cual la legítima se ha fundido en el Derecho moderno... No ha nacido del derecho primordial de la familia sobre los bienes, sino de consideraciones de piedad, de las que la sociedad civil y el Estado se hicieron intérpretes; no tiene por objeto mantener la unidad y la hidalguía de la familia, sino asegurar a los parientes más próximos del difunto una equitativa participación en sus bienes y un modesto sustento... En resumen: la legítima es una emanación de la nueva conciencia social, la reserva es un residuo del ordenamiento social, la reserva es un residuo del ordenamiento social y de las ideas de una época primitiva». Ver: BONFANTE, Pedro. *Instituciones de derecho romano*, 3ª edición, trad. de la 8ª ed. italiana Luis Bacci y Andrés Larrosa, revisada por Fernando Campuzano Horma. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1965, pp. 644–645.

<sup>9</sup> Los familiares ganarían el derecho de ser instituidos herederos o, por lo menos el derecho de ser desheredados nominalmente –luego se le agregó que fuera por justa causa–, pero nunca olvidados.

<sup>10</sup> BIALOSTOSKY... op. cit., p. 109.

aunque no hayan sido instituidos herederos. No se opone a esto el que se les pueda desheredar, ya que también se les podía quitar la vida.<sup>11</sup>

Así también hay romanistas que opinan que el fundamento de la legítima está en el abuso del derecho que comete el paterfamilias que no deja nada a sus familiares más cercanos.<sup>12</sup> Esta teoría del abuso del derecho tiene sus defectos tal como señala DI MARTINO, en el derecho romano no existía la prohibición del abuso del derecho, sino que «los límites al ejercicio del derecho estuvieron en la conciencia social, en las *mores*, hasta cuando la costumbre se convirtió en derecho mediante las reformas de la jurisdicción pretoriana».<sup>13</sup> Así, para este autor la prohibición, *v. gr.*, de dar muerte al esclavo propio sin dar causas, aún cuando pareciera que se trataba de una prohibición de abuso de su derecho del amo a favor del esclavo, no se trataba, en el fondo, de aquello, sino que la intervención de los emperadores se dirigió «para mitigar la crueldad de los amos respecto de sus siervos» y ello nos demostraría, por un lado, la inexistencia de la teoría del abuso del derecho en el derecho romano; y, por el otro, que el motivo de la intervención imperial era en interés del amo y no del esclavo.<sup>14</sup>

Por otro lado, se sostiene que el fundamento de la legítima es la patria potestad. Para este planteamiento, el paterfamilias debe procurar lo mejor para los suyos tanto en vida como *post-mortem*.<sup>15</sup> La libertad de testar estaría relacionada con la obligación de observar ciertas reglas sobre la forma y capacidad jurídica del *de cuius*.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> D. 28.2.11. Sin embargo, seguimos creyendo que el fundamento de la legítima está en la justicia. Pues, si la idea era conservar el patrimonio familiar, este argumento debe tener un fundamento: el sistema de creencias, convicciones y preferencias de la sociedad; ergo, la justicia. Ahora bien, que la justicia sea favorecer el *commodum* del testador en nada modifica al cita de Paulo, por cuanto al hacer partícipes a los familiares cercanos y ponerlos como herederos por derechos propio los comprometía con el patrimonio haciéndolos más responsables con él pues ellos también lo recibirían a la muerte del paterfamilias. Y ser co-responsables de la libertad y de la voluntad del copropietario causante lo que aseguraba el cumplimiento de su voluntad *post mortem*. En nada modifica esta cita nuestro planteamiento.

<sup>12</sup> Se lee: «Sin embargo la gran libertad jurídica en general garantizada por el derecho privado no significó de ninguna manera que se pudiera hacer lo que se quisiera, el que el abuso del derecho no fuera consentido se remonta al derecho preclásico; durante el cual tanto el derecho público como la conciencia de la excesiva libertad de testar, lo que tienen como consecuencia la creación de ciertas medidas para que se hiciera de ella, un uso razonable». BIALOSTOSKY... op. cit., p. 108.

<sup>13</sup> DI MARTINO... op. cit., p. 55. Como vemos, nuevamente, se hace referencia a la conciencia social, al sentimiento social, en fin, a la justicia como fundamento de la legítima romano-justiniana.

<sup>14</sup> Ver: DI MARTINO... op. cit., pp. 59-60. **Advertencia:** aún cuando compartimos esta manera de pensar para este caso narrado no aceptamos la perspectiva socialista del autor y advertimos que su concepción sobre el individualismo deja serias dudas.

<sup>15</sup> BIALOSTOSKY... op. cit., p. 109.

<sup>16</sup> Sin embargo, hay una serie de supuestos donde la legítima se da a los hijos que salieron de la patria potestad del paterfamilias. Y finalmente, aún cuando esta obligación de cuidar de los suyos es propia de una obligación moral como el *officium pietatis*, pero si así, el fundamento de esta obligación moral todavía sigue siendo la justicia.

## 2. En el derecho germánico

En el Derecho germánico todo el patrimonio del causante era para la comunidad familiar, dado el principio de que los herederos nacen, no se hacen. En consecuencia, en los pueblos germánicos regía el principio de que «sólo Dios puede hacer herederos» (*Deus solum heredem facere potest, non homo*). En consecuencia, la calidad de herdero estaba determinada por el parentesco de sangre. El causante no puede instituir, en el sentido preciso del término, o crear herederos por su voluntad. La sucesión era un derecho de la familia compuesta por parientes sanguíneos a partir de los abuelos y sus descendientes. La familia, en todo caso, era una comunidad patrimonial que no podía disgregarse en manos de extraños.

Los intereses de la iglesia católica que usó las razones del derecho romano influyeron en la edad media en el pueblo germano para imponer una mayor libertad testamentaria. Las razones parecen obvias: que la iglesia sea sujeto pasivo de las donaciones mortis causa de sus fieles. Así, durante el período feudal se propiciaron instituciones piadosas por influencia del clero. Fue de este modo como surgieron las *reservas feudales*, un instituto legal cuyo fin era evitar que los bienes, la propiedad alodial, aviática, sustento del poder económico de la aristocracia, pudiese pasar a terceros en perjuicio de la familia, base de la organización feudal. La reserva, era una forma de herencia ab intestato, es decir, la herencia sobre la que no podía modificarse mediante testamento. La reserva estaba constituida por bienes hereditarios y a su adquisición tenían derecho sólo quienes, a la muerte del causante, investían el carácter de herederos según los principios de sangre. De ahí recuerda el tratadista argentino ZANNONI que se llamase a tal reserva *pars hereditatis*, parte o porción de la herencia, que no era un derecho formal o simbólico referido a una cantidad de bienes dejados por cualquier título sino que era la expectativa de la que gozaba únicamente el heredero (<sup>17</sup>).

## 3. En el derecho español

El derecho español que es para nosotros el *ius patrium*, las legítimas aparecen con las leyes del Fieron Juzgo que prohibió a los padres disponer, a favor de

---

<sup>17</sup> ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de sucesiones*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Astrea y Ricardo Depalma, 1983, p. 173.

extraños, más allá de un quinto de la herencia. El resto, es decir, lo cuatro quintos, quedaban configurados como legítima de los hijos y descendientes. Permitiéndoles, adicionalmente, mejorar a sus hijos hasta con el tercio de sus bienes (<sup>18</sup>). Esta legítima pasó al Feron Real y a las Leyes de Toro. Con las Siete Partidas en glosa de Gregorio López, se favoreció con la legítima a los ascendientes, en caso que el causante no tuviese hijos legítimos, fijándola en la tercera parte de sus bienes (<sup>19</sup>).

### **E. Legitimarios**

Nuestro código civil define, según el artículo 724°, a los herederos forzosos o legitimarios a los hijos y demás descendientes, padres y demás ascendientes, y el cónyuge. La cuota que corresponde a cada uno de estos herederos forzosos por concepto de legítima, prescribe el artículo 729°, es igual a la que les corresponde en la sucesión intestada, cuyas disposiciones rigen, asimismo, su concurrencia, participación o exclusión.

Cuando no existe testamento, ya sea porque el que había caducara, o deviniera en nulo o porque fuera revocado, los herederos serán instituidos por la ley. A estos herederos se les llama herederos legales. Pero no todos tienen el derecho a heredar en calidad de herederos legales. Así tenemos que según el artículo 816°, dice:

«Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grados de consanguinidad.

El cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicado en este artículo».

## **II. LA LEGÍTIMA EN EL PERÚ: ENTRE LA MORALIDAD Y LA RACIONALIDAD**

Se puede pensar que la legítima es meramente un asunto jurídico. Sin embargo ello no es así. Este asunto dada su antigüedad involucra asuntos morales y éticos. La legítima es más un asunto ético antes que un asunto jurídico. Y este

---

<sup>18</sup> FUERO JUZGO, libro IV, título V, ley I y título II, ley XXI.

<sup>19</sup> SEXTA PARTIDA, título XIII, ley VIII.



pensamiento ha estado presente en nuestro medio. De este modo invitamos al lector a revisar el siguiente tema, sobre cómo fue que la legítima tuvo como medio fecundo de crecimiento el iusnaturalismo, que se va revistiendo de moralismo y llega a esclarecerse como un problema ético y de racionalidad.

## A. Introducción

El pensador francés David GAUTHIER sostiene que el problema de la ética moderna es la reconciliación de la moralidad con la racionalidad. La legítima, aunque no resiste un análisis desde la racionalidad económica, se fundamenta en una moralidad iusnaturalista, que a juicio del autor el mejor representante para entender su justificación sea HEINECCIO. La legítima en nuestro medio partió de estas mismas consideraciones: de una reconciliación entre la moralidad y la racionalidad.

En adelante desarrollaremos la justificación de la legítima desde el iusnaturalismo, que no abrazamos, sino que con fines expositivos la utilizaremos pues nos permitirá demostrar que la defensa de esta institución, finalmente, se basa en cuestiones morales.

Basándonos en HEINECCIO podemos decir que la protección de la familia, fundada en los lazos de amor que unen a sus miembros, es el fundamento principal de la legítima. Ambos conceptos, el amor y la familia, tienen como foco al derecho natural con origen divino: Dios es la causa principal del amor. El amor rige las relaciones entre los hombres. El derecho no hace sino seguir el mandato divino al proteger las relaciones de deberes y derechos generadas por las relaciones de parentesco: todos somos iguales ante Dios padre, todos somos hermanos en igualdad de condiciones. Por lo tanto, todos los hijos son iguales ante el padre. El padre ama a sus hijos y debe así manifestarlo. Toda manifestación contraria debe ser corregido por el Derecho. La legítima reconcilia el sentimiento natural de amor entre los padres y los hijos. «La libertad –según estas posiciones– debe ser entendida no como libre albedrío sino como aquella voluntad de escoger el bien».<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> PUIG T. Esteban Rvdo. «El neoliberalismo: aproximaciones al estado actual de la cuestión». En: *Philosophica*, Revista interdisciplinaria, Nro. 7. Arequipa: Centro de Estudios e Investigaciones Filosóficas *Universitas*, febrero de 1997, p. 47.

La moralidad, es un elemento de derecho natural, que distingue las acciones buenas de las malas. Según HEINECCIO tenemos libertad cuando escogemos aquellas acciones que están de acuerdo con la razón, que es única, como único es nuestro Dios, Ser Único y Supremo. Escoger el bien significa conservar y perfeccionar nuestras facultades que no pueden ser distintas de la razón de ese Ser Único y Supremo. El padre, al igual, es libre solamente cuando su voluntad se adecua a la única razón, que es Dios. Y al hacerlo se adecua con su naturaleza. Pues todo es con Dios y nada es sin él. La ley dirige la libertad del padre a escoger el bien.

En el pensamiento de HEINECCIO, Dios padre nos ama a nosotros, sus hijos, que somos la humanidad. Del mismo modo, los padres aman a sus hijos y la manifestación de ello es la legítima, puesto que todo lo que para el padre es el bien lo es también para el hijo. La herencia es el bien para el padre. La herencia es el bien para el hijo. Los padres quieren el bien para sus hijos.

Nuestro libre albedrío debe ser dirigido hacia el bien. Hacer el bien, libera. Hacer el mal, esclaviza. No podemos permitir que el hombre sea esclavo pues escapa a su naturaleza. Por ello debe el Derecho tender hacia la liberación del individuo protegiéndole de sus malas acciones.

## **B. Moralidad de la legítima**

### **1. La familia**

El hombre, desde que nace, es sociedad. Nace en el seno de una familia. El hombre no es sólo individuo. Esta forma social del hombre en su naturaleza. Y en su naturaleza, que es su familia, se funda el Derecho. Ninguna creación humana es distinta del creador, el Derecho descansa en la naturaleza del hombre. Pero el hombre está sometido a leyes divinas que escapan a sus creaciones jurídicas. Estas leyes divinas son principios de justicia que son independientes de las leyes e instituciones que conforman el Derecho positivo. Esta es la filosofía del Derecho natural.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Ver: AHRENS, Enrique, *Curso de Derecho natural o de filosofía del Derecho*, 6ª edición, trad. Pedro Rodríguez Hortelano y Mariano Ricardo de Asensi. París/México: Librería de la Vda de Ch. Bouret, 1894, p. 21.

Como por la familia el hombre es, en su estado primitivo y natural, un ser social y el derecho es actividad social. Ésta es, por consiguiente, la primera institución del Derecho. El hombre no nace en una isla sino en el interior de una familia que se convierte en el centro y origen de toda actividad humana individual, social y jurídica. De aquí que la familia imponga deberes y fije relaciones recíprocas entre sus miembros: entre esposos, entre padres e hijos. Sobre ella se construyen todos los «grados superiores de sociabilidad humana».

## **2. La armonización de la justicia y de la libertad**

La sociedad debe armonizarse alrededor del bien. El bien es la libertad. Sólo se es libre cuando se elige el bien. LEIBNIZ llegó a la conclusión que «el derecho se retrae aun objeto superior [que es el] perfeccionamiento del hombre y de la sociedad». Para LEIBNIZ lo divino se armoniza con lo humano logrando una «armonía universal». Y esa armonización es la justicia.

Siendo ello así, la legítima se considera una institución que armoniza el amor del padre con el del hijo tanto como el amor entre cónyuges. La legítima es congruente con la intención de lograr aquella armonización universal que nos lleva a nuestro propio perfeccionamiento como hombres que somos, con naturaleza social.

La libertad, como elección del bien y rechazo del mal, es la semilla del progreso, cuyos frutos son la dicha y la felicidad. La legítima defiende esta libertad en el libre albedrío del padre. La legítima contribuye eficazmente al logro de la felicidad y de la dicha humana en sociedad.

La moralidad descansa en la libertad, elección del bien; y ambas, la moralidad y la libertad, forman la base sobre la que se construye la legítima. La legítima, por lo tanto, contribuye, siguiendo a LEIBNIZ, al orden universal de las cosas.

La posición del padre al interior de la familia, fundada en la razón y en la justicia, lo llena de nobleza. La nobleza es entendida como el compromiso obligatorio

que su poder y grandeza le imponen para favorecer la justicia y la libertad de los que él representa: a sus hijos y a su cónyuge.<sup>22</sup>

La causa de toda existencia es Dios. El fin de toda existencia es la armonía de lo mundano con lo divino. La variabilidad de los fenómenos humanos y mundanos nos hace concluir que existen principios permanentes. Así, «en la variedad de los hechos la unidad de los principios».<sup>23</sup>

Los principios se armonizan en la justicia que «expresa en grado sumo, la solidaridad, el humanismo».<sup>24</sup> La justicia es el fin del derecho y consiste en la armonización de las relaciones sociales de los hombres en forma coactiva.<sup>25</sup>

La justicia reclama que la familia tenga deberes protegidos coactivamente por el Derecho. Estos deberes limitan la arbitrariedad que es el uso de la libertad para elegir el mal, que convierte al hombre en esclavo pues el mal es poseer un libre albedrío incuestionable.

Para LEIBNIZ el derecho escrito está conformado por tres máximas que se encuentran formando tres círculos concéntricos. El círculo interior es la máxima de «no dañar a otro». El siguiente círculo es la máxima de «dar a cada quien lo que le corresponde». El tercer círculo está formado por la *piedad* o probidad del «vivir honestamente» (<sup>26</sup>).

Dándole a cada hijo lo que es suyo se realiza la justicia. Por eso se decía que hijo de familia es como decir pater familia, pues esta diferencia sólo se fijaba en la generación de uno y otro, no para distinguir quien era propietario, pues los hijos tenían igual derecho a la propiedad del padre, aún en vida de su pater y no hacían otras cosas

---

<sup>22</sup> Ver: BARTHOU, Luis, *Por las sendas del Derecho*, trad. Manuel Marinel Lo. Barcelona: Bloud y Gay Editores, p. VIII.

<sup>23</sup> Ver: AHRENS... op. cit., p. 22.

<sup>24</sup> PICARD, Edmund, *El Derecho Puro*, trad. Alfredo Serrano Jover. Madrid: Librería Gutenberg de José Ruiz, 1911, p. 325.

<sup>25</sup> TAPARELLI, Luis. *Curso elemental de derecho natural para uso de escuelas*, 6ª edición, trad. de G. Tejado. Madrid: Librería Católica Internacional, 1871, pp. 326-327.

<sup>26</sup>. Estas máximas fueron construidas teniendo como modelo las máximas romanas. En el tercer círculo, el vivir honestamente, se funda en la *piedad* que para los romanos era la obligación moral del padre de cuidar de los suyos. Esta obligación moral consistía en no desampararlos aún cuando fallezca, pues los paterfamilias velaban por su familia desde que nacían hasta que ellos, pater, morían y aún en ese momento tenían el deber de seguir protegiendo a su familia proporcionándoles un honesto vivir.

sino recibir lo que era suyo a la muerte de éste. Por eso podían recibir la propiedad aún en contra de lo dispuesto en testamento por su padre.<sup>27</sup>

La legítima se encuentra en armonía con estas máximas. A través de la legítima el Derecho protege el deber moral del padre de cuidar de los suyos. Salvaguarda además lo que es, de justicia, suyo para sus hijos y su cónyuge. Finalmente, el Derecho resguarda, por la fuerza, que no se dañe a otro y más aún cuando existen lazos de amor y afecto que generan deberes entre los miembros de la familia. Así, debe ser preservado el hijo del perjuicio que sufre cuando es desheredado por su padre.

El derecho natural armoniza los deberes sancionados por la propia conciencia o por la opinión pública con los deberes protegidos por la fuerza. La familia impone deberes que son protegidos por la fuerza de la ley humana que es coincidente con la ley divina. Con la finalidad de producir dicha y felicidad.

### 3. El amor

HEINECCIO considera que la fuente del Derecho es el amor. Así argumenta: «El hombre fue creado por Dios para buscar su felicidad, que consiste en el goce del bien, esto es, de todo lo que le conserva y perfecciona; y como no se puede buscar activamente una cosa sin desearla, sin amarla, será el *amor* la fuente del Derecho».<sup>28</sup>

Las acciones son guiadas por el amor hacia el bien. El Derecho guía las acciones hacia el bien. El Derecho es, por consiguiente, amor al igual que Dios es amor. El Derecho es una reafirmación de la voluntad divina. El hombre no debe alejarse de esta voluntad divina pues las malas acciones conllevan al hombre a la destrucción y la imperfección. Las acciones buenas son aquellas que conservan y perfeccionan al hombre y a la sociedad. En este sentido, un padre debe amar a su hijo: es una obligación moral protegida por la fuerza del Derecho.

---

<sup>27</sup> La cita es de PAULO, D. 28.2.11. Encontramos esta justificación también citada por Emilio VALVERDE, *El derecho de sucesión en el código civil peruano*, tomo I. Lima, 1951, p. 397.

<sup>28</sup> HEINECCIO, Gottlieb. *Elementos del Derecho natural y de gentes*, trad. del latín P. J. C. catedrático de Derecho en el Colegio de San Cristóbal de Ayacucho, Imprenta de Braulio Cárdenas, 1838.

La moralidad necesita de la libertad. No se puede decir que las personas tienen moralidad si no tienen libertad. Por lo tanto, sólo existen acciones que para decir si son malas o buenas deben ser libres. Pero esta libertad puede ser utilizada para elegir el mal. Ante esta posibilidad, es menester que el Derecho dirija esta libertad hacia el bien. La norma dirige la libertad a la elección del bien que es la acción buena. En palabras de HEINECCIO:

... se dan en el hombre acciones buenas y malas libres. Y como todo aquello que puede o no desviarse de lo recto, y es susceptible de dirección, ha menester una regla a la que deba ajustarse, es conveniente que también las acciones humanas libres, tengan una norma que las dirija.<sup>29</sup>

La racionalidad es al egoísmo como la razonabilidad al altruismo, que a su vez se origina en el amor. La racionalidad de cada persona la hace buscar acciones que son buenas para ella únicamente. Sin embargo, estas acciones no son buenas, pues sólo es bueno (razonable) aquello que es también bueno para la sociedad, para el género, que están fundadas en el amor. Asimismo, el egoísmo obliga a pensar al hombre que no hay otros seres sino él mismo y no le permite darse cuenta que forma parte de un género: la humanidad. Por ello, el Derecho encausa, razonablemente, hacia acciones buenas y justas, que se fundan en el amor hacia los demás. Una acción razonable es una acción buena que favorece a la humanidad. La irracionalidad es la acción buena que favorece sólo al individuo y perjudica a la humanidad.

En base a la premisa que la voluntad de Dios busca la felicidad de los hombres, sus hijos; se llega a decir que: «La voluntad de Dios es la norma de las acciones humanas, y el principio de toda obligación natural y aún de toda justicia».<sup>30</sup> De modo que, igualmente, el padre como hombre a imagen y semejanza de Dios, busca la felicidad de sus hijos porque los ama inmensamente. Sólo quien ama busca la felicidad del otro sin condicionar su amor a una mutua procura de la felicidad. Sólo el Derecho se encarga de exigirle, razonablemente, al padre, su obligación (de amar) para con los suyos.

... consistiendo por otra parte aquella verdadera felicidad en el goce del bien y en la ausencia del mal: es claro que el ser supremo se sirve de la ley natural para inclinarnos a gozar del bien y evitar el mal. Mas como no se puede gozar del bien

---

<sup>29</sup> *Ib.*, p. 2.

<sup>30</sup> *Ib.*, p. 24.

sino mediante el *amor*; de ahí es que Dios nos obliga al *amor*, el cual por consiguiente es el principio y como un resumen del derecho natural.<sup>31</sup>

La voluntad del hombre se perfecciona con el amor. El amor como la libertad buscan el bien. Uno es libre cuando ama. La legítima les procura, al mismo tiempo, libertad al padre y al hijo. La legítima le hace cumplir al padre con su deber y cuida que elija bien, en fin, le hace libre y razonable. La legítima es razonable. No hay moralidad sin libertad. La libertad como reivindicación del bien, es la base de la legítima que descansa en esta moralidad y en esta razonabilidad.

### **C. La racionalidad**

#### **1. Derechos de propiedad**

Los recursos son escasos y el hombre tiende a satisfacer sus necesidades ilimitadas. Cuando los hombres compiten por satisfacer sus necesidades ilimitadas destruyen los recursos que escasean aún más, en perjuicio, por su puesto, de todos. La mejor manera de evitar esta restricción escalonada de los recursos es la asignación de derechos de propiedad sobre estas posesiones que permitan su consumo racional.

A partir de esta asignación inicial de derechos de propiedad, se permite la internalización de los beneficios y de los costos de determinada actividad sobre la propiedad. Conviviendo en sociedad, lo que una persona produce algo a bajo costo llega a elaborar en exceso, por encima de su necesidad; del mismo modo, otra persona que también produce en exceso. Y en algún punto, estas dos necesidades confluyen y se ven satisfechas con el intercambio mutuo de bienes.<sup>32</sup>

Si existen un campesino y un ganadero en dos campos contiguos. Ambos proyectan que dedicándose a una actividad en particular maximizaran la producción de sus respectivas actividades: maximizarán el tiempo que dedican a cada actividad, mientras más tiempo se dedican a una actividad se vuelven expertos, cada uno por separado. El campesino proyecta que en un año consume 10 toneladas de maíz, y que puede tener tres cosechas cada una de cinco toneladas, pero los factores atmosféricos,

---

<sup>31</sup> *Ib.*, p. 29-30.

<sup>32</sup> Cuando los colonos ingleses llegaron a Norteamérica encontraron grandes extensiones de terreno con millones de bisontes. Los indios que por allí vivían eran grupos pequeños y la cantidad de bisontes era más que suficiente para asegurar su supervivencia. Pero el aumento de la población con la aparición de los colonos y la introducción del fusil y el rifle, llevó a que los millones de bisontes se redujeran a unos cuantos miles.

ambientales, sequías, entre otros inconvenientes naturales, decide producir algo más. Más vale que sobre antes que falte. Mientras que el ganadero calcula del mismo modo, algo por encima de su consumo normal. Dependiendo si existen desastres naturales cada uno tendrá algo por encima o por debajo de lo proyectado. Si al final de los doce meses, el campesino produjo 20% más y el ganadero produjo 20% menos de lo que esperaba, entonces, el ganadero estará dispuesto a sacrificar algo para satisfacer la demanda no satisfecha. Los derechos de propiedad nos ayudan a proyectar nuestra propia labor, apoyados en los derechos exclusivos de consumo. Asimismo, la libre contratación permite a las partes negociar y racionalizar el consumo.

La herencia, básicamente, significa derechos de propiedad. Y como tal necesita de una libertad de intercambio. La herencia entonces, está sometida a las mismas leyes que rigen al nacimiento de los derechos de propiedad. Por consiguiente, la herencia está relacionada con el grado de inversión eficiente en los recursos escasos y sobre las decisiones de consumo presente y futuro. Los derechos de propiedad implican libre disposición incluso para su muerte. De lo contrario los recursos se consumen anticipadamente.

Ahora vamos a exponer cuatro enunciados que demostraremos en el siguiente capítulo, en forma más extensa: si los recursos son escasos y población es abundante, la mejor asignación de derechos de propiedad y herencia está relacionada con la libertad contractual y testamentaria. Cuando el recurso es escaso y la población abundante, sigue siendo los derechos de propiedad con libertad contractual y testamentaria, la manera más eficiente de administrar los recursos escasos. Cuando el recurso aumenta y la población es constante, la mejor alternativa es dividir o distribuir este aumento a favor de las generaciones futuras mediante la legítima. Cuando el recurso es abundante y la población es escasa entonces la legítima es eficiente.

Interesa en esta parte determinar la racionalidad de estos postulados en un contexto histórico y económico, especialmente, en el terreno peruano, a través de un modelo.

Los recursos son limitados que en poblaciones pequeñas alcanzan para satisfacer necesidades. Esta relativa abundancia sentida por la sociedad ocasiona en los individuos un deseo distributivo. Y esto lo sienten como justicia.



La población peruana desde los inicios de su República no pasaba de unos cuantos miles de personas. Los recursos con los que contaba aseguraban un nivel de vida adecuado. Nuestra hipótesis en esta parte es demostrar que la relativa abundancia de tierras en los siglos XIX y XX permitía que las personas pensaran de una determinada manera, a favor de la legítima.

En este escenario histórico–económico la religión influye en la forma cómo las personas pueden llegar a pensar sobre la escasez de los recursos: su moralidad, una justicia (re)distributiva.

La racionalidad y la moralidad, en esos primeros años de la naciente República, coincidieron: lo racional era lo moralmente razonable. Se consideraba justo que la propiedad se dividiera a favor de las generaciones futuras a través de la legítima, pues era eficiente. Pero el error es creer que esta conclusión está fuera de la historia o situación tempo-espacial: no significa que lo justo sea eficiente, para siempre.

## **2. Racionalidad de la justicia**

La justicia, desde un punto de vista racional, supone concertación de intereses. La necesidad de esta concertación se debe a la necesidad de vivir tranquilamente en sociedad y que la existencia de un conflicto es un quebrantamiento a la finalidad de la sociedad. Una sociedad, para funcionar, debe armonizar los intereses de los miembros del grupo para que se desenvuelvan dentro del mismo. Su finalidad no es vivir en guerra permanente.

En un conflicto de intereses que surge entre el agricultor y el ganadero. Tanto uno como el otro tienen su propia razón (razón del agricultor y razón del ganadero). Visto desde una posición neutra, cada uno está convencido que su posición es justa. El agricultor cree, según su manera de ver las cosas, que su *razón* refleja los gustos, preferencias y creencias de la sociedad (*i. e.*, la opinión pública), lo mismo el ganadero. Según el agricultor, su razón es la más aceptada por la opinión pública y que B falla al hacerlo. Lo mismo el ganadero, piensa que el agricultor se equivoca. Lo cierto es que ambas son dos perspectivas, cada una influenciada por sus propias y

diferentes emociones que, podemos suponer, se inclinan a favorecer sus propios intereses.

Esta posición justa o razón, a la que cada uno arriba por su lado, didácticamente, representaría en un 80% sus propios intereses y en un 20% los intereses del adversario. La creencia de estar actuando justamente es fruto de su parcialidad. Es una cuestión de la justicia actuar con imparcialidad ante ambas razones y ubicarse en ambos puntos de vista. La solución que cada uno presenta es la que cada uno cree que es la decisión a la que llegaría cualquier miembro de la sociedad que lograra estar en ambas posiciones a la vez.

El juez intenta conciliar estos intereses en conflicto. El caso se le presenta para que llegue a una razón imparcial. El juez, ajeno al conflicto, tiene una visión menos emotiva del asunto; y por lo tanto más objetiva. Por lo tanto, trata de conciliar los intereses en conflicto dentro de la sociedad. Para llegar a una decisión debe llegar a conocer los gustos, preferencias, sentimientos y creencias de la sociedad. El juez debe tomar una decisión tomando en cuenta cómo decidirían los demás miembros de la sociedad si se encontraran en la misma posición de uno y otro lado.

El derecho es ciencia y arte a la vez. Ser juez es en parte ser científico y ser artista. Para resolver estos casos se necesita de un 80% de ciencia y 20% de creatividad. Paradójicamente esta creatividad es responsable del 80% del éxito de la decisión. Por lo tanto, en un mundo de recursos escasos y de especialización en el trabajo, el juez debe ser un especialista en reconocer los sentimientos, preferencias, gustos y valores de la sociedad en la que le tocó vivir y, por lo consiguiente, necesita ser, ante todo, creativo y hábil en el manejo de su sentido de justicia que no es otra cosa sino el acto de conciliar los intereses divergentes dentro de su sociedad y eso asegura la reducción de los conflictos dentro de su sociedad (<sup>33</sup>).

El mismo rol conciliador de intereses le compete a la doctrina jurídica. Ahora bien, cuando la moralidad se adentra en estas consideraciones racionales se llega a la convicción que los gustos, preferencias, creencias y valores son inmutables y permanentes. Y por lo tanto, para ellos la sociedad no cambia. La moralidad aleja a la

---

<sup>33</sup> GARDNER, Howard. *Mentes flexibles: el arte y la ciencia de saber cambiar nuestra opinión y la de los demás*. Barcelona: Paidós, 2004, Capítulo I.

doctrina de la realidad de la escasez de los recursos, la hace más etérea. Esta moralidad no toma en cuenta el hecho que las sociedades cambian y también sus creencias, sentimientos, gustos y preferencias.

De allí que concluyamos que la legítima, que una vez fue eficiente y racional, continúa siendo legislada y defendida por este sistema de gustos, preferencias, sentimientos y valores que se trata de mantener como permanentes. Los sentimientos, preferencias, gustos y valores no cambian porque a la misma sociedad se le inculcó que tenían esa *naturaleza* y busca, por consiguiente, conservarlos como permanentes e inmutables. La moralidad limita la libertad, convierte en sagrado aquello que, en realidad, es maleable.

### 3. Racionalidad de la solemnidad

El artículo 140° del Código Civil expresa que para la validez del acto jurídico se requiere de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. El artículo 686° del mismo cuerpo legal sostiene que una persona puede disponer de sus bienes, por medio del testamento, para después de su muerte, total o parcialmente, y ordenar su sucesión «dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señala». El testamento al ser un acto jurídico formal impone costos a los posibles testadores, que, según sea su situación económica, le disuade de realizar un testamento. Las formalidades exigidas por nuestra legislación civil general costos. Estos costos le hemos llamado costos de solemnidad.

Por ejemplo, si el agricultor quiere testar entonces coge el código civil y abre en la parte pertinente a Derecho de sucesiones. Encuentra allí una serie de formalidades a cumplir y que son solemnes (<sup>34</sup>). Esta solemnidad tiene un costo que puede permitir, o al contrario impedirle, testar. Si la solemnidad es cara entonces estará menos dispuesto a dedicarle recursos. En cambio, si es barata, estará más dispuesto a sacrificar recursos a tal fin. Estos costos de la solemnidad se levantan como barreras legales a la voluntad del testador.

---

<sup>34</sup> *Vid.*, e. g. artículos 696°, 699°, 705°, 707° del Código Civil.

Adicionalmente, otro costo, que contribuye a elevar estos costos de la solemnidad, es la legítima. ¿De qué forma? Cuando el agricultor decide testar lo hace pensando en dividir su vivienda, que consta de tres habitaciones, entre las personas que él considere adecuadas. Sin embargo, leyendo el código se entera que sólo puede disponer libremente de una sola habitación. Con costos de la solemnidad altos, estará menos dispuesto a testar, pues el beneficio de costear esta solemnidad es de una sola habitación. Los beneficios de testar se reducen a la tercera parte o, lo que es lo mismo, los costos se triplican. Aún con costos de solemnidad bajos, en un sistema dominado por la legítima, los costos siguen multiplicándose por tres, manteniendo un sistema testamentario oneroso que dificulta la transmisión eficiente, en términos sociales, de los recursos de una generación a otra.

#### **D. La doctrina jurídica**

##### **1. La moralidad de la doctrina**

Antes de la vigencia del código civil de 1852, el derecho republicano seguía utilizando las leyes de España: las Leyes del Toro, la Nueva Recopilación, la Novísima Recopilación, las Siete Partidas, Fuero Juzgo, Fuero Real. El jurista no puede escapar a la dogmática de su tiempo. En este sentido los proyectos presentados por Manuel Lorenzo de VIDAURRE se alejan de la moralidad de su época, casi revolucionariamente. Pero aún así, mantiene visos de su moralidad, pues aunque concede en su proyecto de código civil amplia libertad testamentaria la exceptúa para el loco y el gravemente enfermo.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> «Vidaurre es un entusiasta adversario de la vinculación y la amortización que pesaban sobre la propiedad colonial. Aborrece los mayorazgos y patronatos legos, que tuvieron hondo influjo en la organización social y económica de España y las Indias. La crisis fiscal española, patentizada dramáticamente en el enrarecimiento de capitales libres, parece haber tenido como causa la inmovilización de la propiedad, rémora para el desarrollo industrial. La prohibición de disponer de la propiedad reducía los estímulos para la mejoría de los cultivos en el campo. Por otro lado, la vinculación de la propiedad producía una suerte de inmovilidad entre las clases sociales, acentuaba la desigualdad, fomentaba un clima de resignada inercia y de general falta de iniciativa económica. No puede, pues extrañar, la animadversión de los juristas 'ilustrados' hacia las vinculaciones y las numerosas propuestas para suprimirlas. Así, el segundo tomo del *Proyecto del Código Civil* encierra una larga y persistente crítica a la propiedad vinculada y la amortización». Vid.: RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, tomo I: «El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre», 2ª edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 274.

La manera de pensamiento y la forma de hacer las cosas depende de la sociedad y el tiempo en la que se vive el hombre.<sup>36</sup> VIDAURRE refiere que presencié a personas en su agonía y que unas veces firmaban los papeles que le ponían a la vista, sin revisarlos, y que, otras veces, escribían lo que le dictaban.

Vidaurre es uno de los primeros propugnadores en suelo patrio de la libertad testamentaria con ciertas restricciones, como ya vimos, y así se expresa:

Hijos y monasterios desaprobarán algunos de mis artículos –confiesa VIDAURRE–. Diré a los primeros. Esperad un poco que también llegaréis a ser padres. Esa amplia libertad que parece que os ofende, si es una garantía de la vejez, es un remedio preventivo contra los lazos de la inmoralidad que se multiplicarán alrededor de nuestros pies, para haceros caer en desórdenes y vicios. No temáis que os amen menos los que por una ley muy rara vez sofocada en los pechos de los padres, amen aún injuriados a los que quisieran amar.<sup>37</sup>

El código civil de 1852 recoge instituciones tutelares de las relaciones familiares entre padres e hijos (<sup>38</sup>). Entre estas formaciones encontramos a la legítima que, siguiendo la cuota diseñada por el Fuero Juzgo, es de cuatro quintos para los hijos legítimos. El código civil de 1936 aumenta la libertad del testador a un tercio que se mantiene hasta el código de 1984.

## 2. El individualismo en la doctrina legal

Con el individualismo se da preferencia al individuo sobre la sociedad. El auge de esta filosofía estuvo con la Revolución francesa. El *code Napoléon* de 1804 de corte individualista debía de haber separado el derecho de sucesiones de las tendencias iusnaturalistas que consideraban a la familia como fuente de este derecho. El individualismo supone que el individuo predomina por encima de los intereses de la familia, en conjunto. Sin embargo, el *code Napoléon*, favorece una legítima progresiva:

913. les libéralités, soi par acte entre-vif, sois par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre.

---

<sup>36</sup> Ver, al respecto: UGARTE DEL PINO, J. Vicente. «La teoría de las constantes jurídicas y la historia del derecho peruano». En: *Derecho*, Nro. XXI, PUCP. Lima, 1962, p. 147.

<sup>37</sup> Manuel Lorenzo de VIDAURRE, citado por VALVERDE, Emilio. *El derecho de sucesión en el derecho civil peruano*. Lima, 1951, p. 139.

<sup>38</sup> Código Civil de 1852, Artículo 696° y ss.

El *code* influye directamente a nuestro código de 1852. Sin embargo, cabe preguntarnos: ¿por qué respetan ambos códigos la legítima cuando debieran proteger los derechos de propiedad? PORTALIS señaló la causa:

... el derecho de propiedad es en sí mismo *una institución derivada directamente* de la naturaleza y ningún miembro de familia puede reclamarlo con un título riguroso. Sólo existen motivos de conveniencia y equidad para que los bienes se conserven en la familia del propietario.<sup>39</sup>

Veamos lo que señalan COLIN & CAPITANT, al respecto:

El Derecho revolucionario [francés], que había proclamado que la propiedad es un derecho sagrado e inviolable y que se inspiraba en tendencias netamente individualistas, hubiera debido, al parecer, mostrarse favorable a la libertad de testar; sin embargo, no fue así. Consideraciones políticas, el deseo de dividir las herencias llamando a ellas al mayor número posible de herederos, la persistencia de los sentimientos igualitarios de la antigua Francia en materia de sucesión, la hostilidad contra las antiguas prácticas nobiliarias contrarias a la igualdad de los hijos, el temor a las captaciones de voluntad, sobre todo por parte de los sacerdotes, determinaron la libertad de testar.<sup>40</sup>

En otras palabras, se debe a que los criterios de justicia, aún en aquella época, están aún inspirados en un origen divino y natural. Debido a ello se vincula propiedad a familia. Dicho pensamiento concordaba con la opinión pública.<sup>41</sup> En los tres proyectos galos presentados por CAMBANCÉRÈS en los años 1793, 1794 y 1796 encontramos como novedad la igualdad entre ciudadanos y la división de propiedades. Este principio de distribución de propiedades tenía como meta eliminar la aristocracia residual. Se pretendía que los ciudadanos por igual participen en la tenencia y posesión de tierras de allí el tratamiento de la legítima.<sup>42</sup>

La racionalidad de la justicia en materia de legítima hereditaria se ejemplifica en el derecho chileno. Andrés Bello, connotado autor del código civil chileno, pensaba que la legítima debiera abandonarse. Este pensamiento no lo compartía la opinión pública. Los gustos, preferencias, creencias y valores de la sociedad chilena, fuertemente enraizadas en la fe católica, impidieron al jurista

---

<sup>39</sup> Citado por SAMANAMÚ, Francisco. *Instituciones del Derecho civil peruano*, 2ª edición. Lima: Editorial San Martín, 1917, p. 489.

<sup>40</sup> COLIN, Ambrosio y Henry CAPITANT. *Cursos elemental de derecho civil*, tomo VII: «Derecho Sucesorio-Donaciones-Ausencia», trad. Demófilo de Buen. Madrid: Editorial Reus, 1927, p. 493.

<sup>41</sup> Ver, más abajo. Tal como aconteció con Andrés BELLO para el caso de la codificación chilena.

<sup>42</sup> Si el padre solo puede disponer de una habitación y les corresponde cuatro a sus hijos, podemos decir que la libertad del padre es igual a la cuarta parte de derechos que tienen los hijos.

proclamar la abolición de la legítima. En este sentido, se conservó este mandato moral. Veamos lo que se dice al respecto:

Bello era contrario al establecimiento de dicha asignación forzosa [la legítima]. En nota al art. 1343 N° 4 del Proyecto de 1853 manifestaba su intención de abolirla: «El establecimiento de las legítimas no sólo es vicioso porque es innecesario (pues no deben multiplicarse las leyes sin necesidad) sino porque complicando las particiones, suscitando rencillas y pelitos en el seno de las familias retardando el goce de los bienes hereditarios, ocasiona a los herederos un daño muy superior al beneficio que pudiera alguna vez acarrearles» el autor del Código agregaba que ellas eran desconocidas en Gran Bretaña y los Estados Unidos de Norteamérica, sin que por ello se lesionase allí las relaciones de familia, ni se resintiese el espíritu familiar.<sup>43</sup>

Bello jamás se dejó llevar por sus opiniones personales; supo ceder ante la necesidad de respetar las tradiciones. Ahora Bello es recordado por su gran sentido de justicia. Esta es una reconciliación la ética: entre la moralidad y la racionalidad.

### 3. Fundamento moralista en la doctrina nacional

En *The Oxford Encyclopedia of Economic History* sobre el tema de la herencia encontramos el siguiente fragmento:

Inheritance traditions evolve over time, much like other important social and economic institutions. They develop in response to changes in the nature of economic production, as well as shifts in population size. Exogenous forces—in particular, pressure from religious institutions or from state—can greatly affect de facto rules of inheritance.

Heirship strategies in Europe and other parts of Eurasia changed in radical ways with the spread of Christianity, Islam, and rabbinic Judaism... These religious doctrines each paved the way for greater opportunities for land ownership by women by encouraging other social objectives, besides keeping the property within a family and within the male line.<sup>44</sup>

Las tradiciones hereditarias o derecho sucesorio evolucionan y están en constante cambio. Los factores que inciden en este cambio de pensamiento son variadas: primero, cómo satisfacemos nuestras necesidades, segundo, el crecimiento poblacional, tercero, la influencia de la religión, cuarto, la presencia del Estado en las vidas privadas de los individuos.

---

<sup>43</sup> DOMINGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMINGUEZ AGUILA, *Derecho sucesorio*, tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 283-284.

<sup>44</sup> WEGGE, Simone A. «Inheritance Systems», *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003, p. 82.

Desde el punto de vista de su función, la religión influye en el Derecho y en la sociedad. La moral impuesta por la religión sirve como medio de cohesión social. Limita la conducta de los individuos y demás manifestaciones emocionales de éstos. También se emplea para homologar patrones de comportamientos socialmente aceptados. Influye, además, en la formación de valores de solidaridad entre los miembros dentro de la comunidad. La religión modela –limitando, permitiendo y motivando ciertos comportamientos deseables desde el punto de vista de la religión– el comportamiento de los miembros del grupo.<sup>45</sup>

Tal como dice COHEN, «la significación [«determinación de sus implicaciones o consecuencias, en un contexto dado, matemático, físico o social»] de un dogma religioso no se halla en un sistema de proposiciones teológicas, sino en un modo de comportamiento humano». El modo de comportamiento que exige –moralmente– la religión católica es: «Todos somos iguales ante Dios». Luego, «Todos los hijos son iguales ante su padre». «Yo soy tu pastor y cuido de tu pueblo», que es una forma sino el origen del paternalismo.

Para el planteamiento de COHEN:

El derecho es un proceso social, un complejo de actividades humanas, y una ciencia jurídica adecuada tiene que ocuparse de la actividad humana, de causas y efectos, del pasado y del futuro. La ciencia jurídica, tal como tradicionalmente se la concibe, trata de darnos una foto instantánea de un sistema existente y completo de derechos y deberes. Dentro de ese sistema no hay procesos temporales, no hay causa ni efecto, no hay pasado ni futuro. Una decisión lógica a partir de principios fijos. Su significado es expresado únicamente en términos de sus consecuencias lógicas. Un sistema jurídico, así visto, resulta tan extraño como la actividad temporal como un sistema de geometría pura.<sup>46</sup>

La legítima, desde esta perspectiva funcional, en su devenir histórico conciliaba la moralidad y la racionalidad en los inicios de la República debido a la relativa abundancia de los recursos: guano, salitre y pesca. En esta fotografía la legítima era eficiente. Sin embargo, en la sociedad actual esta instantánea deja de cumplir la función que la animaba.

---

<sup>45</sup> Ver: COHEN, Félix S. *El método funcional en el Derecho*, trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 78. Este trabajo fue originalmente publicado en *Columbia Law Review*, vol. 35, nº 6, 1935.

<sup>46</sup> *Ib.* 121-122.



El Derecho de una sociedad se conoce por medio de su pasado y del estudio de su contexto, lo que Montesquieu llamaba *espíritu de las leyes*. Las normas jurídicas son las huellas de un consenso alguna vez alcanzado. Este acuerdo de intereses entre los grupos que conforman la sociedad, sin embargo, no es permanente. Los intereses, preferencias y gustos de los miembros y grupos sociales cambian unas de otras en tiempo y lugar.

Los sistemas hereditarios, como estructuras normativas que cumplen una función dentro de una sociedad, responden a estos cambios en la manera de satisfacer sus necesidades y en el aumento del tamaño de la población.<sup>47</sup> Se puede reconocer dos fuerzas exógenas muy particulares que muchas veces dirigen esta transformación: la religión y el Estado. Este par de influencias afectan el sistema hereditario.<sup>48</sup> Un sistema hereditario guiado por la legítima, actualmente, no es idóneo. Un sistema libre, en cambio, permite adecuarse a los continuos cambios y preferencias de los miembros de una sociedad y asegura una respuesta pronta del derecho a las exigencias del presente.

#### **4. La influencia de la religión católica**

La legítima sigue la moralidad de la iglesia católica esbozada en líneas anteriores. Al estudiar los fundamentos de la legítima expresados por los juristas peruanos logramos determinar que respetan esta moralidad cristiana y que estuvo presente a lo largo de nuestra historia republicana: en la mente de reformadores, revisores y legisladores.

En el capítulo 21 de Deuteronomio, versículos del 15 a 17, Antiguo Testamento, encontramos el fundamento de la primogenitura para los hebreos que sirve, también, y luego de un detenido análisis, para comprender el sentido de la moralidad católica que se encuentra en la legítima. Este precepto hebreo manda que si un hombre tiene dos hijos de dos mujeres distintas, una amada y otra aborrecida, siendo su primogénito el hijo de la aborrecida, le corresponde a él ser su heredero de sus dos tercios de la herencia y a su otro hijo sólo puede favorecerlo con su tercio de libre disposición.

---

<sup>47</sup> WEGGE... op. cit., p. 82.

<sup>48</sup> *Ib.*

Esta referencia bíblica semeja las cantidades que aparecen en los Códigos Civiles de 1936 y 1984 (1/3 de libre disposición y 2/3 de legítima). Y tal parece que sirvieron como base para establecer la cuantía de la legítima. La primogenitura es un privilegio que la ley le concede del hijo mayor, basada en ley divina, incluso contra de la voluntad y cariño de su padre. Del mismo modo, la legítima es un privilegio que concede la ley a los hijos sobre la herencia de sus padres, basada, para algunos, en una ley divina, o en una ley natural, para otros.

Podemos apreciar que para la ley: el amor, cariño y afectos reales no importan al momento de la determinación de quién heredará. Con la legítima y la primogenitura se crean dos presunciones incontrastables, la primera, que ya se dijo, la realidad no cuenta; la segunda, que los padres, se supone, siempre aman a sus hijos. El inconveniente es que no cabe prueba en contrario para ambas presunciones.

## **5. Los pensamientos de la doctrina jurídica nacional**

Los principales cultores peruanos del derecho en campo de sucesiones presentan en sus propuestas una marcada tendencia moralista, en su momento eficiente y racional. Veamos a continuación los comentarios que vierten en torno a esta figura jurídica.

A solo unos años de estrenarse el código civil de 1852, José SILVA SANTISTEBAN sostenía en los mismos términos que lo hace HEINECCIO que:

No consiste pues la libertad en obrar discrecionalmente de cualquier manera, porque entonces se elimina el elemento racional, y no merece los actos el sagrado nombre de humano; el salvaje que se deja arrastrar por la violencia de sus instintos, y obra caprichosamente sin obedecer a la ley, ni a la razón, no es más libre que el hombre culto y virtuoso que se tiene en sus propias manos el freno para no extraviarse del sendero trazado por la religión, por la moral, por el derecho: el hombre no está destinado a obrar sin regla, sino a proceder conforme a los dictados de su razón, dominando cuanto lo contrarie; y en ese poder de dirigir por sí sus acciones y arreglarlas a la razón, consiste la verdadera libertad; lo contrario es un abuso, es un libertinaje.<sup>49</sup>

Esta posición está de acuerdo a la visión del derecho natural sobre la libertad y de cómo esta necesita dirigir al hombre hacia la realización del bien. En su

---

<sup>49</sup> SILVA SANTISTEBAN, José. *Derecho natural o filosofía del derecho*, 2ª edición corregida. Lima: Librería de Gontier y Baylly, 1858, p. 94.

propuesta el libre albedrío incuestionable es libertinaje que, recordemos, sería la búsqueda del bien para sí mismo sin considerar a la sociedad. La legítima buscaría reafirmar la libertad del hombre.

A finales del s. XIX se enseñaba en la Universidad Mayor de San Marcos que la herencia está íntimamente relacionada con la familia. Manuel Vicente VILLARÁN preguntaba de manera didáctica a sus alumnos: ¿Quién plantaría árboles si personas desconocidas hubieran de recoger sus frutos?<sup>50</sup> Si las personas a quienes no se ama son extraños, y se benefician con los frutos y productos del árbol; es propio decir que existen poderosos incentivos para renunciar al proyecto de plantar un vivero. La moralidad, que se representa en el amor; y la racionalidad, que se relaciona con los incentivos necesarios para realizar una inversión eficiente, llegan a corresponderse mutuamente. No es eficiente prescribir que el trabajo de una persona sea disfrutada por alguien a quien él no ama. El problema es que se presume que se ama siempre a los hijos.

La legítima satisfacía la necesidad de movimiento de los bienes dentro de la familia. Era un movimiento económico limitado de una generación a la siguiente. Es un sistema de inmovilización familiar. Por el contrario, la libertad testamentaria, que permite la circulación económica de los bienes más allá de las estructuras limitadas familiares, no satisfacía entonces, en ese contexto, esta necesidad de mantener los bienes en la familia, fundada en amor y protección de los suyos que asegure su aprovisionamiento futuro. En una economía asentada en la agricultura lo eficiente y lo justo era mantener la propiedad en manos de la familia, pues aseguraba la provisión de recursos para la generación que queda.

Francisco SAMANAMÚ, sostuvo que la libertad de testar es propia del derecho natural. Siguiendo a John Locke insiste en afirmar que los derechos de propiedad nacen del trabajo, que es un derecho natural de los hombres. Ergo, los derechos de propiedad son derechos naturales. Sin embargo, se distancia del pensamiento del filósofo escocés cuando manifiesta que la facultad testamentaria puede ser determinada en forma y modo por el derecho civil, lo que significaba que la

---

<sup>50</sup> VILLARÁN, M. V. *Lecciones de derecho natural*. Lima: Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Marcos, 1897, p. 2.

disposición de los derechos de propiedad no es libre sino que estaba direccionada por el Derecho y el Estado. «En cuanto al origen de la facultad de testar, parécenos – sostiene SAMANAMÚ– que su fundamento está en el derecho natural; mas su forma y modo de aplicación pende del derecho civil, el que pueda alterarla y modificarla».<sup>51</sup> Para este autor el problema no era la existencia o no de la legítima sino que la cuestión concernía a su cuantía. Aquí el Derecho civil, representado por el legislador, era libre para decidirlo.

Para este jurista peruano de comienzos del s. XX, la propiedad se acaba con la vida del propietario.<sup>52</sup> Siguiendo a KANT sostiene que todos los derechos concluyen con la vida del sujeto, y que por lo tanto «no puede, en su virtud, el testador proveer para después de la muerte acerca del destino de una propiedad que con ella ha de quedar extinguida».<sup>53</sup>

El derecho civil, según SAMANAMÚ, es quien permite al propietario hacer valer su voluntad para cuando él muera bajo el cumplimiento de ciertas condiciones. Entre estos requisitos esta la legítima, dejada a los parientes cercanos o, como ya hemos visto, legitimarios. El conflicto entre si los derechos de propiedad son por sí mismos derechos o si, por el contrario, es necesario que el Estado los reconozca para que sean derechos se manifiesta en las ideas de este jurista nacional.

SAMANAMÚ sostiene que el reconocimiento de estos derechos le concierne al Estado y como tal también le corresponde limitarlos. «Del derecho de propiedad – expresa– surge la cuestión de saber hasta dónde puede llegar el derecho de disponer de los bienes y qué obligaciones impone la familia para que él sea restringido».<sup>54</sup> Sin embargo, este jurista defiende la libertad del testador frente a un sistema legitimario, y lo hace desde el punto de vista moral. Al respecto señala:

... creemos que nadie es más apto para distribuir sus bienes que el testador, en virtud de la conducta que vayan observando sus hijos, del auxilio que le hayan prestado que vayan observando sus hijos, del auxilio que le hayan prestado para aumentarlos; y nadie mejor que el padre se encuentra en aptitud de fomentar la

---

<sup>51</sup> SAMANAMÚ, Francisco. *Instituciones del Derecho civil peruano*, 2ª edición. Lima: Editorial San Martín, 1917, p. 486.

<sup>52</sup> *Ib.*, p. 487.

<sup>53</sup> *Ib.*, p. 486.

<sup>54</sup> *Ib.*, p. 489.

virtud recompensando a los que estime más dignos de recompensa y para condenar al que sea vicioso.<sup>55</sup>

Su propuesta no se detiene en el plano moral sino que también se ubica en la esfera del beneficio social al amparar la libertad testamentaria en la razonabilidad y la racionalidad del individuo:

... no hay razón para restringirle [al individuo] ese derecho [de distribuir sus bienes como a él más le acomode]; tanto más cuanto que para nadie es un misterio que la falta de esa libertad da origen a contratos simulados, enajenaciones falsas y que ordinario se ocurre a esos encargos secretos que no se cumplen jamás.<sup>56</sup>

El presidente de la comisión reformadora del código civil de 1852, Juan José CALLE, propugnó en la comisión la ampliación de la cuota de libre disposición de una parca quinta parte a un mesurado tercio. Esta misma distribución la encontramos en la cita de Deuteronomio que ya hemos señalado. Para el destacado jurista nacional la legítima tiene como función social la corrección de todos aquellos abusos a la que puede llevar la libertad exagerada y absoluta del propietario de actuar en contra de sus familiares.

La legítima, para el reconocido autor nacional, es una manifestación de la justicia que está acorde con la realidad. Comenta que el problema principal no es la determinación de si debe mantenerse la legítima sino que la pregunta es cuánto debe ser su cantidad:

Por mucho que la legítima sea de derecho natural –escribe CALLE–, como el mismo derecho de propiedad, en lo que concierne a su cotación o a su tasa, la ley civil recobra su impero y en cierta manera su arbitrio; y nada más justo que el legislador, tomando en consideración las realidades de la vida y los inconvenientes de la establecida, revelados por la observación y la experiencia, trate de modificarla conformándola todo lo más posible con la equidad que, en este caso, es la justicia.<sup>57</sup>

En su concepto la legítima y el derecho de propiedad, siendo derechos naturales, no pueden modificarse. Ellos deben existir al mismo tiempo. Quedando en poder del legislador la facultad de modificarla para favorecer la cuota de libre disposición. Esta es la base por la cual plantea a la comisión reformadora el incremento

---

<sup>55</sup> *Ib.*, p. 490-491.

<sup>56</sup> *Ib.*, p. 491.

<sup>57</sup> CALLE, Juan José. *Actas de las sesiones de la comisión reformadora del Código Civil*, tercer fascículo, sesiones 64-100. Lima: El Progreso Editorial, 1925, p. 104.

de la cuota de libre disposición: «La porción o cuota disponible es el término medio entre dos principios que aparecen antagónicos: el derecho de propiedad del padre y el derecho hereditario de los hijos».<sup>58</sup>

La propuesta de Juan José CALLE prosperó y así aparece en el código civil de 1936 que la porción de legítima de los hijos es el doble de lo que el padre tiene para disponer libremente. Y si solo tiene ascendientes, su porción para disponer libremente es igual a la legítima de sus padres.

Otro notable jurista peruano como Luis ECHECOPAR entiende que la legítima tiene como fundamento el cumplimiento de deberes morales y sociales hacia la gran familia que es la humanidad.<sup>59</sup> La legítima, en la perspectiva de Eche copar satisface un ideal: que todo ser humano sea propietario. Expresa, además, que este vínculo social que forma la gran familia se deriva, primero, de las relaciones familiares y que, segundo, se compone de las extensiones de estas conexiones hacia los demás miembros de la sociedad. Todos, en resumen, somos hermanos al interior de esta gran familia social. Esta gran familia reclama una consagración de cada individuo en su beneficio y la legítima es esa consagración. Limitar la libertad en beneficio de los hijos es la mejor manera de llevar a cabo ese ideal. En nuestra opinión sus apreciaciones jurídicas tienen un contenido moralista cristiano.

Emilio VALVERDE también hace primar la familia sobre el individuo. Manifiesta este autor que la naturaleza o «razón de ser de la cuota forzosa de los legitimarios está afirmada en el nexo estrecho que existe entre las relaciones jurídicas sucesorias y las de carácter familiar que les sirven de primordial sustento».<sup>60</sup> En consecuencia, el derecho sucesorio se sustenta en el derecho de familia. Defiende la legítima como una institución de derecho natural. Se refiere VALVERDE a la familia como a la «primera unidad social» que es propio de un pensamiento moralista. La sociabilidad humana es para el jurista peruano una razón de peso para limitar los derechos de propiedad para asegurar una vida material y espiritual a la generación que

---

<sup>58</sup> *Ib.*, p. 103.

<sup>59</sup> ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Derecho de sucesiones*. Lima: Empresa Gráfica Sanmartí, 1950, p. 26.

<sup>60</sup> VALVERDE, Emilio. *El derecho de sucesión en el código civil peruano*, tomo I. Lima, 1951, p. 397.

queda para que se le asegure el futuro con la finalidad de mejorar el desarrollo de la Nación y del Estado.<sup>61</sup>

Aníbal CORVETTO VARGAS sostiene, en el mismo sentido, que el derecho de familias está relacionado indesligablemente con el derecho de sucesiones. Y este enlace obliga al legislador a mantener a la legítima.<sup>62</sup>

Rómulo LANATTA asegura que la legítima tiene la función de limitar los excesos que pudiera cometer el padre de familia en contra de sus parientes más cercanos. Declara que la legítima restringe las liberalidades a las que podría recurrir el propietario que disminuyen su propiedad en perjuicio de los suyos.<sup>63</sup>

La posibilidad de establecer conjuntamente dos clases de liberalidades: legados con la cuota de libre disposición y mejoras con la cuota de mejoras, puede disminuir considerablemente la porción de los legitimarios, reduciendo de manera apreciable su expectativa sucesoria, que debe estar mejor cautelada por ley.<sup>64</sup>

La expectativa de los legitimarios, según LANATTA, debe ser protegido por el derecho. Este deber de amparo se asienta, a criterio de este jurista, en el deber de tutela de la familia. Esta expectativa del legitimario se funda en el amor, el afecto y el cariño, puesto que «es obvio que la transmisión sucesoria está inspirada generalmente en el afecto».<sup>65</sup> El argumento que desarrolla LANATTA es de carácter moralista. Veamos:

Los vínculos del matrimonio, del parentesco consanguíneo y de la adopción y el estado de familia a que dan origen, que crea derechos y obligaciones, exigen como necesario complemento de las existentes en vida, entre las personas unidas por estos lazos, el régimen sucesorio, que se presentan en este aspecto, fundado en la necesidad de proteger a la familia aún más allá de la muerte, muy especialmente al núcleo familiar formado por el cónyuge, los descendientes...<sup>66</sup>

Para Jorge Eugenio CASTAÑEDA,<sup>67</sup> «con la legítima se protege a la familia». Y de este modo, «Quien tiene cónyuge, hijos y otros ascendientes no tiene

---

<sup>61</sup> Ver: VALVERDE, Emilio F. *El derecho de familia en el código civil peruano*, tomo I. Lima: Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942, p. 7.

<sup>62</sup> CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de derecho civil peruano*, tomo II. Lima: Ediciones librería Studium, 1956. p. 17.

<sup>63</sup> LANATTA, Rómulo E. «El derecho de sucesión en el código civil peruano de 1936. estudio crítico». En: *Separata de la Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Año XXV, Nro. II. Lima: Facultad de Derecho de la UNMSM, 1961, p. 3.

<sup>64</sup> *Ib.*

<sup>65</sup> *Ib.*, p. 65.

<sup>66</sup> *Ib.*

<sup>67</sup> CASTAÑEDA PERALTA, Jorge Eugenio. *Derecho de sucesión*, 2ª edición, tomo II. Lima, 1975, p. 48.

facultad de donar todos sus bienes ni hacer legados [por todos sus bienes]». La legítima es, pues, una limitación a las manifestaciones de la liberalidad del propietario ya que «No sólo en el testamento no puede privar de la legítima, sino que en vida tampoco puede donar más de lo que la ley le permite».<sup>68</sup>

El mismo autor nacional ve sobre todo en la legítima una limitación a la excesiva libertad del propietario en beneficio de su familia. Explica respecto a la legítima que «La ley la crea para limitar la voluntad arbitraria del padre; [también lo hace] para evitar los excesos en la libertad de testar».<sup>69</sup> Las personas con libre arbitrio pueden excederse que mediante la legítima se corrige en beneficio de la familia. El problema es: ¿dónde encontramos ese límite que distinga qué es exceso y qué no es exceso? La respuesta la podemos hallar en la cita de Deuteronomio ya mencionada, el exceso es atentar contra los derechos naturales de los hijos. Los hijos tienen el doble de derecho que los padres.

Héctor CORNEJO CHÁVEZ ratifica que la familia no es un asunto que sólo atañe a lo jurídico sino que la familia, al ser la «primera sociedad a la que ingresa inevitablemente todo hombre»,<sup>70</sup> es una combinación una serie de factores económicos, sociales, culturales, biológicos, fisiológicos, psicológicos y educativos. El derecho impone, en este ámbito, muchas veces deberes morales que no se imponen de forma coactiva. «No hay –dice el maestro– ley que obligue a amar y ni siquiera sonreír».<sup>71</sup> Incluso en el ámbito familiar se impone el deber de respetar, obedecer y honrar los hijos a sus padres.<sup>72</sup> «La fórmula repite casi a la letra uno de los mandamientos de la ley de Dios».<sup>73</sup> Si el derecho no protege el amor, no protege nada.

José LEÓN BARANDIARÁN insiste en que el derecho de sucesiones cuenta con un par de principios fundamentales sin los cuales es imposible intentar un estudio serio sobre ellos. Estos dos principios son: la familia y la voluntad del causante. La familia genera derechos y deberes recíprocos y de los cuales la voluntad unilateral

---

<sup>68</sup> *Ib.*, p. 49.

<sup>69</sup> *Ib.*, p. 51.

<sup>70</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. «Familia y Derecho». En: *Thémis – Revista de Derecho*, Facultad de Derecho PUCP, segunda época, Año 1, Nro. 2. Lima, 1984, p. 10 y ss.

<sup>71</sup> *Ib.*

<sup>72</sup> *Ib.*

<sup>73</sup> *Ib.*



puede atentar contra ella. Proclama que «una persona que ha creado un hijo, es claro que no sólo está en el deber de alimentarlo y protegerlo durante su vida, sino velar por su futuro, dejándole un patrimonio. En gran parte se explica, como derecho familiar».<sup>74</sup>

A juicio del notable tratadista peruano, se puede correr el peligro de no llegar a entender el derecho de sucesiones sin antes estudiar el derecho de familia. Esta concepción, para nosotros, es fuertemente moralista con fuentes en el derecho natural, pues deja de lado la racionalidad. Prosigue de una manera brillante: «En razón del interés individual se permite la herencia, y en razón del interés social se la restringe».<sup>75</sup> Este es, según nuestro pensamiento, el reconocimiento entre la racionalidad y la razonabilidad que concilia de una manera por demás lúcida y que resume este esfuerzo de los juristas y del derecho de los dos últimos siglos en lo que se refiere a la defensa de la legítima y que hasta ahora influye decididamente. Añade José LEÓN BARANDIARÁN, que «no puede hablarse de este derecho [de sucesión] sino como la conjunción de imperativos de orden social».<sup>76</sup>

El jurista Enrique HOLGADO VALER entiende que la legítima tiene tres fundamentos: uno moral, otro social y por último, político.<sup>77</sup> El vínculo moral está representado por el lazo sanguíneo que existe entre padres e hijos: la sangre obliga a prestarse recíproca ayuda. El afecto se dirime como el criterio moral de la legítima.<sup>78</sup> El aspecto social de la legítima, en expresiones del jurista, se localiza en la familia: la legítima garantiza, promueve y asegura los lazos familiares. El punto referido al aspecto político de la legítima, apunta el maestro, responde una justa distribución de la riqueza. Este autor aún cuando didácticamente los ha separado estos fundamentos, aún cuando sea una propuesta interesante no pasa de ser una perspectiva moralista que sigue la línea de sus predecesores. Adicionalmente, el autor señala que la legítima tiene una función económica: la legítima asegura la unidad familiar porque los familiares se ven incentivados no sólo a satisfacer sus propias necesidades sino las de su familia también, lo que les impulsan a ahorrar y a la inversión en la propiedad es el

---

<sup>74</sup> LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de derecho civil peruano*, tomo VII: «Derecho de sucesiones», 1ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 1995, p. 46.

<sup>75</sup> *Ib.*, pp. 47-48.

<sup>76</sup> *Ib.*

<sup>77</sup> HOLGADO VALER, M. Enrique. *Las sucesiones hereditarias en el nuevo código civil peruano*, Cusco, 1985, pp. 133-134.

<sup>78</sup> *Ib.*

amor que se inspira entre ellos. De no proteger esta legítima, refrenda HOLGADO VALER, la sociedad estaría «condenada al despilfarro y al atraso».<sup>79</sup>

FERRERO COSTA, siguiendo al maestro LEÓN BARANDIARÁN opina que el orden social se preocupa que los parientes más cercanos lleguen a ser los sucesores del patrimonio de su causante por ser una cuestión de interés público.<sup>80</sup>

En nuestro análisis la doctrina nacional se aleja de la tesis que podría ser más clara respecto que la sucesión se funda en el derecho de propiedad. La doctrina nacional tiene la tendencia de referirse a la legítima como un derecho natural y es esta tendencia, como ha sido enseñada es la que todavía perdura en nuestros maestros nacionales. En aquella época, la defensa y ataque a la legítima se fundaba en consideraciones de moralidad. Se remitían a la defensa y protección de la familia y de los derechos de propiedad como derechos naturales. Se dejaba de lado la función económica de los derechos de propiedad, ya que no se puede entender el derecho de sucesiones sin su complemento que es el derecho de familia. Las sucesiones descansan en la organización familiar, idea propia de la moralidad del derecho natural. Proteger los derechos de propiedad es propio de la racionalidad económica. La moralidad y la racionalidad están comienzan a estar en pugna. Esta preocupación por los intereses de los legitimarios, en nuestra opinión, se origina desde el momento que se considera que este orden social tiene como base el orden moral. Cuando este orden moral se basa en los derechos naturales entonces podemos decir que aún sigue siendo la legítima una institución que sigue inspirándose en las fuentes del derecho natural. Desde el momento en que la familia, el amor y la justicia entendida como equidad están en juego es una concepción moralista.

## 6. La corriente jurídica de las tesis universitarias

La armonización de esta dupla de instituciones jurídicas: la propiedad y la familia, parece ser el justificativo rector que respalda la legítima. La legítima, se ha llegado a decir, satisface tanto el derecho de propiedad del padre como los intereses

---

<sup>79</sup> *Ib.*, p. 5.

<sup>80</sup> FERRERO COSTA, Augusto. «La legítima y la porción de libre disposición». En: *Libro homenaje a Rómulo Lanatta Guilhem*. Lima: Cultural Cuzco, 1986, p. 249.

de la familia supérstite. Mientras que la cuantía de la libre disposición y de la legítima, según esta perspectiva, es cuestión accesoria que puede variar.

Frente a esta perspectiva se erige el pensamiento que la legítima crea una movilidad de la propiedad: circulación de la riqueza. Sin embargo, esta racionalidad del legislador de intentar crear un mercado con la legítima que enfrente la inmovilidad nobiliaria de los recursos como capellanías, censos y patronatos, es contraproducente. Tiene el inconveniente de aumentar los costos de transacción y el uso eficiente de los derechos de propiedad. Los mercados no se crean por ley.

La legítima, al restringir su libertad de disposición mortis causa, limita su movilidad. Narciso de ARAMBURÚ al defender la legítima se pregunta: «¿sería natural que quedasen en la miseria las personas a quienes debía sustentar el antiguo propietario, y que a la desgracia que en sí lleva la muerte del padre se agregue la falta de todo elemento de vida?»<sup>81</sup> La respuesta para el jurista es obvia: no. Un análisis más cercano nos hace percibir que el fundamento de esta respuesta se encuentra no sólo en la moralidad de la sociedad, sino también en la forma cómo se desarrolla las actividades económicas. En efecto, en esta sociedad, el hombre, único proveedor y sustento de su casa, fuente de riqueza para los miembros de su familia, estaba obligado a seguir protegiéndola.

De otro lado, la postura de Benjamín LAMA, hacia 1892, era favorable a la libertad testamentaria y proclama abiertamente que ni «la ley ni nadie puede sancionar restricciones a la libertad de disponer».<sup>82</sup> Apoyaba en este sentido una posición anteriormente sostenida por Felipe de OSMA, en 1888. Esta defensa de la libertad testamentaria se basa en la defensa de los derechos de propiedad y de los incentivos para el trabajo al eliminar la seguridad de la herencia que es el principal motivo para que las personas no trabajen. Se nota, no obstante, en sus posiciones un marcado acento de la propiedad no porque fuera más conveniente económicamente sino porque era una libertad del propietario.

---

<sup>81</sup> ARAMBURÚ, Narciso de. «Derecho de testamentación». En: *Anales Universitarios*, tomo VI, 1872, citado por Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX*, tomo V, volumen 2: «Las instituciones», 1ª edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006, pp. 531-532.

<sup>82</sup> LAMA, Benjamín. «¿Hay o no libertad de testar?». En: *Anales Universitarios*, tomo XX, 1892 citado por Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX*, tomo V, volumen 2: «Las instituciones», 1ª edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006, pp. 533-534.

Manuel RAMÍREZ distingue entre la legítima y los alimentos. Esta distinción le lleva a sostener que los alimentos se prestan cuando el individuo no puede valerse por sí mismo. Pero cuando el individuo llega a un grado de desarrollo tal que puede valerse por sí mismo, esta obligación paterna cesa. Y desde ese momento de independencia, sería obligatorio dejar que el individuo se desarrolle sin intervención de los padres.<sup>83</sup> Este deber jurídico de protección no es permanente ni eterno.

Los fundamentos económicos utilizados por RAMÍREZ le hacen deducir que la división de la propiedad impide la formación de industrias, pues estas requerirían que la producción sea integral. Si la legítima descompone este proceso productivo, de una generación a otra, dándole a cada hermano una rama del proceso productivo, las industrias se dividirían y quebrarían. En algún momento, por sabia que sea la ley de la legítima, la herencia recaería en manos de quienes no conocen de ese proceso productivo.

No se escapa el influjo de la moralidad de su época Pedro M. OLIVEIRA para quien la libertad de testar es un atributo no solo útil sino necesario del derecho de propiedad. Dando lugar a la existencia de la herencia libre los lazos de familia serían más estrechos. La protección de la familia es mayor que con el de la legítima. La herencia libre promovería la natalidad y la paternidad responsable: los padres podrían reconocer fácilmente a sus hijos si estos no tuvieran ningún derecho hereditario.<sup>84</sup>

GARCÍA ARRESE hacia 1903 anunciaba que tanto la herencia libre como la herencia forzosa son enfoques exagerados y que la mejor solución era encontrar el justo medio aristotélico: «buscar el justo límite –explica GARCÍA ARRESE– que satisfaciendo a la razón y al Derecho natural nos permite sentar el sistema que debía adoptarse para armonizar las dos escuelas».<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> RAMÍREZ VELÁSQUEZ, Manuel. «Libertad de testar». En: *Anales Universitarios*, tomo XXVII, 1899 citado por Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX*, tomo V, volumen 2: «Las instituciones», 1ª edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006, p. 535.

<sup>84</sup> OLIVEIRA, Pedro M. «Nuestro Código civil no se armoniza con los principios económicos». En: *Anales Judiciales*, tomo XXXI. Lima: UNMSM, 1903 citado por Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX*, tomo V, volumen 2: «Las instituciones», 1ª edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006, p. 537.

<sup>85</sup> GARCÍA ARRESE, Marco, *El régimen de la herencia libre. Tesis para optar por el grado de doctor en la Facultad de Jurisprudencia*. Lima: Tipográfica El Progreso Editorial, 1903 citado por Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX*, tomo V, volumen 2: «Las instituciones», 1ª edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006, pp. 538-539.

Estas fueron las tesis desarrolladas por la Universidad Mayor de San Marcos. Este debate fue retomado por jóvenes estudiantes de la Universidad Católica del Perú, hacia de 1917. De allí que se sostenga que «Desde el año de 1918, el individualismo de las tesis a favor de la herencia libre amaina».<sup>86</sup> Estas tesis que se defienden en la Universidad Católica del Perú, se fundan, como es de suponerse, en la moralidad de la iglesia católica. La defensa de la legítima, como criterio de justicia, es constante. De manera que «poco a poco, fue calando la idea de que un sistema absoluto no era conveniente ni se acomodaba a la tradición legislativa del país».<sup>87</sup>

Para Manuela DONAYRE CARBAJAL, la legítima concilia el derecho a la libre disponibilidad, atributo de la propiedad, con los deberes que imponen las relaciones de parentesco dentro de la organización social primordial que es la familia. Según su pensamiento se puede disponer libremente pero pensando en la familia. Y sobre la cuantía establecida en el Código Civil de 1936 sostiene que «es bastante amplia la libertad que nuestra legislación civil concede al testador».<sup>88</sup> La legítima para DONAYRE no limita la libertad de disposición del propietario, sino que evita un posible abuso de esta libertad en beneficio de los intereses familiares directamente perjudicados, pues la naturaleza de la familia está en los «lazos de amor, respeto, autoridad y dependencia».<sup>89</sup>

Carlos CALDERÓN FUXA también apoya el sistema ecléctico desarrollado por el Código de 1936. Entiende CALDERÓN que el sistema de libertad testamentaria se apoya en derechos de propiedad; mientras que el sistema de herencia forzosa, en la familia. A su parecer el sistema desarrollado por el código de 1936 concilia ambos sistemas hereditarios convirtiendo a la legítima en una institución que armoniza, con justicia, derechos de propiedad y deberes familiares. Según CALDERÓN FUXA la libertad absoluta se corrompe. Hay, por lo tanto, la necesidad de limitarla. La legítima

---

<sup>86</sup> RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX*, tomo V, volumen 2, 1ª edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006, p. 540.

<sup>87</sup> *Ib.*

<sup>88</sup> DONAYRE CARBAJAL, Manuela. «La legítima», Tesis para optar por el grado de Bachiller en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Católica del Perú. Lima, 1937, p. 5.

<sup>89</sup> *Ib.*, p. 34.

soluciona estos inconvenientes. La legítima es un remedio justo que evita los abusos que la libertad de testar podría ocasionar.<sup>90</sup>

Con la finalidad de obtener el grado de bachiller Teodoro GARCÍA LECCA sostiene que «La familia está tutelada y protegida por la ley desde su iniciación en el matrimonio, los miembros de ella no forman un rebaño, sino una entidad jurídica y moral destinada a cumplir elevada misión en la sociedad».<sup>91</sup> Esta protección da pie para la existencia de la legítima en la legislación positiva. Además, piensa GARCÍA LECCA, la legítima se ampara en el hecho de que las sucesiones se apoyen en el amor. Así dice:

El derecho de sucesiones pues se encuentra altamente justificado en sus fundamentos racionales y vivamente recomendado también por sólidas consideraciones económicas, para que sirva con la seguridad de poder favorecer libremente a las personas que se aman y de que serán devueltos legalmente, sin contradicción a la propia familia, los bienes que se poseen, para tener despierto el amor al trabajo y la producción, mientras impide que cambios bruscos, dolorosamente inevitables, dejen en la miseria a personas que habían participado de la opulencia de sus parientes durante la vida de éstos.<sup>92</sup>

La legítima, sostiene GARCÍA LECCA, en nada afecta el derecho de propiedad en vida del causante, el individuo es libre de disponer de su propiedad privada. La legítima «se funda en los deberes naturales de los padres que les imponen obligaciones y responsabilidades concretas frente a los hijos y frente a la familia».<sup>93</sup>

Tal como dice TAPARELLI,

Siendo la sociedad una consecuencia necesaria de la naturaleza humana, naciendo de la aplicación del principio moral a la agregación natural de los individuos humanos ligados unos con otros por *deberes* recíprocos, es evidente que su base es el *orden moral*, porque en el orden moral fundado en el orden natural está fundado todo deber.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> CALDERÓN FUXA, Carlos. «La legítima», Tesis para optar por el grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Católica del Perú. Lima, 1941, p. 53.

<sup>91</sup> GARRIDO LECCA, Teodoro. *El sistema de las legítimas y la libertad de testar*, Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho. Lima, 1942, p. 32.

<sup>92</sup> *Ib.*, p. 34-35.

<sup>93</sup> *Ib.*, p. 44.

<sup>94</sup> TAPARELLI, Luis R.P. *Ensayo teórico de derecho natural apoyado en los hechos*, tomo I, 2ª edición, trad. del italiano, Juan Manuel Orti y Lara. Madrid: Nueva Librería e Imprenta de San José, 1884, p. 5.

Armando SAKURAY ROJAS, en su tesis de bachiller concluye que la legítima «no es un modo de suplir la voluntad del causante, sino un modo de corregir dicha voluntad, limitándola».<sup>95</sup> Rechazando la libertad testamentaria sostiene que:

El derecho absoluto a la libertad de testar... podría conducir a la anulación de la familia, facilitando las distribuciones arbitrarias y la conservación intacta de grandes patrimonios, tales como el latifundio a través de las generaciones, favoreciendo los mayorazgos y la formación de una sociedad aristocrática.<sup>96</sup>

En su tesis de Maestría, Rosa Verónica ZAMBRANO COPELLO, insiste en la «función tuitiva que brinda el derecho de familia, tan alejado de concepciones económicas sociales y tan vinculado a la protección del individuo per se».<sup>97</sup> Aún sigue tratando de armonizar las tres instituciones: la familia, la propiedad y las sucesiones.

A nuestro entender existieron buenas razones que favorecían la legítima pero el peso de la moralidad cristiana pudo más. La justicia que implicaba tomar decisiones legales en vista de los gustos, preferencias, sentimientos de la opinión pública reclamaba que la legítima siguiera siendo regulada. Y fue la creencia que la legítima era eterna e inmutable la que quizás llevó a engaño a los legisladores.

Podemos concluir que la legítima es un problema ético antes que jurídico. No solo de la sociedad moderna como sostiene David GAUTHIER sino en particular de esta sociedad peruana, desde el comienzo de su vida Republicana a la fecha. Estuvo y está presente en los trabajos doctrinarios sobre la materia y que proviene de la relación que se establece entre el derecho de familia y el derecho de sucesiones, una relación basada en el Derecho natural y de la influencia de la religión cristiana dentro del sistema de creencias, opiniones, gustos y preferencias de los peruanos. La legítima afecta la libertad porque desde el inicio la religión enseñó a limitarla para dirigir la acción humana hacia el bien.

Una libertad que negaba la acción libre sino era para realizar el bien es una forma de limitación de la libertad y como tal una restricción de la racionalidad. Y como la justicia reclama estar de acuerdo a los sentimientos, creencias, valores, preferencias de la sociedad y esta sociedad está fuertemente enraizada en el pensamiento cristiano,

---

<sup>95</sup> SAKURAY ROJAS, Armando. «Naturaleza jurídica de la legítima», tesis de Bachiller, PUCP. Lima, 1967, p. 179.

<sup>96</sup> *Ib.*, p. 75.

<sup>97</sup> ZAMBRANO COPELLO, Rosa Verónica. «La sucesión contractual», tesis para optar el grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil, Escuela de Graduados PUCP. Lima, 2002, p. 2.

el principal problema que enfrenta la herencia libre no es su racionalidad sino la justicia entendida de este modo.

Las necesidades de esta época caracterizada por una economía agraria hacía necesaria el incremento de la natalidad y que la propiedad sea distribuida entre los hijos tenía la racionalidad que estos seguían la misma profesión u oficio del padre. Cuantos más hijos se tuviera para ayudarlo al propietario a cultivar su tierra mayor sería el aprovechamiento debido a que, sus hijos, trabajarían la tierra. Es como si tuvieran peones que trabajaran la tierra que al final de la vida del propietario sería suyas. Los incentivos necesarios y suficientes eran generados por la legítima. Era un garantía para que el esfuerzo que realizaban no les fuera arrebatado, mientras más alta mejor.

Una de las críticas que por este entonces se le hacía a la legítima descansaba en la propuesta de la escuela económica social de LE PLAY. Según esta escuela la legítima disminuye la natalidad, porque las familias aristocráticas que decidían seguir siéndolo tenían el menor número de hijos. A pesar de toda esta discusión, es un hecho cierto que a mayor número de hijos, con la legítima, mayor será la división de la propiedad. Esta división de la propiedad, fue también argumento de la escuela económica social para combatir la legítima. Sostenían que esta división genera pequeños terrenos que no aseguran el sostenimiento del propietario.

Si las tierras son abundantes y el número poblacional es bajo siendo el sistema de producción la manera agrícola entonces es claro que la legítima es la institución más eficiente. Esta es la racionalidad de la legítima.

Los deseos de unión dentro de la familia, el amor entre padres e hijos, coinciden con la racionalidad en el uso de los recursos abundantes en forma relativa debido a que los recursos disponibles eran suficientes e incluso inferiores a las necesidades de aquella sociedad del s. XIX y de XX.



## Capítulo II

# ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

### I. PREMISAS DEL AED APLICADOS A LA LEGÍTIMA<sup>98</sup>

Cuando nos referimos a la legítima nos estamos refiriendo a una asignación de derechos de propiedad. Nuestra postura se aleja de aquella posición que dimensiona al derecho de sucesiones dentro del derecho de familia. Conviene, en efecto, analizar los costos y beneficios de las diferentes formas en las que se puede asignar derechos de propiedad mortis causa.

Para ello es importante revisar cuáles son las tres premisas importantes en el AED, la primera, el hombre es racional y maximiza sus beneficios; seguidamente, todo producto tiene en el mercado un precio, explícito o implícito; y, finalmente, es la organización de la eficiencia o minimización del desperdicio o, si se quiere, maximización en el aprovechamiento de los recursos.

---

<sup>98</sup> **Advertencia:** Si bien es cierto que del AED existen diferentes versiones hemos visto por conveniente ir armando con cada una de ellas una teoría global que intenta aproximarse a la realidad, dejando de lado aquellos puntos en los que parecen diferenciarse las diferentes versiones del AED. Pensamiento opuesto sostiene ROEMER para quien “el trabajo integrativo (en vez de complementario) que pretenda combinar las perspectivas tradicional, neoinstitucional, de la elección pública y de los estudios de crítica jurídica es extremadamente difícil por las diferencias existentes en metodología, política y filosofía. Baste tan sólo comparar las filosofías. Para los defensores de la escuela de estudios de la crítica jurídica, el derecho es política y debe ser “desenmascarado” con el fin de demostrar la auténtica relación que existe entre las leyes y las ideologías sociales, el poder, las estructuras y las bases económicas de estas estructuras. En contraste, para la perspectiva tradicional, el derecho es eficiencia y debe ser utilizado no sólo como un mecanismo para lograr la equidad sino también como un instrumento para la productividad en aras del desarrollo económico de un país.” ROEMER, op. cit., p. 105.

## A. Teorema de Coase en la legítima

### 1. Preliminares

Ronald Harry COASE, Premio Nobel de Economía en 1991, publicó en 1937 su trabajo *The Nature of the Firm*, analizó las barreras naturales que el mercado tiene para impedir que las empresas crezcan demasiado y encontró que se debe a los costos que supone utilizar el mecanismo de precios o mercado. El uso del mercado como mecanismo de asignación de recursos conlleva un costo implícito y otro explícito. Estos costos fueron bautizados luego por George S. STIGLER como costos de transacción. Si utilizar el mercado no cuesta nada, según la ley de la oferta por medio de la cual si un producto cuesta menos entonces es razonable esperar que se consuma más, del mismo modo, el mercado al no costar nada entonces será utilizado más. La manera de utilizar el mercado es mediante negociaciones entre las personas, si estas no cuestan, las mismas personas lograrán llegar a algún acuerdo y de allí formarán un contrato. Por otro lado, si utilizar el mercado cuesta, siguiendo la ley de la oferta, cuando un producto incrementa su precio es de esperar, racionalmente, que el producto se consuma menos, de este modo el mercado se utilizará menos. Y este mecanismo de asignación de recursos escasos serán reemplazado por otro mecanismo nada beneficioso: el robo. Ante esta situación, la sociedad coloca al robo como un delito, de modo tal que lo prohíbe y se obliga a no cometerlo por medio de la fuerza pública, de allí que nace la ley. En este sentido, cuando el mercado cuesta utilizarlo el remedio más seguro es la implantación de una ley.

En un esquema sin costos de transacción las decisiones eficientes se alcanzarán mediante el sistema de negociación, contratos, entre las personas. Ante la presencia de importantes costos de transacción las decisiones eficientes son las establecidas mediante leyes o decisiones legislativas generales y abstractas. Este mismo planteamiento fue expuesto en su trabajo *The Problem of the Social Cost*, hacia 1961.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> COASE, Ronald H. «The Problem of the Social Cost», *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 1.

## 2. El mercado

El mercado es espacio en el cuál se encuentran la oferta y la demanda de bienes y/o servicios a un precio determinado. Es también llamado en análisis económico como mecanismo de asignación de recursos, mecanismo de intercambio o mecanismo de precios. Si el precio de utilizar este mecanismo de intercambio es alto, las personas estarán menos dispuestas a sacrificar recursos con la finalidad de satisfacer sus necesidades haciendo uso del mercado. Al contrario, si el precio es bajo, las personas estarán dispuestas a sacrificar sus recursos con la finalidad de satisfacer necesidades.

La simplicidad del teorema de Coase es genial porque «complicar las cosas es una tarea fácil, pero simplificarlas es una tarea compleja».<sup>100</sup> El teorema de Coase es simple, solo una par de supuestos extremos, un mercado sin costos de transacción y otro mercado con costos de transacción. En mercados sin costos de transacción importantes la gente negocia; en mercados con importantes costos de transacción las negociaciones se paralizan. Para salvar las relaciones de satisfacción de necesidades la ley evita las negociaciones y permite el libre flujo. Las personas interactúan utilizando el sistema de precios, realizan actividades y generan costos. Ubicar a la persona con la cual negociar es un costo, informarse sobre el producto a comprar es otro costo; dedicar tiempo, tercer costo; negociar, distinto costo; asegurar el cumplimiento del contrato, nuevo costo. Y la suma de todos estos costos tiene el nombre de costo de transacción.

### B. Teorema de Coase en la legítima

Los costos de transacción son, al entender de COASE, los que suponen utilizar el mecanismo de precios y según DEMSETZ son los involucrados en el intercambio de títulos de propiedad (<sup>101</sup>). De allí que concluyamos que sean aquellos costos en los que se incurre por utilizar el mercado con la finalidad de intercambiar derechos de propiedad. La estructura de los derechos de propiedad afecta directamente el nivel de los costos de cualquier negociación. Con derechos de

---

<sup>100</sup> Ley de Meyer, citado por TRACY, Brian. *Máxima eficacia. Un sistema integral de planificación que le permitirá potenciar todas sus capacidades*. Trad. Oscar Molina, Empresa Activa – Ediciones Urano. Barcelona, 2003, p. 55.

<sup>101</sup> Consúltese, por ejemplo: DEMSETZ, Harold. «The Cost of Transacting», *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 82, No. 1 (February, 1968), pp. 33-53.

propiedad bien estructurados, los costos de negociación se reducen y se facilitan los intercambios, se colman las necesidades, y felicidad.<sup>102</sup>

La extensión de los derechos de propiedad determina directamente su nivel de inversión en ella. En otras palabras, cuanto mayores derechos y facultades se abarque en la definición de propiedad mayor será, también, los incentivos para emplear recursos escasos en ella como tiempo y trabajo. Con costos de transacción relevantes, la ley es la decisión segura de alcanzar eficiencia. En el ámbito sucesorio peruano esta ley aplica libre disponibilidad mortis causa de un tercio de los bienes. Técnicamente al limitarse de esta forma los derechos de propiedad se está limitando el nivel eficiente de la inversión futura teniendo en cuenta un ciclo de vida. Un ciclo de vida es un modelo económico que mide la vida de una persona, puesto que, económicamente, no tenemos una vida más allá de la muerte.<sup>103</sup>

Con derechos de propiedad definidos claramente las transacciones pueden llevarse a cabo, al punto que para DEMSETZ «when a transaction is concluded in the market place, two bundles of property rights are exchanged. A bundle of rights often attaches to physical commodity or service, but it is the value of the rights that determines the value of what is exchanged».<sup>104</sup> Un sistema de mercado requiere que los derechos de propiedad sean universales, transferibles y exclusivos. De modo que el system contractual funciona en base a estos tres elementos esenciales de los derechos de propiedad.

### 1. Nivel eficiente de inversión

En Derecho de sucesiones se asignan derechos de propiedad a la muerte de una persona. Paradójicamente, al contrario de lo que sucede con el mundo contractual, en derecho de sucesiones las personas no son libres de realizar sus transacciones. La propiedad ha perdido dos de sus caracteres: transferibilidad y

<sup>102</sup> WILLIAMSOM, Oliver. "Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations", citado por ROEMER, op. cit., p. 52.

<sup>103</sup> Véase: MODIGLIANI, Franco. "The Role of Intergenerational Transfers and Life Cycle Saving in the Accumulation of Wealth", *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 2, No. 2, (Spring, 1988), pp. 15-40; BLINDER, Alan S. "Intergenerational transfers and Life Cycle Consumption", *The American Economic Review*, Vol. 66, No. 2, Papers and Proceeding of the Eighty-eight Annual Meeting of the American Economic Association, (May, 1976), pp. 87-93; KOTLIKOFF, Laurence J. "Intergenerational Transfers and Savings", *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 2, No. 2 (Spring, 1988), pp. 41-58.

<sup>104</sup> Vid. DEMSETZ, Harold. "Toward a Theory of property Rights", *The American Economic Review*, Vol. 57, No. 2, Paper and Proceeding of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association, (May, 1967), p. 347.

exclusividad. En presencia de legitimarios el causante no puede disponer de la totalidad de su herencia, de modo tal que en vida del causante su conducta debe ser guiada en prevenir sus despilfarros, de modo que la propiedad ya no es exclusiva, también le pertenece a sus legitimarios.

¿Es correcto y adecuado que la legítima restrinja ambos atributos de los derechos de propiedad? En tal sentido, es importante reconocer los costos que se encuentran implícitos y explícitos en el mercado de la herencia, para, de esta manera, determinar si los costos de transacción son altos o bajos. Si los costos de transacción son bajos, entonces deberá aceptarse que mecanismo más eficiente es la libre voluntad del causante –sistema hereditario de libertad testamentaria–, mientras que si los costos de transacción son altos, deberá aceptarse, quizás dignamente, que la legítima, como decisión legal, sea la más eficiente en el uso de los recursos escasos para disposiciones mortis causa.

Supongamos, al efecto, una regla distinta a la que tenemos. En esta nueva legislación la propiedad de la granja no la pierde el granjero con su muerte. Incluso, una vez muerto, sigue siendo propietario. Es lógico presumir que esta propiedad no va a ser utilizada por nadie. Y asignar esta propiedad a otra persona es difícil, pues los familiares y terceros, entre ellos el Estado, porfiarían por la propiedad. En efecto, la protección del derecho de propiedad del granjero luego de su fallecimiento, si no ha dejado testamento, sería un desperdicio de recursos en vista de lo difícil que es para el muerto dar a conocer su voluntad. Ante esta posibilidad el Estado interviene por medio del derecho. Se promulga una ley para aquellos supuestos donde sin existir manifestación expresa de la voluntad del propietario, *i. e.* muere sin testamento, su propiedad pasa, por ejemplo, a manos de sus familiares cercanos.

Imaginemos, ahora, una nueva situación. Esta vez el granjero pierde la propiedad con su muerte. No puede formalizar ningún acto jurídico condicional en el que manifieste su deseo que ante su eventual muerte, su herencia se la encargue a sus hijos junto con su cónyuge en propiedad. La ley prohíbe elaborar testamentos y establece de manera tajante quiénes serán los nuevos propietarios a la muerte del causante. De este modo es racional suponer que el granjero como sujeto maximizador de beneficios, tendrá incentivos de inversión en su granja determinados por dos causas, la primera, sus propias expectativas de vida –hasta los sesenta, setenta o más

años que espere vivir– y, en segundo lugar, el deseo de traspasar a sus herederos su granja. Sin embargo esta estrategia también crea incentivos en los legitimarios, quienes como sujetos racionales tenderán a maximizar sus beneficios, por lo que continuamente buscarán maximizar sus ingresos y minimizar sus costos. La manera de minimizar sus costos es alejarse de la granja, y la manera de incrementar sus ingresos es dedicándose a otra profesión. Como los hijos tienen asegurada su cuota en las propiedades familiares dejan, por ejemplo, la granja familiar para mudarse a la ciudad y ampliar, por su cuenta, su propia fortuna. Los padres granjeros se quedan solos. Obviamente éstos podrían vender sus propiedades y, llegado el momento, retirarse a vivir tranquilamente a un asilo.

## 2. Eficiencia de información

Es un hecho, un padre que cría a sus hijos conoce sus gustos y preferencias. Hay un viejo adagio extraído del *Arte de la Guerra*, “conoce a tu enemigo y tendrás la mitad de la batalla ganada”. No proponemos que los padres vean en sus hijos a unos enemigos, pero no podemos negar que ellos, los padres, cuando conocen los gustos y preferencias de sus hijos estarán en mejores condiciones de conceder un regalo que sea del agrado de su hijo. En general, el momento más difícil para las personas es decidir qué regalar a una persona que no se conoce, muchas veces se teme regalar chocolates a un diabético; una botella de whisky, a un abstemio; o, peor aún, una pelota de fútbol a un cuadripléjico. Ciertamente quien no conoce los gustos y preferencias de la persona a quien se regala está en graves desventajas de aquél que sí las conoce. ¿Se imagina el lector si se estableciera mediante una ley que en todo compromiso los regalos sean chocolates, botellas de whisky o un balón de fútbol?

¿De qué se valen usualmente las personas al momento de elegir un regalo? En primer lugar, van guiados por sus restricciones presupuestarias, por otro lado, van orientados por su propia racionalidad de minimizar sus costos y de ese modo obtener mayores ganancias. En tercer lugar se basa en lo que es “usual”: si es un regalo para un niño se pregunta a diferentes niños, a manera de un sondeo de mercado, qué obsequio les gustaría recibir. Aunque esta solución sea justa, sin embargo, no se acomoda a las necesidades del favorecido sino a las de una “persona imaginaria”. Los legisladores se comportan así, buscan una solución justa, pero su respuesta aún

seguirá siendo imaginaria, los padres que conocen a sus hijos están en mejor posición, respecto del legislador, para tomar una decisión que sea más eficiente.

Nuestro Código Civil no ha sabido diferenciar estos dos escenarios en los que se desenvuelve los derechos sucesorios. La primera, donde los costos de transacción son bajos, cercanos a cero y en segundo lugar, situaciones donde estos costos de transacción sean prohibitivamente altos. Ha utilizado el legislador de 1984 una regla legal allí donde había un mercado con costos de transacción bajos, situación que ha generado el debilitamiento en la posición estratégica del causante.

Cuando los costos de transacción son bajos el propietario es el más indicado para decidir el destino que deben tener sus bienes al término de su ciclo de vida. Mientras que si no formó testamento, los costos de transacción prohibitivamente altos para conocer su voluntad hace necesario la intervención del Estado para que determine una solución. En un mundo de recursos escasos éstos deben asignarse de manera eficiente; el libre juego de la oferta y la demanda exige de ciertas reglas de juego que son garantizadas por un ente supraindividual: el Estado. No significa que el Estado deba dirigir el mercado, sólo velar para que ninguno de los individuos abuse del poder de dominio que logre acumular por su propia eficiencia. Si bien es cierto el mercado tiene fallas, también recordamos que el gobierno tiene fallas, por ello la intervención del Estado debe darse sólo cuando éstas existan. Los costos de transacción aumentan con el número de partes involucradas en la relación, «generalmente aumentan con el número de las partes involucradas (quizás de manera exponencial)».<sup>105</sup>

Debemos buscar asignaciones de derechos de propiedad que beneficien a la persona que más los valore, que pague más por ellos. En un ambiente de costos de transacción bajos, se hace posible que las personas puedan usar el mecanismo de precios para intercambiar sus derechos de propiedad, de modo que partiendo de una asignación inicial los recursos escasos continuamente se reasignarán a los individuos que más la valoren. En cambio, en un contexto de costos de transacción prohibitivamente altos, la asignación inicial se convierte en la asignación final, pues la

---

<sup>105</sup> POSNER, *El análisis...*, op. cit., p. 55.

barrera creada por los costos de transacción impide que estos lleguen a las manos que más podrían pagar por ellos.

Un sistema de precios con costos de transacción bajos promueve la circulación de la riqueza que genera desarrollo. El sistema contrario, costos de transacción altos, impide que las personas compren lo que necesitan y vendan lo que les sobra; originando con ello la inmovilización de los recursos, semejante al período en el cual la propiedad inmobiliaria debía mantenerse en la familia y por lo cual se entorpecía la libre disponibilidad de la misma.

En conclusión, tal como resume magistralmente POSNER, en el teorema de Coase, «lo fundamental es la distinción entre los contextos de bajos y altos costos de transacción».<sup>106</sup>

## **II. Análisis económico de la herencia legitimaria**

### **A. Aproximaciones**

La herencia legitimaria es la porción de la herencia que corresponde a los herederos al momento de redactar una persona su testamento. No es un asunto que cobra vigencia en edades avanzadas de la vida, sino que, jurídicamente, se refiere a los derechos de propiedad, y no a derechos de familia. El derecho de la propiedad «se ocupa de la creación y definición de los derechos de propiedad, que son derechos para el uso exclusivo de recursos valiosos».<sup>107</sup> Adicionalmente, los derechos de propiedad privada permiten al individuo tener la autoridad para tomar una decisión sobre el acceso y uso de los recursos escasos y valiosos.<sup>108</sup>

La legítima hereditaria, es una figura de derecho de sucesiones que está protegida por una regla de inalienabilidad. Está prohibido el propietario de disponer de la legítima de sus herederos, que nuestro Código Civil peruano los instituye como

---

<sup>106</sup> POSNER, Richard A. *El análisis económico del Derecho*. 1ª ed., trad. Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica. México, 1998, p. 61.

<sup>107</sup> *Ib.*, p. 37.

<sup>108</sup> Ver: LIBECAP, Gary D. "Natural Resources: Property Rights", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 4, New York: Oxford University Press, 2003, p. 61; LIBECAP, Gary. "Property Rights", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 4, New York: Oxford University Press, 2003, p. 269.



forzosos.<sup>109</sup> La legítima, es una forma de asignar derechos de propiedad y como tal deben ser protegidas por una regla de propiedad y no como se ha creído proteger por una regla de inalienabilidad, en los términos de CALABRESI.

## **B. En dónde están los derechos de propiedad**

### **1. Diferentes perspectivas**

La propiedad, vista desde diferentes perspectivas, varía según el punto de vista desde el cual nos ubiquemos. Sin embargo, en todas sus definiciones guarda ciertas semejanzas que forman su identidad. La propiedad, desde el punto de vista económico-social, es la posesión de los bienes que exigen los fines económicos del hombre y representa una relación meramente física del hombre con los bienes y es independiente de las relaciones sociales entre los hombres y de la existencia del derecho.<sup>110</sup> Este tipo de propiedad se da con ausencia de derecho, cuando el derecho aparece pasa a convertirse en propiedad natural o propiedad primitiva. De esta manera podemos decir que la propiedad es la posesión de los derechos que permiten proteger los bienes que son necesarios para alcanzar los fines económicos del hombre mediante su obtención, conservación y recuperación.<sup>111</sup> Y como tal supone una previa asignación de titularidades sobre estos derechos.

El derecho de propiedad es un medio de protección que permite a la acción humana procurarse bienes que satisfagan sus necesidades, que es su última finalidad. En este contexto el uso que se hace del Derecho es como instrumento de protección, de la misma manera que un *bien* es un instrumento de satisfacción de necesidades.

### **2. Las tres características esenciales de los derechos de propiedad**

Es necesario que un sistema de derechos de propiedad posea tres características esenciales: universalidad, exclusividad y transferibilidad.<sup>112</sup> La universalidad significa que todos los recursos escasos tengan propietario. La

---

<sup>109</sup> Ver: Art. 723° Código Civil peruano.

<sup>110</sup> MISES, Ludwig von. *Socialismo. Análisis económico y sociológico*, 3ª ed. castellana, trad., Luis Montes de Oca. Buenos Aires: Western Books Foundation bajo los auspicios del Centro de Estudios Sobre la Libertad, p. 23 y ss.

<sup>111</sup> *Ib.*

<sup>112</sup> POSNER, *Análisis...*, op. cit., p. 39.

exclusividad indica que el propietario tenga la posibilidad de excluir a todos los demás. La transferibilidad significa que el propietario pueda intercambiar libremente sus derechos de propiedad sobre los recursos escasos y valorados. Estas características nos permitirán acercarnos a la eficiencia, a la maximización del beneficio.

### 3. Restricciones eficientes

Existen sin embargo limitaciones a estas características que son eficientes y otras limitaciones que no son eficientes. Las limitaciones son eficientes cuando la suma agregada de sus beneficios exceda a la suma agregada de sus perjuicios; no sería eficiente que se asignaran derechos de propiedad a todo, por eso que existe ciertas cosas que no tienen propiedad como por ejemplo las conchas del mar, las piedras de las orillas, los peces, los animales salvajes, entre otros; puesto que los costos para asegurar los derechos de propiedad superarían los beneficios que se obtendrían con el uso racional de los recursos.

Una restricción eficiente a la exclusividad se produce cuando los costos sociales asociados con determinada actividad son menores a los beneficios sociales que se obtienen con la exclusividad. No sería eficiente mantener todas las calles sean exclusivas, que a mayor abundancia no se podría circular libremente por ellas, no podríamos relacionarnos, debemos mantener ciertas áreas comunes puesto que somos el «zoon politikon».

Una restricción eficiente a la libre transferibilidad, pues de algún modo llegaríamos la esclavitud sería permitida. En el campo patrimonial la legítima supone una limitación a la característica de transferibilidad. Puede limitarse eficientemente la transferibilidad debido a los costos sociales producidos por sus externalidades: un grifo que se va a instalar en una zona urbana y residencial, genera pérdidas cuantiosas en el precio de las propiedades adyacentes que pueden determinar que se restrinja la libre transferibilidad a propietarios y/o inversiones en grifos. La externalidad, como falla del mercado, justificaría el límite de la transferibilidad. Esta misma justificación no la encontramos en la legítima.

### **C. La propiedad según CALABRESI**

En la visión de CALABRESI los derechos son expectativas de algo cierto y como tal son titularidades. Las titularidades están protegidas por tres reglas: reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y reglas de inalienabilidad. El primer tema que debe ser abordado por cualquier sistema legal es el problema de las titularidades. Se debe reconocer a las personas o grupos de personas en conflicto y el Estado debe decidir a quien favorecer, pues de eso se trata una sociedad democrática que es distinta a una estado de naturaleza donde el hombre es lobo del hombre, le poder crea el derecho o la ley del más fuerte. El Derecho tiene el rol de decidir quién prevalecerá en el conflicto, en nuestro tema de tesis: o los causantes o los legitimarios. Se debe decidir la asignación inicial del derecho y luego decidir si se permiten que esas titularidades iniciales sean transmisibles voluntariamente o no. El Estado también puede permitir las transferencias involuntarias mediante reglas de responsabilidad. Finalmente el Estado puede impedir que no exista ningún tipo de transferencia voluntaria o involuntaria dentro del sistema.

Cada una de estas reglas reclama un nivel mayor de intervención estatal. Una regla de propiedad requiere una intervención estatal menor, algo mayor es la intervención estatal para la regla de responsabilidad; y en grado superior a los dos anteriores es la intervención estatal para proteger las reglas de inalienabilidad.

Existen dos grupos de personas: el causante y el legitimario. El primero tiene un derecho de propiedad protegido por una regla de propiedad; el segundo tiene un derecho de propiedad protegido por una regla de inalienabilidad. En el primero hay coherencia, mientras que en el segundo, no. Como la herencia está vinculada a los derechos de propiedad lo eficiente es que sean protegidas por una regla de propiedad que permita la transferencia voluntaria.

### **D. Propiedad y protección del beneficio futuro**

Analicemos la relación entre la propiedad y la expectativa del beneficio futuro. Sin propiedad lo único cierto es el presente; no hay seguridad del futuro; el beneficio del presente solo cuenta no hay beneficio en el futuro. Por su parte POSNER enseña que, «Si no hay derechos de propiedad sobre animales de piel valiosa, como la

marta y el castor, los cazadores los diezmarán hasta la extinción, aunque el valor presente del recurso disminuya con tal acción. El cazador que respeta a una madre castora para que pueda reproducirse sabe que casi seguramente sus crías serán atrapadas por otro cazador (mientras hay muchos cazadores) y no renunciará a un beneficio presente para conferir un beneficio futuro a alguien más».<sup>113</sup>

Un matrimonio entre Dante y Beatriz tienen como sueldo mil soles. Con mil soles les alcanza para diez quilos de comida (dos personas, diez quilos, entonces cada uno come cinco quilos). Cuando nace un hijo, los adultos comparten su comida con su hijo (tres personas, diez quilos, entonces cada uno come tres quilos trescientos); cuando nace su segundo hijo, el alimento se sigue reduciendo (cuatro personas, diez quilos, entonces cada uno come dos quilos y medio). La herencia, al igual como el alimento, si se mantiene constante cada nuevo nacimiento les perjudicará a la familia, pues tendrán menos qué comer (tienen que compartir su plato de comida).

Ahora, revirtiendo el ejemplo diremos que A es un eficiente agricultor y que logra incrementar anualmente su patrimonio. Este aumento no sólo le beneficia en él sino que también a sus herederos forzosos pues ellos esperan beneficiarse en el futuro dejan trabajar a su padre pues es eficiente. Pero luego de unos años, A como todo buen agricultor, pierde fuerzas y deja de ser eficiente, ahora se nota más cansado y agotado y el patrimonio va reduciendo, contrae más deudas que no puede pagar, los acreedores están sobrevolando sobre el patrimonio. Los herederos forzosos de A temen que su beneficio futuro sea deteriorado entonces deciden dar muerte a A si se niega a realizar una herencia anticipada.

En el primer caso podemos defender al padre eliminando la legítima. En el segundo le protegemos para su edad adulta o no, pues quiera o no sus hijos pueden pedirle el control de sus bienes y despojarlo de aquello que trabajó por tanto tiempo. En ambos casos los incentivos para eliminar al padre se debe a que resulta muy costoso para los hijos que su padre siga viviendo.

La legítima hace que quienes hereden al padre filatélico sean neófitos en filatelia. Del mismo modo que si un padre que hubiera invertido sus recursos escasos

---

<sup>113</sup> POSNER, *Análisis...*, op. cit., p. 41.

en la compra de obras de arte una vez que reciba la herencia el heredero no vea allí arte sino desperdicio de dinero y decida venderlas.

Quizás haciendo incierto el beneficio de recibir los bienes de sus padres se reduzcan los incentivos de eliminar al padre o de limitar su libertad. La manera de hacer incierto es dejar en libertad al causante para determinar la forma cómo sería dividida su herencia, y la forma cómo repartirá su *cariño*. La legítima mejora la posición estratégica del heredero y devela la disposición final del padre.

### **1. Donaciones inoficiosas**

La donación desde el punto de vista del AED puede ser entendido como una reconciliación de los valores subjetivos. La donación sería un puente entre la fractura que existe entre la capacidad de pago y la disposición para pagar. El beneficiario recibe de manos de su benefactor un bien, pues considera que el valor de mercado es muy bajo y no le compensa que sea entregado a cualquiera. Esta es una coincidencia de valores subjetivos.

La donación inoficiosa, que es aquella que se da por encima de la libre disposición del individuo, sería entendida como un aprovechamiento temporal de los bienes, que deben ser restituidos. Sin embargo, toda mejora debe ser reembolsada. Con esta medida se incentiva que los propietarios de una donación, que no se sabe que es inoficiosa hasta que se realiza el cálculo de la legítima. Y finalmente, el artículo 1629° establece *in fine* que el valor de los bienes serán computados a lo que hubieran tenido en el día de la muerte del causante. Este valor es el de mercado. Esta falta de seguridad del propietario hace que su derecho de propiedad no sea tan derecho de propiedad. La esencia del derecho de propiedad es que la propiedad le permita excluir a los demás, pero no puede excluir a los herederos de su benefactor.

Como vemos, la donación inoficiosa es un atentado contra la característica de exclusividad de los derechos de propiedad y hace que en la práctica las donaciones sean contratos de uso y disfrute y disposición del bien con una posible devolución del bien si se considera que se ha excedido.

Los propietarios que tienen familia no tienen el derecho de disponer por medio de una liberalidad de todos sus bienes sino solo de su tercio de libre disposición.

Ahora surge la cuestión si con el contrato de donación, ¿se transfiere la propiedad o una expectativa de tener el derecho de propiedad a la muerte del causante? Esta relatividad del derecho de propiedad del donatario la hace inestable hasta el punto que no puede el donatario usarla como fuente de financiamiento. Queda muerta la propiedad hasta que no se consolide su derecho a la propiedad de lo donado. Pues existe riesgo e incertidumbre sobre el monto sobre el cuál calcular la legítima. Se convertiría el donatario en un usufructuario y la donación dejaría de ser fuente para la transmisión de derechos de propiedad hasta la muerte del causante.

La donación es un contrato que sirve de título para la transferencia de derechos de propiedad. Si el cálculo sobre la oficiosidad o inoficiosidad de lo donado se debe hacer a la muerte del causante entonces no hay transferencia de propiedad hasta la muerte del donador. Mientras tanto, ¿es o no es propietario el donatario? El problema se origina cuando tiene que restituir lo recibido. Una propiedad donada, mientras no muera el causante es insegura. Este derecho de propiedad no es exclusivo, ni seguro, entonces o no estamos en presencia de un derecho de propiedad o estamos en presencia de un derecho de propiedad común. Una redacción mejor del Código Civil hubiera sido preferible donde se establezca que por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario el usufructo de un bien hasta su muerte y luego de la cual, bajo la condición de no superar el tercio de disposición, adquirir el derecho de propiedad.

La donación no asegura el consumo futuro. Mientras el donador no muera no podemos decir que sean derechos de propiedad privada y tiene todas aquellas imperfecciones que señalamos sobre la propiedad comunal, bajos incentivos para invertir, sobre utilización del bien pues es preferible consumir ahora que después que es más incierto. Solo el consumo presente es cierto, mientras que el consumo futuro es incierto. De esta manera, la mejor alternativa es el consumo actual.

## 2. Definición de derechos de propiedad

Los derechos de propiedad son un instrumento que reducen las divergencias entre los costos o los beneficios privados y sociales.<sup>114</sup> En verdad, la propiedad es una buena forma de internalizar las externalidades.

Es innegable que los derechos de propiedad han jugado un rol de vital importancia en el desarrollo económico.<sup>115</sup> Los derechos de propiedad, desde el punto de vista económico, cumplen una serie de funciones. En primer lugar *asignan* el acceso a un determinado recurso escaso. En segundo lugar, *distribuye* los incentivos asociados al uso del recurso escaso.<sup>116</sup> En tercer lugar, *definen* el uso, inversión e intercambios permitidos del recurso escaso.<sup>117</sup> En cuarto lugar, *determinan* quién tiene la autoridad para tomar decisiones para el destino al cuál servirá el recurso escaso, es decir, *facilita* la toma de decisiones sobre la utilización de los recursos escasos. En quinto lugar, *establecen* quién tiene el interés legítimo para reclamar vía una acción judicial. Y sobre todo, en sexto lugar, *buscan* evitar la tragedia de lo común que se produce cuando demasiados individuos compiten para explotar los recursos escasos lo hacen tan competitivamente y tan rápidamente que los recursos terminan por agotarse. Tal como lo analiza CLARK,

With no control on access and use individuals rush to seize the resource, spurred by private self-interest with little concern for the full social costs of their actions. The ensuing competition results in rapid and wasteful production, little investment, and reduced trade. With ownership uncertain, individuals are forced to devote valuable labor and capital from production and exchange to defense [*sic*], to counter the predatory actions of others. Common-pool outcomes have been formalized as a prisoner's dilemma, whereby the lack of cooperation among two resource users leads to the least/optimal result for both.<sup>118</sup>

<sup>114</sup> POSNER, *El análisis...*, op. cit., p. 51.

<sup>115</sup> Cf. LIBECAP, Gary D. "Natural Resources: Property Rights", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 4, New York: Oxford University Press, 2003, p. 61.

<sup>116</sup> Los derechos de propiedad suponen al mismo tiempo una eficiencia de asignación y una eficiencia de distribución, puesto que distribuye los costos y beneficios. Cf. LIBECAP, Gary. "Property Rights", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 4, New York: Oxford University Press, 2003, p. 269.

<sup>117</sup> "Cuando los derechos de propiedad no están bien definidos, los individuos no consideran el pleno costo de sus actividades". LIBECAP, Gary. "Property Rights", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 4, New York: Oxford University Press, 2003, p. 270. La importancia de los derechos de propiedad es internalizar las externalidades. Mientras más plenamente estén definidos los derechos de propiedad las externalidades se reducirán.

<sup>118</sup> CLARK, Colin W. *Mathematical Bioeconomics*, citado por LIBECAP, Gary D. "Natural Resources: Property Rights", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 4, New York: Oxford University Press, 2003, p. 61.

Para examinar la importancia de los derechos de propiedad, entonces, es necesario revisar rápidamente sus atributos más importantes para luego desarrollar el pensamiento de Garret HARDIN y de Harold DEMSETZ.

Empecemos, pues, diciendo que toda regla de propiedad debe tener al menos dos atributos centrales: (a) *derecho de exclusión*, que es la posibilidad de excluir a terceros del uso y disfrute de los bienes, lo que implica el derecho de excluir a cualquier tercero que quiera utilizar el bien o recurso sin el consentimiento de su propietario, es decir, que nadie *tiene derecho* a arrebatárselo; y, (b) *libre disponibilidad*, que no haya controles de precios pues la libre disponibilidad va a crear el juego que tiende al equilibrio entre la producción y las preferencias del consumidor que lleven a un aumento del bienestar real.

La función principal del sistema de propiedad privada es internalizar las externalidades pues busca generar un sistema de incentivos a la inversión eficiente que incremente el valor de los bienes a favor de la maximización de la utilidad social.

Los sistemas de propiedad inciden directamente en promocionar la inversión y el intercambio, así como en tratar el problema de las externalidades, en suma, *funciones de eficiencia* para el sistema. A la par cumple –se quiera o no– una *función distributiva*, porque el otorgamiento a un individuo de un derecho para realizar determinada actividad con un bien o recurso escaso generalmente aumenta su riqueza: si algún otro individuo desea utilizar el recurso, deberá pagar una compensación a aquel a quien el ordenamiento jurídico ha otorgado el derecho de propiedad<sup>119</sup>. Pero el sistema de propiedad normalmente no es un vehículo adecuado para llevar adelante políticas –insoslayables– de distribución del ingreso.

Como bien dice DEMSETZ,<sup>120</sup> la principal función de la propiedad es la internalización de los efectos beneficiosos y dañinos derivados del uso de bienes. Así, el surgimiento de nuevas formas de derechos de propiedad puede ser asumido como la aparición de nuevos efectos beneficiosos o dañinos. Los derechos de propiedad

---

<sup>119</sup> SALINAS RIVAS, Sergio. "Capital institucional, sistema de propiedad...", op. cit., p. 224.

<sup>120</sup> DEMSETZ, Harold. "Toward a Theory of Property Rights", *American Economics Review*, N° 57, mayo 1967, p. 347. Citado por BULLARD, Alfredo. "Un mundo sin propiedad (Análisis del sistema de transferencia de propiedad inmueble." En: *Estudios de análisis económico del derecho*, 1ª edición. Lima: Ara Editores, 1996, p. 77.



aparecen, entonces, cuando la internalización de las externalidades es beneficiosa (el costo de poner en vigencia los derechos de propiedad).

Como hemos dicho, la internalización es necesaria porque crea los incentivos para la utilización eficiente de los recursos. Este es, a fin de cuentas, el justificativo de todo sistema de propiedad. Este proceso de internalización de externalidades lleva a los individuos a tener en consideración los efectos que generan sus actos. Este proceso puede ser visto desde dos perspectivas. Veamos a continuación un resumen de cómo es que Garrett HARDIN planteó la tragedia que muchas veces es relatada en la literatura del AED.

La primera es la ya conocida «La tragedia de los comunes» descrita por Garrett HARDIN.<sup>121</sup> Esta tragedia de los recursos comunes se desarrolla de la siguiente manera. Imagine un pastizal abierto para todos. Es de esperarse que cada pastor intentará mantener en pasto común tantas cabezas de ganado como le sea posible. Este arreglo puede funcionar razonablemente bien por siglos gracias a que las guerras tribales, la caza furtiva y las enfermedades mantendrán los números tanto de hombres como de animales por debajo de la capacidad de carga de las tierras.<sup>122</sup>

Como un ser racional, cada pastor busca maximizar su ganancia. Explícita o implícitamente se pregunta, ¿cuál es mi beneficio de aumentar un animal más a mi rebaño? Esta utilidad tiene un componente negativo y otro positivo. (1) El *componente positivo* es una función del incremento de un animal. Como el pastor recibe todos los beneficios de la venta, la utilidad positiva es cercana a +1; (2) El *componente negativo* es una función del sobre-pastoreo adicional generado por un animal más. Sin embargo, puesto que los efectos del sobre-pastoreo son compartidos por todos los pastores, la utilidad negativa de cualquier decisión particular tomada por un pastor es solamente una fracción de -1. Al sumar todas las utilidades parciales, el pastor racional concluye que la única decisión sensata para él es añadir otro animal a su rebaño, y otro más. Pero esta es la conclusión a la que llegan cada uno y todos los pastores sensatos que comparten recursos comunes. Y ahí está la tragedia, como todos

---

<sup>121</sup> HARDIN, Garrett. "The Tragedy of the Commons", *Science*, vol. 162, 1968, pp. 1243 – 1248. Visite, página web: <http://www.ine.gob.mx/>

<sup>122</sup> Usar los recursos comunes como un pozo sin fondo no daña a la población en general en zonas vírgenes o poco explotadas, simplemente porque no existe dicha población; el mismo comportamiento en una metrópolis es insostenible.

concurran para obtener el beneficio esperado, todos se anulan, se perjudican. *Cada hombre está encerrado en un sistema que lo impulsa a incrementar su ganado ilimitadamente, en un mundo limitado.*<sup>123</sup> Ciertamente, se concluye, un sistema de propiedad común lleva a que los individuos usen como un bien infinito un bien que es finito –los pastos son escasos.<sup>124</sup>

La segunda perspectiva está detallada por POSNER. En un mundo en el que se ha abolido los derechos de propiedad, el agricultor que siembra la tierra, la fertiliza, y construye espantapájaros, se encontrará que cuando el maíz este listo para ser cosechado sus vecinos vendrán y se lo llevarán sin que pueda hacer nada para evitarlo. Obviamente, no habrá ningún incentivo para volver a sembrar y el campesino abandonará la agricultura. Así, no se crearán incentivos necesarios para conseguir las inversiones requeridas para la subsistencia de todos los integrantes de la sociedad. Si el beneficio de mi acción se traslada a terceros, no existe motivación para desarrollar la actividad. En este caso el agente se abstiene de determinado comportamiento, precisamente para no generar beneficios externos (externalidades) a favor y que no va a gozar.

Los derechos de propiedad, como todo derecho, determina qué conducta está permitida y qué otra está prohibida. Todo derecho limita la acción humana en algún u otro sentido. Los derechos de propiedad regulan las relaciones entre los individuos respecto al uso de los recursos escasos. Al mismo tiempo, los derechos de propiedad asignan posiciones para que los individuos negocien desde sus posiciones, tratos que les ayuden a mejorar su posición. Los derechos de propiedad están tan relacionados con la economía que podríamos decir que la economía es una ciencia que

---

<sup>123</sup> “La ruina es el destino hacia el cual corren todos los hombres, cada uno buscando su mejor provecho en un mundo que cree en la libertad de los recursos comunes. La libertad de los recursos comunes resulta la ruina para todos.” HARDIN, Garrett. “The Tragedy of Commons”, loc. cit.

<sup>124</sup> En África, en las regiones del sur del Sahara viene desarrollándose una tragedia de dimensiones colosales. El desierto se viene expandiendo a un ritmo acelerado amenazando “con borrar del mapa a cuatro o cinco países africanos”. Una de las naciones víctimas directas de este fenómeno es Libia, cuyo territorio está compuesto en un 90% por desiertos. Pero esto no siempre fue así. Durante el Imperio Romano, Libia estaba cubierta de árboles y el pastoreo era productivo. Este cambio es atribuido por John BURTON no a una variación climática sino a una diferente regulación jurídica del régimen de propiedad. Se produce no un desastre natural sino un desastre jurídico. Durante la invasión romana existió un régimen de propiedad privada donde cada titular podía excluir a los demás de su uso, cada propietario cuidaba sus fuentes de agua y evitaba tener demasiados animales, de acuerdo al agua, pasto y demás recursos disponibles en su propiedad. En la actualidad, como producto de la organización tribal, el uso de la tierra y de los pastos es común, el efecto es el sobre-pastoreo y la extinción de las escasas fuentes de agua, cuya consecuencia final es el avance imparable del desierto. Véase, BULLARD, Alfredo. “Un mundo sin propiedad (Análisis del sistema de transferencia de propiedad inmueble.” En: *Estudios de análisis económico del derecho*, 1ª edición. Lima: Ara Editores, 1996, p. 73.

estudia los derechos de propiedad sobre los recursos escasos, tal como lo dijo ALCHIAN,

... In essence, economics is the study of property rights over scarce resources... The allocation of scarce resources in a society is the assignment of rights to uses of resources... the question of economics, or of how prices should be determined, is the question of how property rights should be defined and exchanged, and on what terms.<sup>125</sup>

Los derechos de propiedad están relacionados con la administración de los recursos escasos. Esta administración de los recursos puede ser visto desde dos puntos de vista, que fueron señalados por FURUBOTN & PEJOVICH,<sup>126</sup> el teórico y el práctico. Desde el punto de vista teórico, estos autores sostienen que «los derechos de propiedad se refieren a las relaciones de conducta sancionadas, penalizadas, castigadas o prohibidas entre los hombres que se originan de la existencia de cosas y de lo que atañe a su uso.»

El sistema de derechos de propiedad supone una estrecha relación entre los derechos de propiedad, el sistema de incentivos y la conducta económica del agente.<sup>127</sup> Esta, relativamente, nueva interpretación de los derechos de propiedad supone un cambio en la concepción del rol de las decisiones individuales de las personas. Esto quiere decir que ahora las personas como individuos son buscadores de sus propios intereses y buscan maximizar su utilidad, sujeto a los límites establecidos por la estructura organizacional existente.<sup>128</sup> La idea es que cada individuo esté motivado a buscar sus propios intereses y con ello mejorar su propia posición. Y esta posición preferente le permitirá obrar más libremente.

Los sistemas de derechos de propiedad permiten que los individuos busquen maximizar sus beneficios de la mejor manera para ellos, pues ellos podrán hacer aquello que ellos piensan que es mejor para ellos. Los individuos son los que deciden dónde colocar su función de utilidad. Esto es una conducta egoísta. Fundar los derechos en el egoísmo no nos lleva al caos social, nos permite balancear los intereses

---

<sup>125</sup> ALCHIAN, Armen, "Pricing and Society. Occasional Paper", n° 17, Westminster: The Institute of Economics Affairs, 1967, pp. 2-3, citado por FURUBOTN, Eirik & PEJOVICH, Svetozar, "Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature", *Journal of Economic Literature*, vol. 10, n° 4, 1972, p. 1139; PEJOVICH, Svetozar, "Comment on Paper by Alchian and Demsetz", *The Journal of Economic History*, vol. 33, n° 1, *The Tasks of Economic History*, 1973, p. 41.

<sup>126</sup> Ver: FURUBOTN, Eirik & PEJOVICH, Svetozar, "Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature", *Journal of Economic Literature*, vol. 10, n° 4, 1972, p. 1139.

<sup>127</sup> *Ib.*, p. 1137.

<sup>128</sup> *Ib.*

en juego de las personas y con ello una convivencia más pacífica. Cada persona hace lo que piensa que es mejor. La asignación de los derechos de propiedad tiene influencia directa en la estructura de incentivos de los individuos.

Cada función de utilidad depende de dos puntos. El primero, es de lo que el sujeto piense que es mejor. Segundo, de los incentivos generados por el sistema de derechos de propiedad. Es decir, la función de utilidad del individuo depende de él mismo y del sistema de los derechos de propiedad.

Desde el punto de vista práctico, observan FURUBOTN & PEJOVICH, todo «contenido de los derechos de propiedad afecta la asignación y uso de los recursos *en forma predecible y específica*.» Y con ello, el sistema de derechos de propiedad escogido afecta el nivel de la actividad económica de la sociedad. El contenido de los derechos de propiedad impactan, tanto en forma negativa como positiva, en la economía de la sociedad, dependiendo del sistema de incentivos que genere sobre el esfuerzo y el trabajo.

En la sociedad se origina un proceso implícito que comienza con el hombre y termina con la propiedad privada. El hombre es un ser de necesidades, constantemente está buscando satisfacer sus necesidades para poder sobrevivir. Ante esta carencia aparece el intercambio para satisfacer las necesidades del hombre. Ahora bien, tanto el intercambio como la producción necesitan, a su vez, de contratos y éstos, de derechos de propiedad.

Los recursos escasos tienen valor cuando sobre ellos hay derechos de propiedad. Una mayor protección del bien, como una casa o una joya, deriva un mayor valor. Así, por ejemplo, el valor de una casa para un individuo será relativamente más grande si los derechos de propiedad adquiridos contienen el derecho de excluir, en el vecindario, grifos, discotecas, bares, restaurantes, plantas industriales o puestos de comida al paso. Y relativamente tiene un valor más pequeño si otro individuo está buscando un casa que tenga al costa un restaurante, una panadería o una casa de citas.

Los derechos de propiedad pueden estar atenuados siempre y cuando con esta atenuación se maximice el aprovechamiento del recurso escaso. La «teoría de las

atenuaciones eficientes a los derechos de propiedad», tal como fueran formuladas por FURUBOTN & PEJOVICH, señalan dos tipos de «atenuaciones» a los derechos de propiedad. Los primeros, son las *atenuaciones voluntarias*, que en el sistema de derechos de propiedad del *common law (property rights)* las partes pueden imponerse mutuamente restricciones en los derechos de propiedad como el derecho al cambio en la forma, lugar y sustancia. También en lo que se refiere al derecho a la transferencia puede restringirse toda disposición del bien.

En cambio, las atenuaciones impuestas por el Estado o *atenuaciones forzadas*, tienen que estar justificadas por algún motivo para que no sea declarado inconstitucional por invadir la esfera privada de los derechos individuales. Una restricción eficiente de derechos de propiedad por imposición estatal es la regulación de las empresas. Otra atenuación forzada eficiente, para el *common law*, es la prescripción adquisitiva.<sup>129</sup> En cambio, otras restricciones serían ineficientes, cuando no hay falla que solucionar, la intervención del Estado supondría un exceso intromisivo en la esfera privada de los individuos.

La legítima, como otras instituciones, supone un «rasguño» en los derechos de propiedad, del mismo modo que lo pueden ser la prescripción adquisitiva<sup>130</sup> de derechos y la adquisición de dominio de cosa mueble regulada por el artículo 948° del Código Civil. Acompañan a este elenco de instituciones: los alimentos, la prodigalidad y la mala gestión. Los derechos de propiedad se encuentran atenuados en la legítima, para ello debiera existir una buena razón, ¿cuál es?

Dentro de las atenuaciones voluntarias de los derechos de propiedad se encuentra la separación entre los derechos de propiedad el manejo de las empresas. Se trata de inducir mediante un sistema de derechos de propiedad una conducta que tienda a maximizar los beneficios tanto de los propietarios como de los gerentes de la empresa, por ejemplo otorgándoles un derecho a la participación de las utilidades.

---

<sup>129</sup> Al respecto las propuestas disímiles de ELLICKSON y POSNER: ELLICKSON, Robert C. "Adverse Possession and Perpetuities Law: Two Dents in the Libertarian Model of property Rights", *Washington University Law Quarterly*, vol. 64, n° 723, 1986, pp. 730-731; POSNER afirma: "La prescripción adquisitiva es un método para corregir títulos en papel y ajustarlos a los costos de transacción del mercado [MERRIL, Thomas, "Property Rules, Liability Rules and Adverse Possession"]; esto mejora y no desafía el sistema de derechos de propiedad." POSNER, Richard A. "Savigny, Holmes y el análisis económico del derecho de posesión". En: *Themis – Revista de derecho*, n° 48, segunda época, PUCP. Lima, abril 2004, p. 67.

<sup>130</sup> ELLICKSON, Robert C. "Adverse Possession and Perpetuities Law: Two Dents in the Libertarian Model of property Rights", *Washington University Law Quarterly*, vol. 64, n° 723, 1986, pp. 730-731.

Todo ello debido al problema de agencia que se origina por los intereses encontrados de los propietarios con los de los administradores que ambos trata de maximizar sus beneficios.

Los derechos de propiedad maximizan las decisiones. Facilitan la toma de decisiones. Promueve los incentivos para el uso eficiente de los recursos y evita el problema de lo común. Por otro lado, las compañías que están divididas en copropietarios, la propiedad no precisamente está concentrada. Pero hay juegos de intereses dentro de la compañía por controlar todo el poder de decisión de la empresa.

En una empresa si bien es cierto que la empresa está dividida en alícuotas que son copropietarias de la empresa, cada alícuota tiene un propietario. La propiedad puede estar dividida, pero esta división es eficiente en el sentido en que se tenga un propietario. De igual manera, una casa puede ser dividida, y deja de ser copropiedad para convertirse en un conjunto de derechos de propiedad privada. Esta tendencia a la unidad mejora la administración de los recursos.

Porque nosotros al igual que ALCHIAN,<sup>131</sup> POSNER<sup>132</sup> y BARZEL<sup>133</sup> creemos que la propiedad sí puede ser dividida. Es más la propiedad de esta manera dividida, en las empresas mejoran su desempeño.<sup>134</sup> Sin embargo, son los costos de transacción lo que, en último sentido, determinarán hasta qué punto puede ser dividida la propiedad.<sup>135</sup> La maximización individual de los beneficios supone que todo individuo si percibe que ciertas acciones mejorarán su posición, entonces emprenderá tales acciones. Y por el contrario, si percibe que determinadas acciones empeorarían su posición, no las realizará. ¿Qué incentivos puede tener el administrador de la empresa para mejorar la posición de los propietarios de las acciones de la empresa? Su trabajo adicional no sería percibido por él, sino por los propietarios de la empresa.

Donde no existen derechos de propiedad, la propiedad es común, es pública.<sup>136</sup> En el planteamiento de BARZEL<sup>137</sup> encontramos que define a los derechos

---

<sup>131</sup> ALCHIAN, Armen A. "Some Economics of Property Rights", *II Político*, vol. 30, n° 4, 1965, pp. 816-829.

<sup>132</sup> POSNER, *El análisis...*, op. cit., p. 71 y ss.

<sup>133</sup> BARZEL, Yoram. *Economic Analysis of Property Rights*, 1<sup>st</sup> ed., Cambridge University Press, 1989, p. 4-5.

<sup>134</sup> POSNER, *El análisis...*, op. cit., p. 409 y ss.

<sup>135</sup> Véase: COASE, Ronald H. "The nature of the Firm", *Economica*, vol. 4, n° 3, 1937, pp. 386-405; COASE, Ronald H. "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, n° 1, pp. 1-44.

<sup>136</sup> BARZEL, Yoram. *Economic Analysis of Property Rights*, 1<sup>st</sup> ed., Cambridge University Press, 1989, p. 13.

de propiedad como el derecho o poder que los individuos tienen al consumo de los bienes; y adicionalmente, a obtener ingresos de esos bienes, así como a venderlos. El intercambio necesita de los dos últimos derechos, del derecho a obtener ingresos del bien, como al derecho de transferirlos. De esta forma, define los intercambios como un intercambio mutuo de derechos (*mutual ceding of rights*). Por otro lado, sostiene BARZEL, los derechos de propiedad mejoran el aprovechamiento económico de los bienes.<sup>138</sup>

La legítima, no procura un mejor aprovechamiento de los bienes económicos. La diferencia en las valuaciones subjetivas entre el causante y el llamado heredero forzoso son en muchos casos distintas. La finalidad de los derechos de propiedad es evitar decisiones de despilfarro, de exceso en el uso y daño; en otras palabras, evitar la tragedia de lo común. La legítima, nos lleva nuevamente a la tragedia de lo común, aún cuando sea temporalmente. Además, aumentan el valor de los bienes cuando hacen predecibles la apropiación del consumo futuro de los bienes por aquel que tiene el derecho a no consumirlos actualmente. Cuando el causante deja de consumir hoy para consumirlo mañana, lo hace con la finalidad de satisfacer su necesidad futura, si no llega a mañana, entonces los bienes serán de sus herederos forzosos.

En conclusión, siguiendo a BARZEL, los derechos de propiedad tienen por finalidad evitar la tragedia de lo común, aumentar el valor de los bienes al reducir la variabilidad e incertidumbre en el futuro, volviéndolo racional y predecible.

### 3. Derechos de propiedad y entorno social

De otro lado, ALCHIAN & DEMSETZ<sup>139</sup> desarrollaron una teoría de los derechos de propiedad la cual no desatendió el entorno social. Para ellos, «... todo sistema social depende o está basado en técnicas, reglas o costumbres para resolver conflictos que surgen en el uso de los recursos escasos».<sup>140</sup> Es la escasez de los recursos el origen de los conflictos dentro de la sociedad, una forma de solucionarlo es

---

<sup>137</sup> *Ib.*

<sup>138</sup> "Legal rights, as a rule, enhance economic rights". Véase: BARZEL, Yoram. *Economic Analysis of Property Rights*, 1<sup>st</sup> ed., Cambridge University Press, 1989, p. 2.

<sup>139</sup> ALCHIAN, Armen A. & Harold DEMSETZ, "The Property Right Paradigm", *The Journal of Economic History*, vol. 33, n° 1, *The Task of Economic History*, 1973, pp. 16-27.

<sup>140</sup> *Ib.*, p. 16.

mediante la asignación de derechos de propiedad puesto que «Desde que el mismo recurso no puede ser usado simultáneamente para satisfacer demandas rivales, los conflictos de interés serán resueltos de una forma u otra».<sup>141</sup> Estas formas de resolver los conflictos pueden ser: guerras, huelgas, elecciones, autoridad religiosa, arbitraje legal, intercambio, juego social.

Las relaciones de propiedad son relaciones complejas. Estas relaciones complejas de propiedad pueden ser transferibles en el mercado. El derecho de propiedad da un derecho a un uso demarcado, dentro de las cuales existen acciones permitidas. Estas acciones permitidas son libres, de hacer y de no hacer, respaldadas por acciones prohibidas de no hacer. Así, «To «own land» usually means to have the right to till (or not to till) the soil, to mine the soil, to *offer* those rights for sale, etc., but not to have the right to throw soil at passerby, to use it to change the course of a stream, or to *force* someone to buy it.»<sup>142</sup>

Asimismo, estos autores distinguen un sistema comunal (*communal rights*) de derechos de propiedad de un sistema privado de derechos de propiedad (*property rights*). En un sistema comunal ningún individuo puede excluir a otro. El problema de los derechos comunales es que generan una ineficiente sobre-utilización de los recursos escasos. «The difficulty with a communal right is that it is not conducive to the accurate measurement of the cost that will be associated with any person's use the resource.»<sup>143</sup>

Existen una relación inversamente proporcional entre la apertura de los derechos de propiedad y los costos de transacción. A mayores sean los costos de transacción más cerrados estarán los derechos de propiedad, siendo más abiertos cuando los costos de transacción van reduciéndose. Los derechos de propiedad abiertos originan que el sistema de precios funcione correctamente, reflejando el nivel real de escasez del bien. Se asume que las preferencias, valores y creencias de un individuo son revelados a través de su conducta de mercado. De esta manera, mientras menores sean los costos de transacción mayor será el conocimiento de las preferencias, valores y creencias de un individuo.

---

<sup>141</sup> *Ib.*

<sup>142</sup> *Ib.*, p. 17.

<sup>143</sup> *Ib.*, p. 19.



Las relaciones paterno-filiales se caracterizan por su proximidad entre familiares y por sus relaciones cotidianas que en términos económicos suponen una reducción de los costos de transacción que atenúan las asimetrías de información entre ellos. Esto permite que las personas lleguen a conocerse mutuamente sus preferencias, valores y creencias. Esta es una información desperdiciada por la legítima y este desperdicio genera una sociedad que presume –antes que preferir conocer– preferencias, valores y creencias, por lo que la misma sociedad se va alejando de la realidad y de la justicia. Para que la justicia se manifieste, necesita de la libertad de manifestación.

#### **4. Incentivos para no realizar testamento**

La legítima afecta de alguna manera la conducta de las personas. En un ambiente institucional debemos observar cuánto cuesta intercambiar los bienes una vez que son recibidos en herencia, cuánto cuesta esa repartición, cuánto cuesta vigilar esa repartición y vigilar los intercambios; y luego, la legítima impone costos para hacer cumplir la reserva legal del legitimario, que se añaden a los costos de hacer cumplir los intercambios posteriores a la recepción de la herencia. Este entorno institucional de los derechos de propiedad, la legítima lo que hace es incrementar los costos de transacción. La ley eleva artificialmente los costos de transacción. A mayores costos de transacción los derechos de propiedad se cierran. Cuando los derechos de propiedad se cierran la economía no se dinamiza.

El desarrollo económico necesita de una economía dinámica y vital. Se desperdician recursos en hacer cumplir la legítima, no solo hacer cumplir la última voluntad del causante implica costos sino también el reclamo del heredero de su porción. Entonces hay dos costos: los del cumplimiento de la voluntad y los de la negación de esa voluntad. La existencia de la legítima facilita que los testamentos queden muchas veces inservibles, pues no respetaron por algún u otro motivo la legítima, o si los bienes aumentaron de valor en un momento posterior a la firma del testamento, o quizás después de la muerte del causante o se redujeron. De tal forma, se haga o no testamento la mayor de las veces se abrirá una sucesión intestada.

Esto genera una conducta estratégica que es la de no hacer testamento. Esta decisión impone costos a todos, pues la forma de hacer cumplir una sucesión

intestada es por la vía judicial. El sistema de administración de justicia es pagada por todos. Toda la sociedad paga por la ejecución de una sucesión intestada. Esto podría ser demostrado con el menor número de testamentos que se realizan. Y del por qué las personas no hacen testamentos, no es porque su concepción de la muerte haya cambiado sino porque es igual que hagan o no testamento de una forma u otra su voluntad no sería respetada. Ante una decisión donde los costos superan los beneficios no es la mejor alternativa hacer testamento. Es una conducta consistente con la maximización individual del beneficio.

La legítima está íntimamente relacionada con la sucesión intestada. Existen dos clases de sucesiones según nuestro Código civil: la sucesión testamentaria y la sucesión intestada. La diferencia básica entre ambas sucesiones, desde el punto de vista de la disposición, es que por vía de una sucesión testamentaria se puede disponer de un tercio de la herencia. Adicionalmente, supone una barrera legal el hecho que para la sucesión testamentaria se exija una serie de formalidades solemnes. Estas barreras legales constituyen incentivos suficientes para que las personas no hagan testamento y por consiguiente que los bienes sean luego repartidos por la vía judicial en un juicio de sucesión intestada.

La participación del juez en la sucesión intestada incrementa los costos de oportunidad y al mismo tiempo los de transacción. La sucesión testamentaria, por su parte, implica menos costos de transacción y tiene una mayor aplicabilidad que la sucesión intestada. Cuando interviene el juez los costos se incrementan debido a los costos mismos del proceso legal que es oneroso y genera costos para todos aquellos que utilizan el sistema de administración de justicia –aquellos que hacen cola solicitando justicia. En este sentido es preferible una sucesión testamentaria que siendo directa reduce los costos de transacción facilitando la repartición de la herencia, con lo que se maximiza el valor de las propiedades. La sucesión intestada es la menos eficiente respecto de la testamentaria que es directa, no necesita intervención judicial.

Ciertamente, existe un costo por esperar la decisión judicial. El costo de oportunidad que esto significa en tiempo y en dinero, por ejemplo la administración de los bienes a heredar. Y aquí tenemos un problema de agencia, los intereses de los representantes no coinciden con los de los representados. Hace falta establecer con claridad una asignación de titularidades que reduzca los costos de transacción y no los

incremente como se hace cuando se reclama la herencia por la vía de una acción judicial de sucesión intestada.

En lugar de hacerlo vía una acción de sucesión testamentaria. Es más precisa, aún cuando se pueda preterir a un heredero, creemos que con ello insertamos eficiencia al sistema al dotarla de seguridad. Y que si algún familiar cercano es preterido podemos reconocerle un derecho de petición sólo en los casos de necesidad, tal como sucede en el *common law*.

La mejor manera de asignar la propiedad es a través de un sistema autoejecutable como el testamento. La sucesión intestada tiene la mala costumbre de requerir la intervención del Estado mediante el Poder Judicial, y ésta dependencia hace a esta regla jurídica más complicada. El libro de sucesiones es uno de los libros más complejos del Código Civil peruano debido a la presencia de la legítima.

## **5. Derechos de propiedad aplicados a negociaciones**

Cuando tenemos la plena libertad de disposición para intercambiar derechos de propiedad decimos que estos derechos de propiedad están abiertos. Cuando hay intercambios hay eficiencia. Cuando los derechos de propiedad se cierran –sin posibilidad de transferencia–, no hay negociaciones, ni intercambios y por lo tanto no hay eficiencia. Las negociaciones implican transferencia e intercambio de bienes, lo que supone que los recursos van a circular y ello asegura, a su vez, que los bienes mejor valorados serán utilizados. Una mejor utilización disminuye el desperdicio pues es el uso que mayor valor genere para la sociedad.

Cuando un propietario tiene un derecho de propiedad privada tiene fuertes incentivos para usar sus derechos de propiedad en la forma que más valor genere, tiene la posibilidad de posponer su consumo en la seguridad que nadie se va beneficiar sino él en el futuro. Sin embargo, un propietario con un derecho de propiedad privada para hacer un testamento no tiene una plena libertad de disposición sobre toda su propiedad y por lo tanto no puede hacer intercambios. ¿Dónde va a hacer intercambios si es el momento final de su vida? usualmente el propietario recompensa el cariño, el afecto, el amor de aquellos que él siente más próximos. Muchas veces son los hijos, el cónyuge o, de ser el caso, los padres, pero otras muchas no.

## **6. Diferentes incentivos, diferentes propiedades: comunales o privados**

Los derechos de propiedad pueden ser o comunales o privados. La forma más típica en economías de mercado son los derechos de propiedad privados. Aún cuando también podemos encontrar en estas economías derechos de propiedad comunales. Los derechos de propiedad comunal la podemos dividir a su vez en dos: los derechos de propiedad comunal con apropiación –*i.e.* derechos de propiedad privada– y los derechos de propiedad comunales sin apropiación –*i.e.* sin derechos de propiedad privada–. La diferencia la podemos notar en los incentivos para el esfuerzo y el trabajo.

Bajo un sistema de derechos de propiedad comunal la forma en la que se pasa de una sistema de derechos de propiedad comunal al sistema de derechos de propiedad privada –apropiación– afecta el comportamiento de las personas pues tiene una estructura de incentivos diferente.

En un sistema de derechos comunal con apropiación hay derechos de propiedad privada con la apropiación. La manera cómo se produzca esta apropiación afecta la estructura de incentivos de los individuos y de tal modo afecta el comportamiento de las personas. Y podemos predecir que todos querrán apropiarse de la mayor cantidad de recursos, suponiéndoles maximizadores de beneficios. Este deseo los hará competir por alcanzar la mayor cantidad de recursos escasos.

Cuando el consumo se la forma de apropiación, se puede predecir que este recurso será consumido velozmente hasta niveles de agotamiento

Un derecho comunal donde los bienes son de quienes lo recojan, los cacen o los capturen no asegura su consumo futuro. El costo de esperar no compensa el beneficio de hacerlo, otro individuo puede cogerlo, cazarlo o capturarlo antes que usted o que yo. Esta falta de seguridad aumenta los motivos por competir y apropiarse de la mayor cantidad de recursos hasta que el recurso se agote.

Por el contrario, en un sistema de derechos de propiedad comunal sin apropiación, donde los bienes recogidos, cazados o capturados pasan a ser de la comunidad reduce los incentivos para el trabajo a un nivel por debajo del socialmente deseado. ¿Quién va a trabajar voluntariamente para los demás?

En un sistema como este los costos se multiplican por el número de beneficiarios. Si el beneficio de salir a trabajar es 10 y el costo es 2, entonces, es eficiente salir a trabajar. En cambio, si hay cincuenta personas en la comunidad que se beneficiarían con este trabajo, los costos para quien trabaja se multiplican por 50. Ahora el costo es 100 que excede el beneficio de 10. Este sistema desincentiva decisiones eficientes de trabajo y esfuerzo. A propósito de esta diferencia podemos encontrar:

*Open access* means anyone can use the land regardless of how her use affects the use of others. A full set of private rights consists of: (1) the rights to use the land in any manner that one wishes, generally with the caveat that such use does not interfere with someone else's property rights; (2) the right to exclude others from the use of one's land; (3) the right to derive income from the land; (4) the right to sell the asset; and (5) the right to bequeath the land to someone of one's choice.<sup>144</sup>

Hasta cierto punto el párrafo transcrito nos informa sobre las dos clases de derechos de propiedad, pero sobre todo nos expresa que el derecho de propiedad privada está relacionado con la libertad de las personas. Así este derecho de propiedad privada me permite usar como yo desee mi propiedad con el límite que mi uso no interfiera la libertad de otro. De igual forma, nadie tiene la libertad de usar mi propiedad ni limitarme mi derecho. Puedo utilizarla libremente para explotarla económicamente la puedo vender a quien yo desee, arrendar a quien yo estime por conveniente, hipotecar y legarla a quien yo lo crea necesario. En resumen, es importante y esencial definir correcta y eficientemente la forma en la que se accede a la propiedad privada.

### **E. Derechos de propiedad solucionan el problema de la escasez**

Todo conflicto social se origina en la escasez de los recursos económicos que satisfacen las necesidades de los individuos. Los intereses rivales generan conflictos dentro de la sociedad. La propiedad es una forma de resolver estos problemas de escasez. Pero la propiedad requiere de una organización política adecuada para proteger estos derechos. Es necesaria la intervención del Estado para la protección de los derechos de propiedad privada de los individuos.

---

<sup>144</sup> ALSTON, Lee J., & Bernardo MUELLER. "Property Rights in Land", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 4, New York: Oxford University Press, 2003, p. 274.

Apoyándose en la escasez de los recursos el Profesor COMMONS sostuvo que los conflictos de interés fueron resueltos por la intervención espontánea de la acción colectiva.<sup>145</sup> Reconociendo que los recursos son escasos los individuos cooperan mediante la acción colectiva. El filósofo escocés David HUME también hizo de la escasez la base de la cooperación. «If there were unlimited abundance of everything there World be no self-interest, no injustice, no property rights, no ethics».<sup>146</sup> Ergo, sólo en la abundancia podemos ser justos y altruistas. Desde que la escasez existe, la adquisición de los recursos escasos, buscados y deseados está regulada por la acción colectiva que crea los derechos y obligaciones de propiedad y libertad, incluso para el caso en existiera un conflicto.<sup>147</sup> Los individuos cooperan porque tienen necesidades comunes que satisfacer, ante la escasez de tiempo para poder dedicarse a satisfacer sus necesidades se dividen entre ellos para realizar diferentes labores –especialización– y así, luego, intercambiar los bienes escasos.

---

<sup>145</sup> Ver: COMMONS, John R. "Institutional Economics: Comment by Professor Commons", *The American Economic Review*, Vol. 22, nº 2, 1932, p. 264.

<sup>146</sup> *Ib.*, p. 266.

<sup>147</sup> *Ib.*

## Capítulo III

### LA INEFICIENCIA DE LA LEGÍTIMA

#### I. SISTEMAS HEREDITARIOS ANTE EL CAMBIO SOCIAL

Un concepto prestado de la biología: adaptación, sirve también para analizar las instituciones jurídicas relacionadas con el cambio social. Sólo los mejores adaptados sobrevivirán. De igual modo, sólo los institutos legales que satisfagan las necesidades e intereses de las personas que están en constante transformación social estarán mejor adaptados y subsistirán.

Todo sistema hereditario reacciona a los cambios en el entorno económico y social.<sup>148</sup> Desde el punto de vista de política legislativa debemos preferir sistemas que permitan a las personas adaptar sus intereses a los cambios económicos y sociales, por cuanto es el sistema que mejor satisface las necesidades de las personas y por lo tanto minimizaría el desperdicio y maximizaría el beneficio social. La legítima, como sistema forzado, impide dicha adaptación. Este es otro motivo por el que la legítima no debiera seguir, porque impide acomodar los intereses de los individuos al cambio.

Los sistemas hereditarios como toda institución económico social, evoluciona con el correr del tiempo. Un sistema hereditario que permita adaptarse al cambio posibilita aprovechar al máximo los recursos. Cuando ello no sucede hay ineficiencia.

---

<sup>148</sup> WEGGE, Simone A. "Inheritance Systems", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003, p. 81.

Los sistemas hereditarios responden a los cambios provenientes tanto en el modo de producción como en el tamaño de la población.<sup>149</sup> Dentro de este contexto reconocemos dos fuerzas exógenas muy particulares: la religión y el Estado. De hecho, estas dos fuerzas pueden afectar el sistema hereditario en la sociedad.<sup>150</sup> Un sistema forzado frente a uno libre nos lleva a una situación ineficiente. Un sistema libre concede a los particulares adecuar su propia situación a estos cambios sociales, en el entendido que cada persona es la más adecuada para saber qué es lo mejor para ella.

Respecto a la religión, podemos decir que el sistema hereditario cambia según nos encontremos con una religión u otra. "Heirship strategies in Europe and other parts of Eurasia changed in radical ways with the spread of Christianity, Islam, and rabbinic Judaism".<sup>151</sup> En Francia, antes de la promulgación del *Code Napoléon*, la tradición del antiguo régimen francés consentía la primogenitura, *i. e.*, el privilegio y el deber del hijo mayor a recibir y hacerse cargo de la herencia familiar secular. En cambio, con la promulgación del *Code Napoléon* y prohibirse la primogenitura se estableció que a la muerte del propietario la herencia se dividiría de tal manera, que la propiedad de los padres sea recibida por todos los hijos, por igual.

Los sistemas hereditarios se encuentran afectados por un par de causas, las endógenas y las exógenas. Las primeras se vinculan al modo de producción imperante en la sociedad, la herencia variará si nos encontramos en un sistema esclavista o en un sistema capitalista o en un sistema feudal. En un sistema esclavista, básicamente dedicado a la agricultura, la propiedad pertenecerá únicamente a la clase dominante y la herencia se producirá entre ellos; en un sistema feudal, constituido como un sistema de privilegios concedidos por el rey, se caracterizará por prerrogativas para determinadas personas, sean estos los hijos mayores o los hijos menores y como un deber imperativo de estos de aceptarla y llevarla a buen término (nobleza obliga); en un sistema capitalista la propiedad será transmitida libremente. Por otro lado las fuerzas exógenas que determinan el sistema hereditario dentro de una sociedad están representadas por la Iglesia y el Estado. Estas fuerzas exógenas no siempre llevarán a las mejor decisión económica sino que influenciadas por dogmas se

---

<sup>149</sup> WEGGE, Simone A. "Inheritance Systems", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003, p. 82.

<sup>150</sup> *Ib.*

<sup>151</sup> *Ib.*



cerrarán y no permitirán el paso a una decisión eficiente si esta afecta su manera de enfocar el mundo o la política del Estado. El sistema hereditario variará si nos localizamos en culturas con tradición islámica o familias cristianas, o si nos hallamos en estados democráticos o en dictatoriales.

Cuando los bienes son escasos la legítima tiene efectos ineficientes produciendo una marginalidad decreciente del beneficio en cada transferencia intergeneracional. Manteniendo constante el monto de la herencia, el beneficio de recibirla en cada generación será más pequeño, pues la propiedad transferida generará ventajas cada vez más reducidas para los nuevos propietarios, de tal manera que en algún punto el beneficio de recibir la herencia y los costos de afrontarla sea suma cero –es decir no arroja una señal para ya no seguir dividiendo–, y luego de este punto será más oneroso recibir la herencia que abandonarla. Este parece ser el mismo proceso por el cual ha pasado el centro de Lima, compuesto por numerosas casonas desatendidas que en los registros públicos asoman cientos de personas beneficiarias. Con el transcurso del paso del tiempo y de las transferencias intergeneracionales ordenadas por la ley, el monto hereditario se ha reducido hasta el punto que resultó más oneroso recibirla que abandonarla, y como toda persona es un maximizador de beneficio, elegirá la alternativa que mejor le satisfaga, descuidarán la propiedad.

La visión de quienes defienden la legítima parte de considerar un mundo de recursos abundantes. En este mundo que suponen, donde los recursos se multiplican y exceden las necesidades ilimitadas del hombre, la legítima es eficiente. Sin embargo, en el presente su visión no guarda correspondencia con la realidad, pero eso no significa que su visión fue errada desde el inicio. En un inicio las condiciones sociales, económicas y poblaciones de la sociedad hacían ver a la legítima como la mejor alternativa a usar. Esto sucedió en los primeros albores de la humanidad, en donde los recursos eran, relativamente, abundantes considerando el número de recursos disponibles y el número de necesidades humanas a satisfacer. Cuando se poseía las primeras propiedades, los hijos podían aumentar el legado dejado por sus progenitores, de tal manera que dejaban para la siguiente generación el mismo tamaño de legado que recibieron de sus padres, e incluso más. Es decir, se lograba mantener una tasa constante de legado intergeneracional, dado el número creciente de hijos.

Sin embargo, llegó un momento en el que los recursos disponibles llegaron a escasear, supongamos por ejemplo la tierra disponible en la Edad Media europea (<sup>152</sup>). Cuando toda la tierra disponible en Europa tuvo dueño, las tierras comenzaron a escasear, de modo que lo recibido por los padres constituía una gran fuente de acceso a las tierras pero al mismo tiempo era difícil realizar un incremento de tierras a favor de la siguiente generación. En la clase alta y baja las principales formas de incrementar las tierras se realizaba mediante matrimonios y en su defecto mediante compras de terrenos. Por otro lado, quedaba las concesiones y regalos que hacía el Rey a sus vasallos otorgándoles tierras. La venta de tierra no estaba amparada socialmente, la propiedad era sinónimo de nobleza. La nobleza no se vende ni se compra.

De esta forma, ante un crecimiento progresivo en el tamaño de la población unido a la escases de los recursos, los derechos de propiedad que se encuentran unidos a un sistema hereditario que promueva una división igualitaria de la herencia entre los hijos es ineficiente. Así se señala que:

Transferring land to multiple children resulted in smaller average land holdings compared with those of the parents, unless parents were able to accumulate additional assets over their own working lives. A family working a smaller plot of land quickly experienced diminished returns to their marginal product of labor. Over time, uninterrupted division of land, along with population growth, resulted in a decrease in the average family's standard of living.<sup>153</sup>

En un sistema de transmisión familiar de los derechos de propiedad de los padres a sus hijos por igual, el crecimiento de la población, manteniendo constante el número de tierras disponibles, asegura que la tierra llegará a resultar escasa. A su vez, esta escasez de terrenos cambiará el sistema de transmisión hereditaria, pasando de un derecho de propiedad comunal (a todos los hijos por igual) a uno privado, que asegure el uso más valioso de la tierra por las manos que más la valora.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> Véase: NORTH, Douglass C. y Robert Paul THOMAS. «The Rise and Fall of the manorial System: A Theoretical Model», *The Journal of Economic History*, Vol. 31, No. 4. (Dec., 1971), pp. 777-883.

<sup>153</sup> WEGGE, Simone A. "Inheritance Systems", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003, p. 82.

<sup>154</sup> PLATTEAU, Jean-Philippe, "Land Inheritance Patterns", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003, p. 262. Adicionalmente podemos decir que la legítima supone una interacción entre padres e hijos, donde los padres aumentarán sus propiedades. El problema es que en un mundo de recursos escasos, esta propiedades no aumentarán, como sucedió con las tierras disponibles en Europa medieval. Del mismo modo Douglass North y Robert Fogel nos recuerdan que si bien se practicó la primogenitura en la edad, este fue un privilegio de la clase noble, mientras que los siervos y plebeyos la propiedad se transmitía por igual entre sus hijos, que todos se dedicaban al campo. Ver: NORTH, Douglass C. y Robert Paul THOMAS. «The Rise and Fall

En la Edad Media europea la propiedad pertenecía al Rey, y su uso era concedido a los nobles. Los nobles, a su vez, concedían este uso a sus plebeyos a quienes se les daban en uso y era transferible por herencia a sus hijos. La finalidad era que los campesinos aprovecharan, quizás inconscientemente, de las economías de escala en la agricultura (más hijos, menos trabajo para los padres), mientras que también se beneficiaban los terratenientes con la sucesión de los usufructos, pues así mientras más tierras poseyeran y estuvieran juntas se facilitaba el cobro de tributos, impuestos o arriendos. Una propiedad dividida dificultaba esta misión. Igualmente, los terratenientes trataron de limitar la repartición de la tierra entre sus propios arrendatarios, no hay mercado para intercambiar los usufructos. Fue así como el sistema feudal acomodó de la mejor manera a sus intereses la sucesión hereditaria, según sus necesidades, de este modo surgió, como privilegio para la nobleza: la primogenitura. Al mismo tiempo que surgieron derechos hereditarios para el arrendatario aparecieron otros problemas: los campesinos no tenían la seguridad de permanecer para siempre sobre la tierra que cultivaban, no sabían en qué momento su Señor los iba a lanzar de sus terrenos.<sup>155</sup>

En tales circunstancias no podían mantenerse las expectativas para disfrutar de los beneficios de largas inversiones como plantar y cuidar el retoño de un árbol que asomaría a su adultez quizás en sesenta años. Sin embargo, esta situación cambió con el devenir de las revoluciones burguesas en Europa en los siglos XVIII y XIX. Los campesinos que antes eran simplemente usufructuarios del terreno que ocupaban se convirtieron en propietarios privados. La familia del campesino, con propiedad privada, tuvo los incentivos suficientes para realizar inversiones a largo plazo en el terreno, puesto que, a la larga, los beneficios serían recibidos por los hijos, que tenían la certeza dada la movilidad social, también se dedicaría a las labores del campo.<sup>156</sup> Los derechos de propiedad privada nacen de la necesidad de proteger el uso

---

of the manorial System: A Theoretical Model», *The Journal of Economic History*, Vol. 31, No. 4. (Dec., 1971), pp. 777-883.

<sup>155</sup> NORTH, Douglass C. y Robert Paul THOMAS. «The Rise and Fall of the manorial System: A Theoretical Model», *The Journal of Economic History*, Vol. 31, No. 4. (Dec., 1971), pp. 780-781.

<sup>156</sup> PLATTEAU, Jean-Philippe, "Land Inheritance Patterns", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003, p. 262.

prolongado del de los recursos, con la finalidad e incentivar inversiones eficientes a largo plazo.<sup>157</sup>

En un sistema donde no existe la legítima, son los hijos los que hacen méritos para ser herederos del padre. Las relaciones cercanas e íntimas tienden a reducir las asimetrías de información entre las personas. Sin embargo, si lo que se pretende es crear un sistema en el que este tipo de cuestiones morales o riesgos morales del testador podemos insertar un modelo parecido al modelo anglosajón donde los familiares que no tengan los medios necesarios para sobrevivir podrán pedir a los herederos un pensión de sobrevivencia o como ellos los llaman una ayuda social.

### **A. La legítima: entre Escila y Caribdis**

En el estudio de la legítima puede tomar dos rumbos distintos. Uno de estos caminos se encuentra marcada por ser un sistema de asignación de recursos y la segunda forma es la de ser un sistema de distribución de los recursos. La primera estaría fundada en dos postulados económicos: escasez de recursos y eficiencia. Mientras que la segunda estaría fijada por el signo del principio de la justicia: dar a cada hijo lo que le corresponde. La legítima se ha vuelto una suerte de un instrumento de distribución de bienes, lo cual significa desalentar el sistema de asignación de los recursos escasos. El sistema de sucesiones, según como lo entendemos, protege el sistema de asignación de recursos y no, por el contrario, como instrumento distribución de la riqueza.

La legítima derrocha los recursos escasos, puesto que con este sistema hereditario la herencia del causante no va a parar a las manos de quien más lo valora. Podemos sostener ácidamente que cuando el legislador intenta convertir el derecho de sucesiones en un sistema de distribución de la riqueza lo hace muy contento pues el dinero con el que lo distribuye no es afrontado por él mismo, o en palabras de Milton FRIEDMAN: “nadie mejor que uno mismo para gastar cuidadosamente su propio dinero”.<sup>158</sup> Al Estado y al legislador nada le cuestan reservar una parte de los dos tercios de la herencia del causante a favor de legitimarios, pues ellos –el Estado y los

---

<sup>157</sup> COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 190-192.

<sup>158</sup> FRIEDMAN, Milton. “El real almuerzo gratis: mercados y propiedad privada”. En: *Thémis – Revista de Derecho*, n° 46, segunda época. Lima: PUCP, 2003, p. 338. Las palabras exactas que se leen de la traducción es: “nadie gasta el dinero ajeno tan cuidadosamente como gasta el suyo”.

legisladores– no son los propietarios de lo que se reparte. Este tipo de medidas tiene efectos económicos, sociales y políticos, y lo que nos interesa, en este momento, son las consecuencias económicas de esta decisión legal: la pérdida de eficiencia, una sociedad insatisfecha.

## **B. El mercado del afecto**

Muchas veces mostramos nuestro cariño. Cuando vamos a un cumpleaños, cuando aceptamos una invitación a cenar, cuando aceptamos ser padrinos de algún evento, entre otras cosas. De igual modo, el cariño se demuestra al final de nuestras vidas mediante regalos. Sin embargo nuestra legislación nos coloca una línea tope sobre cuánto gastar en regalos (véase el 1629.º del Código Civil). Según Gary S. BECKER:

En verdad, hay mercado incluso en actividades donde no hay precio, como en el crimen. Hay un mercado del crimen. No es absurdo hablar de un mercado criminal, o de una mercado matrimonial, o de una mercado para gobernar. Y estos conceptos son importantes. Los mercados tratan de reconciliar los deseos ilimitados de los individuos con la disponibilidad de los recursos limitados. Esta es realmente la principal función de los mercados.<sup>159</sup>

De modo que a la forma de manifestar cariño al final de nuestras vidas en el acto de disposición final de nuestra herencia podemos hablar de un mercado del cariño o del afecto como mecanismo de intercambio.

Si hay un mercado del cariño entonces estamos suponiendo, por un lado, unos demandantes de cariño y por el otro lado, oferentes de cariño, que lo hacen por medio de un precio determinado y que sólo entran al mercado cuando el precio suficientemente apetitoso. Asimismo, si consideramos que este mercado es de libre acceso podemos suponer que este mercado será competitivo. Esta competencia, lejos de ser ineficiente y desperdiciar recursos favorece a los consumidores. Los consumidores son los posibles causantes quienes van a determinar el precio del cariño recibido por medio de su herencia, siempre y cuando exista un sistema de herencia libre. Si el que pretende ser heredero desea no arriesgarse en la inversión sería preciso informarse sobre su futuro posible causante. Los que tienen la ventaja de conocer a

---

<sup>159</sup> BAIRD, Douglas G. "The future of Law and Economics: Looking Forward", *The University of Chicago Law Review*, 1997, vol. 64, n° 4, p. 1134.

estas personas, por su cercanía y por el trato cotidiano, son sus familiares. Otras personas que ingresan a competir en este mercado del cariño son las posibles parejas sentimentales.

Estas personas que podemos llamarles casa-fortunas, que parece ser a quienes se teme, como les temen los caballos sin cola a las moscas, se dedican como todo oferente a conocer e informarse sobre las necesidades de sus consumidores de cariño. La inversión, no cabe duda, involucra una serie de riesgos, la barrera de salida del mercado son los costos hundidos en evaluar y conocer las características de sus "víctima". No hay derechos de propiedad que le aseguren que su esfuerzo será recompensado. De hecho, si fallan pierden toda la inversión. Dicho de otro modo, los riesgos son considerablemente altos apropiados para personas amantes del riesgo. A su vez, la actitud de los demás competidores no es la actuar como convidados de piedra, pues conocedores los familiares de esta situación competirán por ganar el cariño del causante y que los prefiera antes que la nueva competidora (caza-fortunas) se quede con los bienes de su familiar. El ganador de esta competencia por el cariño del causante, será pronunciado en su testamento, según un sistema de libre herencia. Mientras que en vida el testador gozó de cariño.

Pongamos un ejemplo y supongamos que en una sociedad hay diez causantes y noventa caza-fortunas, los costos de transacción para ubicar a los causantes "débiles" es de diez para cada caza-fortunas –uno por cada causante e imaginando que existan entre los diez uno o varios causantes que caigan en sus "redes" y puedan obtener de él, al final de sus días, una buena recompensa. El problema se agrava si no hay causantes débiles, pues es un riesgo el hecho que si no existan causantes débiles–. En un sistema legitimario donde no haya legítima, los caza-fortunas recibirían el regalo entero de la herencia –igual a cien–. Por lo que las caza-recompensas beneficiarias tendrían cien de beneficios y diez de costos, cada una. Suponiendo que todos son maximizadores de beneficios, van a querer más de los que les beneficia y menos de lo que les perjudica. Ante este apetecible beneficio los noventa caza-recompensas entran en una competencia donde sólo pocos serán los beneficiados. Sólo diez caza-recompensas si hay diez causantes débiles o uno sólo, si hay un caza-recompensas débil. Lo que significa que en forma extrema ochenta caza-recompensas habrán derrochado 800 (80 caza-recompensas x 10 costos de transacción

= 800 costos sociales) o al menos ochenta y nueve caza-recompensas habrán costado sin recibir nada a cambio (89 caza-recompensas x 10 costos de transacción = 890 de costos sociales).

Esta pérdida social supone, en el sentido Pareto, una situación ineficiente pues es una situación en la que pierden las personas y no ganan. Según la eficiencia Pareto una situación es eficiente mientras no se pueda mejorar a una persona sin perjudicar a otra, y que si en esta situación no se puede beneficiar a nadie sin perjudicar a otro se habrá llegado al Óptimo de Pareto. En este sentido esta situación ineficiente debería ser evitada mediante un sistema hereditario basado en la legítima que evite que las personas inviertan sus recursos escasos en encontrar a los causantes "débiles". El problema de esta visión es que no se respeta uno de los postulados del AED que manda que consideremos a todas las personas como sujetos racionales, es decir, que nadie mejor que ellos para saber qué es lo que les conviene. Y por otro lado, y como consecuencia del ente racional está en que los causantes, como sujetos racionales no devolverán más allá de lo que hayan recibido a cambio. En términos simples, las personas serían generosas al final de sus vidas, es porque la han pasado bien. Al mismo tiempo también debemos recordar que los caza-recompensas corren un gran riesgo porque el causante al final de sus días puede no ser tan generoso como esperaban pues su expectativa no está protegida en un sistema de herencia libre –el causante puede no acordarse del caza-fortunas al momento de confeccionar su testamento–. Por lo que en un sistema de herencia libre las personas amantes del riesgo serán con seguridad las personas que se inclinen a dedicarse a ser caza-fortunas. Y según los postulados de la economía, las personas son, generalmente, adversas al riesgo, y excepcionalmente son amantes del riesgo, por lo que el número esperado de caza-fortunas en un sistema de herencia libre sería mínimo. Por lo que, desde el punto de vista de los postulados económicos, el hecho que la libertad vuelva al testador no significa que se perjudique a los familiares cercanos.

Nosotros no propugnamos ni vendemos la idea que el AED sea un conjunto ordenado de normas que obliguen, ordenen y manden a las personas a usar los bienes de la manera más eficiente y en sus mejores usos. Por el contrario, lo que hace el AED es crear una estructura de incentivos adecuados para que las personas se inclinen a usar los bienes de la manera más eficiente que minimice el desperdicio. Así, de esta

manera, si no existe libertad, un padre de diez hijos y propietario de 10 hectáreas de terreno, deba dividirla en diez partes iguales. Lo que el AED es analizar y buscar los diferentes mecanismos hasta encontrar los que sean adecuados para que las personas realicen sus acciones libremente y con ello minimicen su costo y maximicen su beneficio, por lo que la curva de utilidades de las personas sería positivamente alta y el beneficio social sea igualmente alto.

Por otro lado que da el respeto a la decisión del testador. En la que se confía en que es la persona y propietaria la que está en mejor condición para decidir cómo disponer de sus recursos. Si la legítima desaparece no significa que los padres no podrán dividir en partes iguales su herencia y a favor de sus hijos. Sino que en un sistema de herencia libre se facilita una variedad de elecciones que tienden a ser eficientes pues se acomoda a las necesidades y al cambio social de cada generación.

Un sistema legitimario es ineficiente no porque la herencia sea dividida sino porque ésta sea impuesta. Esta imposición no diferencia las diferentes necesidades o deseos de los causantes o de los herederos que puedan tener en las distintas generaciones. Eliminar la libertad de disposición de la totalidad de la herencia impide que las asignaciones de derechos mortis causa se adapten a las necesidades produciendo dicha imposición pérdidas de valor cierto que es soportado no sólo por causante sino también por la sociedad en un elevado costo social.

### **C. Costos primarios: una propiedad privada no exclusiva y no disponible**

#### **1. De la propiedad exclusiva a la común: a paso de cangrejo**

En un sistema hereditario legitimario causa la pérdida del carácter de exclusividad que tiene la propiedad. Desde que Garrett HARDIN sostuviera que los usuarios con necesidades rivales ante derechos de propiedad comunes genera una guerra desmedida por el consumo de los mismos, de tal manera que se acelera el proceso normal de consumo de los recursos hasta el nivel de agotamiento de los mismos (<sup>160</sup>). Y que a estos postulados siguiera la visión de Harold DEMSETZ, por

---

<sup>160</sup> HARDIN, Garret. "La tragedia de los comunes". En: *Revista Ambiente y Desarrollo*, 23 (I). Santiago de Chile, 2007, pp. 53-63. El original de este artículo es HARDIN, Garret. "The tragedy of the commons", *Science*, 162, pp. 1243-1248.



medio de la cual, la propiedad genera las expectativas en el sujeto que su consumo futuro está asegurado, pues su propiedad es exclusiva (<sup>161</sup>).

Entonces, el primer costo de un sistema legitimario es la pérdida de eficiencia que se obtiene con un sistema de propiedad privada y que supone un retroceso su conversión a una propiedad común, más adecuada para una época en la que el número de las personas no representaba un peligro para la extinción de los recursos pues la cantidad de éstos les permitía que la propiedad fuese común, pero al desaparecer la bonanza de estos tiempos y al ser una población mayor la que necesita satisfacer sus necesidades, ésta debe desaparecer y convertirse en propiedad privada.

## **2. Maximizar el consumo, minimizar la inversión**

Uno de los atributos inseparables del derecho de propiedad privada es su exclusividad. Sin derechos exclusivos de propiedad se vuelve a generar una propiedad común y todos los problemas que se aparejan a ellos. La exclusividad mejora el aprovechamiento del recurso evitando el despilfarro o la baja producción del recurso. Las inversiones de largo plazo aumentan cuando el padre ama a su hijo y disminuyen cuando el padre no lo ama. Estas inversiones están gobernadas por el amor. Nuestro sistema no descansaría en la libertad sino en el amor, que desde la perspectiva del AED el amor se convierte en una función integrada en la que la propia felicidad del sujeto depende de la felicidad de otra persona, por lo que para buscar su propia felicidad debería buscar la felicidad de la otra persona a la que se ama. Esta es la definición del altruismo, que es una condición en que el bienestar de una persona es una función positiva del bienestar de otra (<sup>162</sup>).

En un sistema hereditario legitimario una propiedad paterna al cuidado de uno de sus hijos, no va a recibir el mismo tipo de inversiones que se haría si la propiedad le fuera exclusiva. ¿Cuál es el nivel eficiente de efectuar inversiones a largo plazo en una propiedad común? Cero o una cifra cercada a cero, lo que significa que lo recomendable es no realizar ninguna inversión pues los beneficiados serían todos los herederos y los costos serían soportados sólo por el hijo que toma la decisión de

---

<sup>161</sup> DEMSETZ, Harold. "Toward a Theory of Property Rights", *The American Economic Review*, Vol. 57, Nro.2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association, (May, 1967), pp. 347-359.

<sup>162</sup> POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 135-156.

invertir. Las inversiones del heredero forzoso serán a corto plazo, pues existen grandes probabilidades que los beneficios recaigan en sí mismo, pues toda persona es adversa al riesgo, aunque no quiere ni crea que sus padres mueran de la noche a la mañana, aún así teme que algún accidente pueda, eventualmente, perjudicar su negocio, el cual al dolor de la pérdida de sus padres se sumará la pérdida de su transacción. De modo que formalizar una inversión a largo plazo se parezca al riesgoso juego de "nadie sabe para quien trabaja".

Como las personas son maximizadoras de sus utilidades, entonces tratarán de maximizar sus beneficios y minimizar sus costos. Por lo tanto, en un sistema de propiedad común, la mejor manera de minimizar los costos es, primero, no realizar ningún tipo de inversión en la propiedad común; en segundo lugar, consumir lo más que se pueda del bien común antes que otro lo agote. De este modo, quien tenga a su cargo una propiedad común tendrá incentivos necesarios para aprovecharla al máximo, extrayendo de ella todo su potencial.

### **3. Propiedad No disponible: conducta oportunista o *Free riders***

Al convertirse la propiedad privada del causante en propiedad común con sus herederos legitimarios se creará una externalidad positiva a favor de los demás coherederos. Este tipo de externalidad positiva incentiva la holganza o conducta oportunista, que en el lenguaje económico es conocido como *free rider*, que es la conducta de la persona que espera el momento y lugar oportuno para revelar sus necesidades. Alguno de los otros coherederos invierta en la propiedad para luego cobrar su parte del pastel. Lo paradójico de la conducta oportunista es que todos quieren ser oportunistas así que nadie invertirá en la propiedad.

En un sistema hereditario legitimario el causante no tiene el derecho de excluir a todos de su consumo. La libre enajenación de la propiedad está limitada. Estas restricciones se ven protegidas bajo las amenazas ciertas a los causantes sobre el uso pródigo o de mala gestión de su herencia. Con la objeto de proteger los intereses de los legitimarios, la libre disponibilidad del propietario debe también ser limitada en sus actos de liberalidad *inter vivos* y en sus acciones de gestión de su patrimonio. La legítima atenta contra dos atributos del derecho de propiedad como son su exclusividad y su libre disponibilidad. En vida del causante los legitimarios son *free*

*riders*, se benefician del aumento de valor del patrimonio, pero tienen el derecho de no soportar los costos de dicho incremento. En palabras sencillas: no soportan las externalidades negativas pero sí internalizan las externalidades positivas. Esta posición privilegiada de los legitimarios anula los incentivos de un sistema de derechos de propiedad privada.

#### **D. Costos secundarios: la intervención no deseada del Estado**

Los deberes están por encima del derecho. Esta frase es moneda corriente entre los defensores del sistema hereditario de la legítima. Si uno tiene la dicha de poseer una familia, entonces debe procurarles a ellos los medios necesarios para sostenerse y mantenerse.

Esta obligación no cesa con la muerte. Esta forma de pensar, que el deber está por encima del derecho, fue criticada por Cass SUNSTEIN. Para este reconocido autor norteamericano el Derecho sirve para otorgar derechos a las personas y no para hacerles cumplir sus deberes. Lo primero es más sencillo de hacer cumplir pues el costo de su cumplimiento se confía a las personas. Ellas son las más indicadas para hacer o hacer la conducta a la que tienen derecho. Mientras que los segundos, los deberes, indican una intervención directa del Estado, cuando de lo que se trata con el implemento del Derecho y de un Estado de Derecho es limitar la intervención estatal en la esfera de actuación individual de los ciudadanos.<sup>163</sup> ¿Es más barato hacer cumplir derechos o hacer cumplir obligaciones? Los derechos son cumplidos por cada interesado; mientras que los deberes son hechos cumplir por el Estado, ¿quién mejor que uno mismo para cumplir con nuestros derechos?

La intervención deseada del Estado se encuentra regulada por nuestras constituciones. En nuestra patria hemos afrontado con el régimen fujimorista una nueva constitución que dejó de lado los vientos paternalistas de la Constitución de 1979. Se trata de una Constitución liberal y/o neoliberal por la cual restringe la participación del Estado en la actividad privada y en la esfera individual. Por ello el Estado confía en la libre iniciativa privada y promueve la creación de la riqueza; garantiza la libertad de trabajo, de industria, de comercio, de empresa; promueve la

---

<sup>163</sup> Véase: SUNSTEIN, Cass R. "Propiedad y constitucionalismo". En: *Thémis – Revista de Derecho*, Nro. 48, segunda época, PUCP. Lima – Perú, 2004 (julio), pp. 29-30.

libre competencia y combate la competencia desleal; garantiza el acceso al mercado; protege y defiende al consumidor y garantiza su derecho a la información; vela por el respeto al principio de no lesividad de la salud, educación y seguridad públicas. El ámbito de actuación estatal se restringiría a atender los bienes públicos en salud pública, infraestructura, educación pública, servicios públicos y seguridad pública. Así como el reconocimiento de diferentes clases de propiedad y de empresas. Siendo titular del deber de actuar en casos de necesidad pública como una empresa, pero en forma subsidiaria al mercado (véase los artículo 58.º y siguientes de nuestra Constitución Política referidos al régimen económico).

### **E. Costos morales**

¿Cuál es el azar moral que involucra la legítima? Un sistema de libertad testamentaria, según las quejas de sus detractores, incide en el hecho que el testador puede, de mala fe, desproteger los intereses de sus familiares cercanos, dejando sus bienes en manos de otras personas.

El azar moral es un costo que muchas veces no es tomado en cuenta al momento de imponer una norma a la sociedad. Las leyes y toda decisión en general, muchas veces tienen que soportar consecuencias secundarias, e incluso terciarias, no esperadas. El azar moral es una categoría dentro del AED que nos informa sobre los posibles usos del bien que el consumidor de la norma jurídica podría efectuar como titular de la misma y que estarían reñidos con la moral. Sin embargo, el legislador, al igual que el fabricante de cuchillos, puede eximirse de responsabilidad por cuanto el costo de vigilar el uso que pueda darle el usuario y para el cual no fue pensado es muy alto, es decir, es impensable que pueda remediarse.

## **II. SISTEMAS HEREDITARIOS**

### **A. El escenario cousesiano**

En lo que se refiere a transferencias intergeneracionales *mortis causa*, nos encontramos ante una situación de bajos costos de transacción. Según el teorema de Coase, en un mundo sin costos de transacción o de costos de transacción bajos, las

personas podrán resolver sus problemas conversando y negociando, de manera que las soluciones a las que se llegue será la más eficiente entre las alternativas. En cambio en un escenario de costos de transacción altos, las conversaciones entre los involucrados se vuelven imposibles, las negociaciones impracticables, si las personas no conversan y no arreglan entre ellas la solución, o el problema persiste o cada uno trata de resolver el problema por su lado, con lo que genera mayores costos sociales. La forma de minimizar estos costos sociales es mediante una conducta que sea respetada por todos los miembros de la sociedad. Y a esta conducta a la que deben acomodarse los miembros de la sociedad se llama ley. Por lo tanto, con altos costos de transacción las soluciones más eficientes se hallarán mediante una conducta señalada por una ley. Mientras que en bajos costos de transacción los remedios más eficientes serán acordados por las partes mediante contratos (<sup>164</sup>).

Aquellos que están en contra de un sistema de libertad testamentaria, congruente con el derecho de propiedad, argumentan que la herencia en un sistema de libertad testamentaria sería distribuida en desmedro de los familiares directos del causante como sus hijos. Generaría graves injusticia un sistema de libertad testamentaria en cuestiones distributivas. Incluso, pensando que el causante otorgue su patrimonio a sus hijos, puede que no sea proporcionado en sus donaciones y a uno de ellos termine concediéndole más que a los demás. Es decir, se teme, con justificadas razones que en un sistema de libertad testamentaria predominaría las preferencias del causante.

## **B. Preferencias y presupuesto**

El causante como todo consumidor está limitado por dos restricciones: su preferencia y su presupuesto. Estas dos barreras le impiden conseguir e intercambiar los recursos que desea. En el campo del derecho de sucesiones la preferencia se demuestra en la porción de la herencia otorgada a los herederos; igualmente, la restricción presupuestaria se refiere al tamaño de la herencia.

---

<sup>164</sup> Véase: COASE, Ronald H. "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics*, Volume III, October 1960, pp. 1-44. También en: COLEMAN, Jules & Jeffrey LANGE (ed.). *Law and Economics*, Volume I. Cambridge: University Press / Dartmouth, 1992, pp. 3-46. Por lo tanto, siguiendo el teorema de Coase, las decisiones eficientes serán elegidas por los propios agentes quienes mediante acuerdos voluntarios llegarán a definir una decisión eficiente. En caso de encontrarnos en una situación de costos de transacción altos o prohibitivamente altos entonces la mejor decisión que asegure que asegure la maximización de beneficios sociales sería es establecimiento de una solución legal.

En un sistema hereditario legitimario –a la que también podría llamarse sistema hereditario de restricción testamentaria– la preferencia del testador puede demostrarse mediante una mejora en la legítima de sus familiares directos o quizás en parte de la herencia a favor de alguna persona; sin embargo, en su mayoría demuestra una preferencia del legislador antes que una preferencia del causante. En cambio, en un sistema hereditario de libertad testamentaria, el causante puede expresarse plenamente y demostrar sus preferencias que pueden ser, incluso, por la totalidad de la herencia.

En un sistema hereditario de restricción testamentaria, la herencia enorme debe dividirse del mismo modo que se divide una herencia pequeña. En cambio, en el sistema hereditario de libertad testamentaria, tanto la herencia enorme como la herencia pequeña pueden o no dividirse, y se acomoda a las necesidades del causante, quien suponemos es el más indicado para tomar una decisión sobre a quién transmitir su herencia.

Los partidarios del sistema hereditario legitimario desconocen estas distinciones económicas y centran su ataque a la primacía de la preferencia del propietario en el sistema de libertad testamentaria y denuncian que obraría en forma contraria a los criterios de justicia socialmente aceptados, generando desigualdad entre sus propios descendientes.

### **C. Los aportes de Menchik**

Suponiendo que los descendientes, como toda persona, son sujetos racionales, y entonces, son maximizadores de beneficios; podemos, desde luego, predecir su conducta. Los descendientes del causante al conocer que el causante puede otorgar su herencia a quien prefiera, entonces, asistirán a una competencia por conseguir tanto la preferencia del causante como la herencia del mismo. Y es admirablemente esclarecedora la conclusión a la que arriba Paul MENCHIK, quien luego de analizar detalladamente los índices de riqueza entre las familias de tres y dos hijos y de cómo había sido dividida la herencia en el sistema del *common law* con su sistema de herencia libre, el estudio abarcó desde herencias pequeñas hasta grandes herencias, y concluye que “In most cases the children received equal, or within one

porcentaje point of equal, shares",<sup>165</sup> es decir, en un sistema de libertad testamentaria al estilo norteamericano los porcentajes que se reparten de la herencia entre sus hijos son iguales.

Llama mucho la atención que en un sistema como el norteamericano caracterizado por una libertad testamentaria que las familias dividan su herencia entre sus hijos en forma equitativa. Lo que significa que la implantación de un sistema de *free bequest* no afecta la distribución igualitaria de la heredad. Adicionalmente, concluye MENCHIK que "The evidence on devolution patterns of business assets suggests that the son is more likely to inherit a family business if it is owner-operated".<sup>166</sup> Lo que demuestra que en un sistema de libertad testamentaria se beneficia la especialización y el trabajo, así como también supone un reconocimiento de los padres hacia sus hijos que han heredado sus gustos, preferencias y sentimientos sobre algún negocio familiar.

MENCHIK tiene el mérito de llevar su investigación al problema de los sexos. Las herencias dejadas por los varones tienden a inclinarse a preferir a uno de sus hijos, mientras que los de las mujeres tienden a distribuir sus bienes de manera igualitaria (<sup>167</sup>). Esta manera de distribución está basada en el tipo de amor que cada sexo tiene y que fue ya estudiada por los trabajos de Erich FROMM donde el amor de las madres es incondicional y quiere a todos sus hijos por igual mientras que el amor del padre es condicionado y quiere a un hijo por encima de los demás (<sup>168</sup>). La legítima supone un atavismo de un sistema esclavista y donde la presencia del hombre es marcada en la vida política y jurídica de la sociedad. Los tiempos cambian y han cambiado y ahora tienen derecho las mujeres, en este sentido, la mujer también debe reconocérsele el derecho tanto como a los hombres. La legítima podría llegar a ser tachada como una norma sexista pues sólo afectaría al hombre.

---

<sup>165</sup> MENCHIK, Paul L. "Primogeniture, Equal Sharing, and the U.S. Distribution of Wealth", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 94, nº 2, 1980, p. 314.

<sup>166</sup> *Ib.*, pp. 314-315.

<sup>167</sup> *Ib.*, p. 318.

<sup>168</sup> FROMM, Erich. *El arte de amar. Una investigación sobre la naturaleza del amor*. Barcelona / Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica, S. A., y Editorial Paidós, SAICF, 1959. Allí podemos leer: "El amor paterno (...) El padre es el que enseña al niño, el que le muestra el camino hacia el mundo (...) Cuando surgió la propiedad privada, y cuando uno de los hijos pudo heredar la propiedad privada, el padre comenzó a seleccionar al hijo a quien legaría su propiedad. desde luego, elegiría al que consideraba mejor dotado para convertirse en su sucesor, el hijo consideraba mejor dotado para convertirse en su sucesor, el hijo que más se le asemejaba y, en consecuencia, el que prefería (...) El amor paterno es condicional (...) debe ganarse (p. 49).

Si existe el recelo que en libertad testamentaria, el propietario se guíe por sus preferencias y así afectar a sus parientes cercanos esto tiene un sustento que en el fondo supone que el hombre muchas veces puede ser irracional. Este pensamiento es contrario al pensamiento del AED, que lo supone siempre racional, busca siempre maximizar sus beneficios y minimizar sus costos.

Al conocer los parientes cercanos la posibilidad de ser desheredados para el momento X (Mox) que es el de la muerte del propietario, la mejor alternativa posible sería ganar el cariño del propietario. De esta manera, tanto el hijo como la madre tratan de ganar el cariño de su causante en un momento anterior a su muerte X menos 1 (Mo x-1) pero como no se conoce con certeza el momento del fallecimiento entonces sigue retrocediendo la búsqueda del cariño X menos 2, X menos 3; y así sucesivamente (Mo x-2; Mo x-3,...) De tal manera, que este momento se retrotrae hasta el momento en que se toma conciencia de este hecho. De este modo, incentivamos la búsqueda del cariño entre el causante y su hijo; y, entre el causante y su esposa. Como entre ellos son causantes y posibles herederos, entre ellos se realizará una búsqueda del cariño mutua. En estas condiciones, si se desconfía del carácter del causante y que éste juegue una "mala pasada" al final de su vida y termine otorgando su herencia a un extraño, se puede refutar a estos escrúpulos que la búsqueda primigenia del cariño de los legitimarios en momentos anteriores a su muerte alertará a los hijos y a la madre sobre la posible decisión del propietario, pues el conocimiento de su conducta no será para ellos nada extraño.

Si lo han conocido de toda una vida, y siempre tomó el mejor camino para ellos y no creían que los iban a desheredar, entonces, con mayor razón es para creer que el desheredarlos es lo mejor que el propietario podía hacer por los que le sobreviven. Y es que la búsqueda del cariño reduce las asimetrías de información entre las personas. Cada uno busca conocer los gustos, sentimientos, valores y pasiones de la otra persona para agradarle y si esto se realiza mutuamente entonces tendremos una sociedad más cohesionada. Luego, si decimos que la justicia es el punto de equilibrio de los intereses en conflicto dentro de una sociedad y que se llega a este punto conociendo los gustos, preferencias, sentimiento y valores de los grupos de interés que componen la sociedad podemos decir que el sistema de herencia libre es el sistema más justo, incluso más justo que el de la legítima.



De tal forma, las posiciones que sostienen una herencia libre como fuente de desigualdades e injusticias caen en el error de considerar una relación estática de las relaciones sociales donde los individuos no reaccionan ante la norma como pueden reaccionar ante el cambio en el precio de un producto. Es decir, una visión estática de la sociedad no toma en cuenta la capacidad de respuesta de los agentes implicados en el esquema al cambio en las condiciones

#### **D. Sistemas de representación de los derechos de propiedad**

Para Hernando de SOTO<sup>169</sup> la propiedad es un sistema de representación. La propiedad como todo sistema de representación ha sido creada para facilitar la vida del hombre.<sup>170</sup> De esta manera, el hombre puede crear capital y así desarrollo. En otras palabras, uno no sólo posee una casa sino que con el título de propiedad de la casa la posesión se protege como propiedad jurídica en forma clara y precisa y de esta manera, esta representación lo convierte a la propiedad en capital capaz de generar más capital, pues la casa se convierte en mecanismo de financiamiento. Este es el proceso que nos explica Hernando de SOTO y por eso nos dice que: "El sistema de propiedad es mucho más que la condición de dueño: en verdad se trata de la arquitectura oculta que organiza la economía de mercado de cada uno de los países de occidente."<sup>171</sup> Asimismo, afirma de SOTO que "la propiedad no es un simple papel, sino también una herramienta mediadora que captura y almacena la mayoría de material requerido para lograr que la economía de mercado fluya".<sup>172</sup>

En conclusión, la ley impide o dificulta la transformación de los derechos de propiedad en capital, pues su representación no está en coincidencia con la realidad, principio fundamental para su conversión en capital: seguridad.

---

<sup>169</sup> SOTO, Hernando de. "La ley y la propiedad fuera de Occidente: algunas ideas para combatir la pobreza". En: *Themis - Revista de Derecho*, n° 48, segunda época. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

<sup>170</sup> Los sistemas representativos [o sistema de representación, léase también "mecanismos de representación"], tales como la matemáticas [el lenguaje] o la propiedad integrada, nos ayudan a manipular y ordenar las complejidades del mundo para que todos podamos entenderla u nos permite comunicarnos sobre asuntos que de otra manera no podríamos manejar. Cf. SOTO, Hernando de. "La ley y la propiedad fuera de Occidente: algunas ideas para combatir la pobreza". En: *Themis - Revista de Derecho*, n° 48, segunda época. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 19.

<sup>171</sup> SOTO, Hernando de. "La ley y la propiedad fuera de Occidente: algunas ideas para combatir la pobreza". En: *Themis - Revista de Derecho*, n° 48, segunda época. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 16.

<sup>172</sup> *Ib.*, p. 18.

Con todas estas razones entendemos por qué testar es un asunto difícil para la gente de a pie. Su falta de simplicidad es la causa de la necesidad de un abogado para disponer de su propiedad.

Cuando revisamos los argumentos a favor de la legítima solemos encontrar un fundamento que nos dice que la legítima fue hecha para hacer desaparecer a la aristocracia. Este objetivo tiene un problema y es que si, como sucede el moderno Estado democrático, una regla general y abstracta se aplica a todos por igual, lo que afecta a uno le afecta a todos. Si la legítima busca destruir a la aristocracia esta regla también destruye, aunque no quiso buscar esta destrucción –efecto primario–, a los que no son aristócratas –efecto secundario–. Y si a todos les afectamos por lo mismo seguimos manteniendo las mismas diferencias entre los aristócratas y no-aristócratas.<sup>173</sup>

### **E. Clasificación de los sistemas hereditarios**

Hemos reconocido en el s. XX y hasta la fecha dos grandes sistemas históricos sobre el tratamiento de la herencia. El primer sistema es el de posibilidad de la herencia al cual llamamos sistema hereditario. El segundo sistema es el que no da posibilidad a transmitir los bienes *mortis causa*, que es el sistema ruso o soviético.<sup>174</sup> El sistema hereditario a su vez la podemos dividir en dos: el *free bequest* y la legítima. El sistema legitimario, a su vez, puede dividirse en dos sistemas: el sistema legitimario puro y el sistema legitimario compartido. El sistema legitimario puro se trata de aquellos sistemas legales que disponen de toda la herencia a favor de los legitimarios, mientras que el sistema legitimario compartido es aquel sistema que comparte tanto una cuota legitimaria como una de libre disposición. Este sistema legitimario compartido a su vez puede ser dividido en tres subsistemas: un subsistema legitimario compartido de alta participación legitimaria, que usualmente está por encima del 50%; subsistema legitimario compartido de baja participación legitimaria, por debajo del

---

<sup>173</sup> Existe la misma proporcionalidad de 100 a 10 –es decir, del 10%– como si dividimos entre 5 a ambos: 20 (=100/5) y 2 (=10/5). Sigue manteniéndose el 10%, la sociedad dividida en clases no cambia: sigue igual, por tal motivo la legítima fue preferida pues seguía manteniendo lo mismo pero con un matiz revolucionario –es la modernización tradicionalista de la que afirma Fernando de TRAZEGNIES–. La diferencia sería en el número de hijos, por lo que existirían unos incentivos perversos para no tener hijos en las familias que deseen seguir siendo aristócratas, mientras que los pobres tienen un alto grado de natalidad.

<sup>174</sup> Nuestro objeto de estudio se centra en el primer sistema y es allí donde nos enfocaremos, pues nuestra intención es desarrollar las semejanzas entre el sistema romano-germánico con el *common law*.

50%; subsistema compartido legitimario-paternal, que es del 50% y que usualmente se les concede a los legitimarios cuando sólo concurren los padres.

En la tradición jurídica del *common law* distinguen entre el *free bequest* y el *conditional bequest*.<sup>175</sup> En cambio en familias jurídicas romano-germánicas se conocen los sistemas de libertad testamentaria y el sistema legitimario o de restricción testamentaria. La legítima para la literatura del *common law* se la conoce como el sistema hereditario del *conditional bequest*.<sup>176</sup> Mientras que el sistema hereditario de libertad testamentaria, en el *common law* se le denomina sistema de *free bequest*.<sup>177</sup>

La diferencia entre los dos principales sistemas, *common law* y romano-germánico, se encuentra en el énfasis que le dan a la producción y a la distribución. Los afiliados al *common law* se empeñan en conseguir una eficiencia en la producción, mientras que sus contrapartes romanista-germánicas o continentales se empeñan en conseguir una eficiencia distributiva.<sup>178</sup> ¿Cuál de las eficiencias debemos elegir? Todo depende hacia dónde queramos ir.

Si nuestra meta es lograr solo la igualdad, los sistemas hereditarios legitimarios pueden procurarnos una mayor igualdad en la distribución de los recursos mortis causa entre los herederos. Aunque el mejor sistema para la lograra la eficiencia en la distribución es el sistema soviético o sistema de prohibición hereditaria. El problema de este sistema es que crea demasiada propiedad común que incrementa el costo social del uso de los recursos y como tales, el incremento de los costos de transacción que, a su vez, determinaron la caída del sistema soviético. Un sistema semejante pero que no logra la eficiencia distributiva es el sistema hereditario legitimario, pero que al igual que el anterior genera propiedad común y comparte algunos vicios de los bienes públicos como la aparición de conductas oportunistas. El sistema de libertad testamentaria que coloca como eje central a la eficiencia de producción favorece el surgimiento de propiedad privada en forma eficiente.

---

<sup>175</sup> En cambio, WEDGWOOD diferencia entre los dos sistemas como de *freedom of disposition* y por el otro como *continental laws of inheritance*. Refiriéndose por el primero al sistema de herencia libre mientras que el segundo de ellos es de herencia forzada. También es conocido como *legitime*. Véase, v. gr.: WEDGWOOD, J. "The Influence of Inheritance on the Distribution of Wealth", *The Economic Journal*, vol. 38, n° 149, 1928, p. 48.

<sup>176</sup> Aunque definitivamente ellos conocen nuestro sistema por la palabra: "*legitime*".

<sup>177</sup> Ver: WEDGWOOD, J. "The Influence of Inheritance on the Distribution of Wealth", *The Economic Journal*, vol. 38, n° 149, 1928, p. 38.

<sup>178</sup> *Ib.*

Otra forma de clasificación de los sistemas hereditarios legitimarios se basa en los legitimarios. Si este legitimario es uno sólo de los hijos, se convierte en un privilegio propio de la edad feudal. Existe dos formas de sistemas hereditarios legitimarios feudales: la primogenitura o mayorazgo y el minorazgo, que fuera practicado en algunos pueblos sajones. Por el mayorazgo el hermano mayor recibía toda la herencia y se encargaba de administrarla para la siguiente generación. De igual manera el minorazgo, en donde se le entregaba la custodia de los bienes familiares al hijo menor de la familia para que los conserve de generación en generación.

Ahora bien, si nuestro objetivo es lograr solo la eficiencia. En primer lugar tenemos al sistema de herencia forzada concentrada pero solo en la modalidad de elección de un solo heredero entre una lista legalmente muy limitada como la de las Granjas Hereditarias del Tercer Reich. En segundo lugar tenemos la herencia libre. En tercer lugar la herencia forzada concentrada tanto del hijo mayor como del hijo menor donde por lo menos sabemos que es uno al que se le incentiva negativamente para trabajar e interesarse por aquello que será suyo, en cambio los hermanos menores o mayores, según sea el sistema, gozarán de mayor libertad de acción. En cuarto lugar está la herencia difusa. Y en último lugar, el sistema de prohibición de herencia. Esta eficiencia se mide en los incentivos de cada individuo para sumar su esfuerzo y trabajo y aumentar el beneficio total social, siendo estos menos cuando menos se internalice el esfuerzo y viceversa cuando existen derechos de propiedad que aseguren al individuo que su esfuerzo será internalizado por él o por su familia.

Finalmente, lo que interesa es combinar tanto la eficiencia con la igualdad y aunque parezca imposible debido a que la eficiencia y la igualdad son disímiles son valores contrarios podemos valorarlos de esta manera según el grado de incentivo y de igualdad que puedan lograr. En primer lugar consideramos al sistema de herencia libre, pues descansa en el sistema de valores de la sociedad, no por el hecho de ser libre el sistema significa que los padres dejarán de dar proporcionalmente su herencia a sus hijos y viceversa; y este sistema nos permite asegurar que por lo menos en las veces que sea necesario será legado a cuantos pueda beneficiar en la mayor medida posible. Luego tenemos el sistema de herencia forzada de difusión.<sup>179</sup> En tercer lugar el sistema

---

<sup>179</sup> MENCHIK, Paul L. "Primogeniture, Equal Sharing, and the U.S. Distribution of Wealth", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 94, nº 2, 1980, p. 299.

de herencia forzada a la concentración. En último lugar tenemos el sistema de herencia prohibida pues la eficiencia de este sistema es nula por cuanto los incentivos para esforzarse y trabajar se reducen y se basa en considerar al hombre como un esclavo de la sociedad, donde si bien es el sistema que produce mayor igualdad esta igualdad no produce frutos y lleva a la insatisfacción de cada uno de los individuos de la sociedad y con ello crea un mayor nivel de conflictos de aquel nivel deseado.

### III. EFICIENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

RUBIN y luego PRIEST señalan que “cuanto más ineficiente es una disposición legal, tanto mayor será la probabilidad de que sea impugnada a través de los juicios, ya que los beneficios de la entrada a juicio con respecto a arreglos fuera de los juzgados serán también mayores”.<sup>180</sup> Antes de entrar a juicio el arreglo estará caracterizado por una gran diferencia o distanciamiento entre las ofertas mínimas de los demandantes y las ofertas máximas de los demandados. Así el demandante puede pedir 100 pero el demandado puede ofrecer como mínimo 150, de esta forma, los arreglos, al que lleguen las partes, son fáciles de alcanzar. Las normas eficientes posibilitan la negociación y evitan el juicio –léase proceso.<sup>181</sup>

Nos importa resaltar este hecho. Las normas eficientes son aquellas que evitan juicios. La legítima hace que los posibles testadores evalúen la necesidad de hacer o no un testamento. En nuestro sistema, si el posible testador desea hacer una repartición igual a la que se lograría mediante una sucesión intestada, no le interesa mucho testar. De esta manera, se utiliza el proceso judicial para iniciar la sucesión. La legítima es un costo que es externalizado y que es internalizado por el Poder Judicial, en perjuicio de los litigantes. Un Poder Judicial con escasos recursos que hace frente a esta sucesión intestada.

---

<sup>180</sup> RUBIN y PRIEST citados por ROEMER, op. cit., p. 90.

<sup>181</sup> Algo similar se observa en la película *A Civil Action*, donde se logra ver los arreglos a los que llegan las partes y donde se entiende que los juicios son solo para los “tontos”; y donde se trata de demostrar y probar no al juez sino a la otra parte. De esta manera, se arreglan las disputas, con reglas claras.

La legítima incentiva a las personas ir a juicio. La norma ineficiente de la legítima se caracteriza por crear externalidades a los usuarios del Poder Judicial. En un país en desarrollo con pocos recursos la administración de justicia que ya es costosa y se piensa aún en que todo debe pasar por la supervisión de un juez para que sea justo. Este sistema crea costos que son pagados por todos, por las escuelas que no se construyen, por los maestros que exigen sueldos más elevados, por el sector salud, seguridad, etc. No podemos entender cómo el Estado gasta recursos cuando hay soluciones que internalizan el costo de asignar la propiedad y no la de reasignar que eso es más oneroso. La idea es internalizar las externalidades que genera no la libertad del testador sino la libertad del heredero.

Las normas más eficientes son aquellas que son autoejecutables, puesto que se minimiza el costo de ejecución. La mejor forma de hacer una sucesión autoejecutable es que se realicen testamentos y que estos no tengan que pasar por una aprobación judicial. Los testamentos deciden la asignación de una manera más directa y sin intervención de la burocracia judicial.

En el *common law* pareciera que las normas más eficientes son aquellas que menos se usan en los juicios. Así lo recuerda ROEMER cuando comentando este hecho dice: “cuando se echan abajo disposiciones ineficientes y se sustituyen por antecedentes eficientes, será menos probable que los nuevos antecedentes sean litigados en casos sucesivos”.<sup>182</sup>

## **A. La funcionalidad de la legítima: sistema de transmisión intergeneracional**

### **1. El aporte de Wedgwood**

Al utilizar el método contrafactual, es decir, responder a la pregunta *¿qué pasaría si la legítima no existiera?* Una respuesta sugerente nos la revela WEDGWOOD, “... if inheritance were abolished tomorrow, the children of well-to-do parents would still have superior economic advantages, in so far as they were brought up in a

---

<sup>182</sup> ROEMER, op. cit., p. 90.

healthier environment, better educated and better connected, than the children of the poorer classes.”<sup>183</sup>

La respuesta dada por WEDGWOOD nos orienta en un sentido, nos hace comprender que existe una diferencia inicial y que la legítima también crea una igualdad dentro de la familia pero no de la familia respecto de la sociedad. Ergo, lo que se plantearía para la familia también debiera plantearse para la sociedad como una familia mayor. La educación, el ambiente, la experiencia, la mentalidad son distintas en la sociedad, esa a es una desigualdad.<sup>184</sup>

Si no existiera la herencia los padres buscarían otras formas de mejorar la posición de sus hijos mientras puedan manejar sus recursos. Los sustitutos del mercado de la herencia son los contratos de donación inter vivos, la formación de fiducias a favor de los herederos.

En realidad la herencia forma parte de un sistema mayor que es el de las transferencias intergeneracionales.<sup>185</sup> Una generación puede transferir a la siguiente los recursos ahorrados –riqueza– mediante: (i) donaciones; (ii) donaciones implícitas; (iii) tutela educativa o alimentos; (iv) transferencias de negocios; y, (v) herencias.

## 2. El aporte de Kotlikoff

<sup>183</sup> WEDGWOOD, J. “The Influence of Inheritance on the Distribution of Wealth”, *The Economic Journal*, vol. 38, n° 149, 1928, p. 39.

<sup>184</sup> El director holandés Mike van Diem en su film *Karácter* nos muestra que los padres no sólo transmiten bienes, derechos y obligaciones sino también, algo quizás mucho más importante: Carácter. Al igual que esta transmisión de conocimientos los padres también dan educación a sus hijos y esa es una forma en que el dinero de la herencia se va gastando a favor de uno u otro hijo sin que pueda ser, finalmente, entrar en la colación.

<sup>185</sup> Véase, e.g.: KOTLIKOFF, Lawrence J. “Intergenerational Transfers and Savings”, *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 2, n° 2, 1988, pp. 41-58; BECKER, Gary S., “A Theory of Social Interactions”, *Journal of Political Economy*, 1974, vol. 82, n° 6, pp. 1063-1094; BECKER, Gary S. & Nigel TOMES, “An Equilibrium Theory of the Distribution of Income and Intergenerational Mobility”, *Journal of Political Economy*, 1979, vol. 87, n° 6, pp. 1153-1189; BECKER, Gary S. & Nigel TOMES, “Child Endowments and the Quantity and Quality of Children”, *Journal of Political Economy*, 1976, vol. 84, n° 4, Part 2: Essays in Labor Economics in Honor of H. Gregg Lewis, pp. S143-S162; BERNHEIM, B. Douglas, “Dissaving After Retirement: Testing the Pure Life Cycle Hypothesis”, In *Issues in Pension Economics*, National Bureau of Economic Research, Chicago: University of Chicago press, 1986; BERNHEIM, B. Douglas, “The strategic Bequest Motive”, *Journal of Political Economy*, 1985, vol. 93, n° 6, pp. 1045-1075; BEVAN, D. & Joseph STIGLITZ, “Intergenerational Transfers and Inequality”, *The Greek Economic Review*, 1979, vol. 1, n° 1; DAVIES, James, “Uncertain Lifetime, Consumption, and Dissaving in Retirement”, *Journal of Political Economy*, 1981, vol. 89, n° 3, pp. 561-577; DIAMOND, Peter A., and Jerry HAUSMAN, “Individual Retirement and Saving Behavior”, *Journal of Public Economic*, 1984, vol. 23, n° 1, Part. 2, pp. 81-114; HAYASHI, Fumio, “Why is Japan’s Saving Rate So Apparently High?”, National Bureau of Economic Research *Macroeconomics Annual*, 1986. Cambridge: The MIT Press, 1986; HURD, Michael, “Savings and Bequest”, National Bureau of Economic Research Working Paper n° 1826. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1986.

El modelo de las transferencias intergeneracionales que no es más que una distribución no es más que una distribución entre las generaciones y que nos trata de explicar el por qué la gente ahorra. Y parte del supuesto que para entender por qué la gente distribuye su riqueza a la generación siguiente es preciso comprender y conocer las causas por las cuáles la gente ahorra. Según este modelo el ahorro, la inversión y la distribución estarían íntimamente vinculados. Según KOTLIKOFF, existen pruebas que demuestran que las transferencias intergeneracionales juegan un rol importante y quizás preponderante en la acumulación del capital.<sup>186</sup> Sin embargo, como el mismo KOTLIKOFF advierte, esto no significa que transferencias intergeneracionales como donaciones y herencias sean las principales causas de ahorro. Un propietario no ahorra para dejarlo a alguien más al final de su vida. Un propietario no invierte en la propiedad con la finalidad de no disfrutarlo él en vida.

Nuestra legislación al prohibir el mercado del cariño, del afecto y del amor en materia de herencias y liberalidades no hace desaparecer la demanda que se tiene de recompensar a quien uno ama y de castigar a quien uno no ama. Esta demanda entonces se traslada a sus sustitutos más cercanos. Estos sustitutos son las donaciones que también se encuentran reguladas para que no se disponga más de lo que el propietario puede disponer libremente por testamento. Como las donaciones siguen siendo controladas y limitadas, la demanda nuevamente se vuelve a trasladar y encuentra en las donaciones ocultas el mejor medio de satisfacer su necesidad. Estas donaciones ocultas se esconden del control con lo que se elevan los costos de control y monitoreo para detectar estos tipos de donaciones inoficiosas que son ocultas. La búsqueda de pruebas, medios de prueba es cara, lo que limita a los legitimarios poder realizar un reclamo.

Por otro lado la tutela educativa no se encuentra regulada aún cuando se establezca que los alimentos del mayor de dieciocho años “sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas”,<sup>187</sup> la educación comprende

---

<sup>186</sup> KOTLIKOFF, Lawrence J. “Intergenerational Transfers and Savings”, *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 2, n° 2, 1988, p. 41.

<sup>187</sup> Código Civil peruano de 1984, artículo 473.º



los alimentos cuando el alimentista sea menor de edad,<sup>188</sup> entonces, ¿los legitimarios no beneficiados con estos alimentos –educación costosa– pueden reclamarlos?

Las donaciones ocultas es el mejor camino para redistribuir la herencia despojando de su legítima a ciertos legitimarios. Estas donaciones pueden ser a través de préstamos con interés cero, entregas «ocultas» de dinero, préstamos simulados o préstamos de «me pagas cuando puedas». El efecto directo de estas donaciones implícitas es que reducen efectivamente el patrimonio de la herencia y sus costos para exigirlos en colación son altos. Si los padres deciden favorecer a un hijo y perjudicar al otro, estarían dispuestos, dados los incentivos del sistema a vender su casa que representa todo su patrimonio y el dinero sería entregado al hijo favorecido. El dinero es más difícil de controlar.

En cuanto a la transferencia de la dirección de los negocios. Cuando el padre inserta en los negocios a los hijos, los pone a trabajar en el negocio, es un aprendizaje que al momento de recibir la herencia, cuenta con una ventaja sobre quien no lo recibió. O cuando los padres les dan acciones de la empresa o forman parte de la empresa como gerentes, administradores, o cualquier otro cargo. En estos casos pueden que sea posible una limitación para efectos de la colación y sería preciso cuál fue el esfuerzo del propio muchacho y cuál es lo dado en forma gratuita por el padre. Este sistema sin embargo produce externalidades, pues el nepotismo del padre le puede hacer perder eficacia a la empresa. Veamos qué dice POSNER al respecto,

Otro procedimiento para la transferencia de riqueza también eluden la tributación de las donaciones: un impuesto podría desalentar al padre para regalar a su hijo un millón de dólares, pero no le impedirá nombrar al hijo vicepresidente ejecutivo de su compañía. Esta forma de donación tiene un costo, a diferencia de lo que ocurre con una simple transferencia de efectivo. El nepotismo podría reducir la productividad de la compañía, creando una externalidad...<sup>189</sup>

En un sistema estático la conducta de un oferente no afecta la conducta de los demás oferentes. En cambio, en un sistema dinámico la conducta de uno de los oferentes influye en la conducta de los demás oferentes. Lo mismo sucede cuando se piensa que la desaparición de la legítima y su paso a un sistema de libertad testamentaria perjudicarán a los que hasta ahora son herederos forzosos y es que se

---

<sup>188</sup> *Ib.*, artículo 472.º

<sup>189</sup> POSNER, *El análisis...*, op. cit., p. 477.

piensa que el cambio les afectará y se piensa que no tienen capacidad de respuesta. Sin embargo, los familiares cercanos gozan de capacidad de respuesta y son ellos, los mismos familiares cercanos quienes van a proteger sus propios intereses. El temor al cambio es quizás infundado desde el momento que nosotros notamos que los familiares cercanos son los que mejor capacidad de respuesta tienen.

WEDGWOOD había notado en su trabajo que el tamaño de la fortuna influenciaba en el número de hijos. Si la fortuna era cuantiosa, el número de hijos disminuía y viceversa. La menor tasa de natalidad en el seno de las familias acomodadas originó una concentración de la riqueza. Había la tendencia para tener un hijo que sea el único heredero recibía todas las propiedades, mientras que familias con bajos ingresos lograban mayor número de hijos a quienes se les dejaba de la manera más igualitaria posible lo poco que tenían.<sup>190</sup> Las conclusiones a las que arriba WEDGWOOD son interesantes de hacer notar:

Hence the conclusions I have drawn are necessarily provisional and indefinite. Re-stated briefly in broad terms they are as follows: –that, in this country at any rate, the larger fortunes are left, in the great majority of cases, by those who received the larger inheritances; that rich persons, who have not received any considerable portion of their property by way of inheritance, gift or marriage, are a minority of their class; and that unequal amounts acquired by industry and saving are closely related to unequal inheritances.<sup>191</sup>

El trabajo realizado por WEDGWOOD en la década del veinte del siglo pasado consideraba al matrimonio por conveniencia como una forma de incrementar el patrimonio familiar y asegurar el bienestar de la familia. De las conclusiones por él anotadas podemos extraer las siguientes relaciones directas, a mayor fortuna recibida en herencia, aumenta la posibilidad de dejar grandes fortunas también por herencia y con una mayor igualdad. A su vez, si la fortuna es grande debida al esfuerzo en la industria y al ahorro y no a la posesión de tierras, las herencias son distribuidas de manera desigual al momento de la herencia. Cuando el criterio es la familia, la mayor igualdad están presente; cuando el criterio es el esfuerzo hay menor igualdad. De esta forma, a menor esfuerzo en la formación de la fortuna, mayor igualdad al momento de repartir la herencia en forma libre; a mayor esfuerzo, menor igualdad.

---

<sup>190</sup> *Vid.* WEDGWOOD, J. "The Influence of Inheritance on the Distribution of Wealth", *The Economic Journal*, vol. 38, n° 149, 1928, p. 53-54.

<sup>191</sup> *Ib.*, p. 55.

Una de las razones que a la jubilación se le llame la «edad dorada» es que a esa edad uno puede gastar todo lo que ha ahorrado durante su vida. Y es que a esa edad, el rendimiento es menor por lo que seguir laborando es costoso. En tal sentido, el tiempo libre se convierte en un valioso bien que puede ser, ahora, finalmente, aprovechado para realizar una serie de actividades de recreo y diversión, viajes, paseos, reuniones, compras, etc.

The essential prediction of the life cycle theory is that people save to prepare for their retirement when they must dissave and consume. Without periods of retirement, or least, significant decreased labor earnings at the end of life there is no life cycle motive for saving.<sup>192</sup>

Como sostiene KOTLIKOFF, sin jubilación no hay motivo de ahorro. La jubilación no es sino la posibilidad de gastar, de disfrutar del tiempo necesario para el consumo. La jubilación es el momento de gastar. De esta forma las personas aguardan su jubilación para gastar y disfrutar del consumo.<sup>193</sup>

KOTLIKOFF al analizar el sistema de herencia libre en el *common law*, donde el sistema de propiedad privada se defiende coherentemente y no es sólo una administración para su heredero. Este sistema le impulsa a trabajar fervientemente durante toda su vida para que al final de ella pueda disfrutar cómodamente de ella. Lo que no sucede en nuestro país, pues el sistema jurídico incentiva, aunque no era esa su intención pues no hubo un análisis económico en este sentido, que las personas no ahorren y que esperen la herencia del familiar cercano, como la mejor posición es el de esperar la herencia, todos quieren ser herederos, mientras que nadie quiere ser testador. El trabajo y el esfuerzo están mal pagados por el sistema jurídico si se refiere al sistema de incentivos.

Las variables que nos da KOTLIKOFF son tres, el lapso de vida, los ahorros y el tiempo para disfrutar de los ahorros. Si el tiempo que se espera vivir es poco entonces parece no existir incentivos para ahorrar pues el tiempo de disfrutar del ahorro se reduce. Del mismo modo, cuando el tiempo o expectativa de vida se eleva también lo hace la posibilidad de hacer ahorros pues el tiempo de disfrutar los ahorros

---

<sup>192</sup> *Ib.*, pp. 52.

<sup>193</sup> Véase: KOTLIKOFF, Lawrence J. "Intergenerational Transfers and Savings", *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 2, n° 2, 1988, pp. 52.

es mayor.<sup>194</sup> Esto significa que en un sistema de herencia libre los ahorros aumentan con la expectativa de disfrutar más con los ahorros propios y disminuyen cuando se espera disfrutar menos.

Si nosotros cambiamos en el *common law*, siguiendo el pensamiento de KOTLIKOFF, el sistema de herencia libre por el sistema de herencia forzada con legítima, nosotros reducimos los incentivos para el ahorro. Ahora, las personas no ahorran, el consumo es del día. El ahorro no sería internalizado en el futuro. Pues, acaso el heredero forzoso tiene el derecho para pedir que sus causantes solo gasten los dos tercios de su sueldo. Sistema como el de la legítima, en el pensamiento de KOTLIKOFF, incentivan el consumo y reducen el tamaño de las herencias. Al reducir el tamaño de las herencias, las personas allegadas al causante no tendrían los incentivos necesarios para esperar la herencia, entonces se pondrían a trabajar. Este tipo de sistemas benefician el corto plazo sacrificando el largo plazo pues no hay acumulación de capital, necesaria para grandes inversiones.

Si definimos como sistema altruista aquel que trata de mejorar la condición económica de quienes menos tienen, entonces, un hijo se le dejaría más y a otro menos lo que sería una distribución desigual. Por consiguiente, para un sistema altruista el tamaño de la herencia está determinado por la situación económica del hijo.<sup>195</sup>

Es interesante la conclusión a la que llega KOTLIKOFF cuando nos dice que, refiriéndose a los hijos del causante en un sistema de herencia libre, el temor de ser desheredados les hace pasar más tiempo con sus padres,

Bernheim, Shleifer, and Summers (1985) report that in settings with two or more children, children of richer parents spend more time with their parents than children of poorer parents. In contrast, they find no significant impact of parental wealth on the visitation of only children. The authors view these findings as strong support for their model in which parents with two or more children credibly threaten to disinherit those children who are insufficiently attentive. These findings, while suggestive, must be viewed as preliminary; further analysis, taking account of childrens' own wealth position, is need.<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> *Ib.*, p. 52.

<sup>195</sup> *Ib.*, p. 53.

<sup>196</sup> *Ib.*, p. 55.

De esta manera, podemos hallar una serie de relaciones directas entre el tiempo que pasan los hijos con sus padres y la cantidad de la riqueza de los padres, siempre en un contexto de temor a perder la herencia y de una situación necesitada del hijo por la herencia. Así, mayor tiempo pasarán con sus padres los hijos cuando mayor sea la riqueza de sus padres y viceversa, cuanto menor sea la riqueza de los padres menor será el tiempo que pasan los hijos con sus padres. En conclusión, en un sistema con herencia libre los padres pobres pasarían menos tiempo con sus hijos mientras que los padres ricos pasarían mayor tiempo con ellos, lo que significa que ser pobre en un sistema de herencia libre, si uno ama a sus hijos no es el más conveniente, entonces hay incentivos para esforzarse y trabajar con la finalidad de pasar más tiempo con sus hijos.

En cambio, ¿qué sucede en un sistema con legítima? Siguiendo el mismo razonamiento planteado por KOTLIKOFF, los hijos pasarán menos tiempo con sus padres, sean estos ricos o pobres pues reciben lo mismo, el número de visitas a los padres no aumenta su porción en el momento de la herencia –ciertamente, no contamos con una mejora de los padres, sobre el tercio de su disposición pero que en nada modifica el modelo pues el hijo puede sentirse contento y satisfecho con su parte sea esta o no aumentada por el tercio de libre disposición–.

Y, ¿cómo llegamos a esta conclusión? Pues, primero partamos del hecho que bajo un régimen de legítima todos los hijos reciben lo mismo. Pasar menos tiempo con sus padres no disminuye su porción de la herencia. En general, pasar más tiempo con sus padres tampoco mejora su posición. Es decir, pasar tiempo con los padres es más costoso que beneficioso por lo que se pasa menos tiempo con ellos, sean estos ricos o pobres, pues hay un costo de oportunidad, es como hacer dos trabajos al mismo tiempo. Si el viernes un individuo tiene el tiempo para dedicarse a un trabajo especial o de ir a visitar a sus padres, la legítima crea la ficción que el sujeto ha ido a visitar a sus padres mientras él trabaja, lo cual es beneficioso para el sujeto sin tomar en cuenta los costos de su decisión. Diríamos que incentiva el trabajo, a menos que el ocio sea más gratificante que visitar a los padres.

Si el cariño se demuestra con visitas, en la legítima el cariño no está premiado, la legítima pone en la misma posición a quienes quieren a sus padres y pasan más tiempo con ellos con los que menos quieren a sus padres y pasan menos

tiempo con ellos. Si la visita produce costos, el individuo con la intención de no incurrir en esos costos entonces reduce sus visitas hasta el nivel eficiente, siendo este lo mismo que aquel que no quiere a sus padres.

Tanto los hijos pobres como los hijos ricos están incentivados a visitar a los padres ricos, en un sistema de herencia libre, como lo están en sentido negativo si los padres son pobres y los hijos sean o ricos o pobres. Las visitas solo son motivadas cuando el padre es rico. En conclusión, la condiciones económicas del hijo no influyen en los incentivos sobre la herencia, sino que es la condición económica del padre la que influye, con ello se dan los incentivos necesarios, en un sistema de herencia libre, para esforzarse y trabajar, mientras que en un sistema de herencia forzada, los padres sean pobres o ricos no recibirían la visita de sus hijos, y poco estarían motivados para acumular con la finalidad de recibir visitas de sus hijos con la intención de quedarse con la herencia. La herencia como zanahoria solo sirve cuando esta es libre y es grande.

Puede una persona con herederos forzosos destruir su patrimonio en viajes, meticulosamente planeados, sin despilfarro, sino finamente gestionados, buscando los mejores asientos en las mejores agencias de viajes, en restaurantes adecuados paseando por lugares deseados a bordo de un trasatlántico. Y con ello dejar sin herencia que reclamar a sus herederos forzosos. En conclusión, ¿la manera de burlar la legítima es gastando todo lo que pueda ser heredado?

Si el causante puede dejar más deudas que bienes, entonces también es posible que gaste todo su dinero y deje sin legítima a los herederos. La legítima incentiva a quienes rechazan la legítima al consumo.

En el *common law* norteamericano existe una institución semejante a nuestra legítima y que favorece la posición de la esposa. Este caso es explicado por POSNER quien ve en esta medida un reconocimiento del trabajo que ella desempeñaba dentro del hogar, al cuidar los hijos, mantener la casa limpia, lavar la ropa, preparar los alimentos, etc., *i.e.* una forma de recompensa por los servicios dados a la casa. Veamos lo que POSNER dice,

Otra limitación a las facultades de un testador es la disposición, existente en las leyes sobre herencias de todos los estados, que le prohíbe desheredar por

completo a su viuda. Esta limitación tiene una justificación económica. Es probable que la riqueza del marido en el momento de su muerte sea producto, en parte, del trabajo de su viuda, aunque ella jamás haya tenido un ingreso pecuniario... permaneciendo en el hogar, la esposa permite que se ahorre el dinero que se habría pagado a sirvientes y niñeras (o que se hubiera usado para pagar otros gastos, aumentando así la cantidad de dinero que puede ahorrarse del ingreso del esposo); y el caudal del esposo es simplemente el monto del ahorro que está a su nombre en el momento de su muerte. Si no existiese esta protección estatutaria contra el desheredamiento, las mujeres podrían negociar con sus maridos una protección contractual (los contratos para hacer legados son ejecutorios). La disposición estatutaria minimiza los costos de transacción.<sup>197</sup>

En pocas palabras, esta clase de protección que encontramos en la legislación peruana reduce los costos de transacción cuando fue la mujer quien se quedó a cuidar de la casa y de los hijos. Pero, ¿cuando esto no fue así? De eso depende que el derecho esté de acuerdo a la realidad.

## **B. La legítima genera incentivos perversos**

La jurisprudencia nacional ha entendido que la libertad de disposición de los propietarios es amplia y ésta no puede ser limitada. Es decir, que si los propietarios en su jubilación deciden gastar todos sus ahorros en viajes, excursiones y eventos, entonces, tienen el derecho de hacerlo aún cuando ello suponga que lo que puedan dejar de herencia se reduzca en perjuicio de sus herederos forzosos.

No existe norma sustantiva alguna que impida al propietario de bienes disponer libremente de ellos, salvo que se trate del testador cuando tiene herederos forzosos (artículo 723 del Código Civil), o aquel que pretende donar sus bienes excediéndose de lo que tiene permitido disponer por testamento (artículo 1629 del Código Civil).<sup>198</sup>

Pero comparado el sistema del *free bequest* con el de la legítima en cuanto a incentivos negativos. Por la información que suministra, con la legítima es más probable que los herederos asesinen a sus causantes. Lo que no sucede, por ejemplo, con el caso del *free bequest* o herencia libre puesto que es difícil saber tanto quién será nuestro asesino como quién será nuestro beneficiario. Si el testador es libre de elegir a su heredero, entonces es más difícil conocer sus decisiones. De este modo, conseguimos reducir las probabilidades de ser asesinado por su heredero, por el interés de llegar a poseer la herencia. En palabras de POSNER,

<sup>197</sup> POSNER, *El análisis...*, op. cit., p. 483.

<sup>198</sup> Exp. N° 872-98, Resolución del 07/08/98, Sala Civil Corporativa Subespecializada en Procesos Sumarísimos y No contenciosos de la Corte Superior de Lima.

Es poco probable (para decir lo menos) que quien presuponga el riesgo de que una persona designada en su testamento lo asesine, lo designe efectivamente. Por tanto, es muy baja la probabilidad de ser asesinado por alguien a quien sí se designe en el testamento. La regla en contra de que el asesino del testador herede desempeña así la función ahora conocida de proporcionar una condición implícita para gobernar las contingencias remotas. Pues seguramente hay pocos testadores que, si se les preguntara se desean que su asesino herede, contestarían que sí.<sup>199</sup>

Se podría decir que un sistema de herencia libre produciría un mayor costo social total. Y esto se debe al «efecto concurso». Si en una familia compuesta por cinco miembros, el causante puede dejar una herencia de 100 y puede distribuirlos de muchas maneras, pero cada uno de los cinco miembros –A, B, C y D– desea tener el cariño, afecto del testador. Para ganarse ese cariño es necesario invertir tiempo en visitas, conversaciones, salidas al campo, pasar el tiempo junto, alegrarlo y entre otras cosas gastar un recurso escaso: el tiempo.

Si el tiempo es escaso y cada uno quiere tener la recompensa de 100. Y digamos que por el precio de 20 pueden ganar los 100, este valor esperado hace que todos inviertan esos 20. Y el valor esperado es de 25 (= 100 herencia x 0.25 probabilidad de ser heredero), pues tienen, por lo menos, una oportunidad de cuatro que se les nombre heredero. Como 25 es mayor que 20 todos invertirán hasta el límite en el que el costo marginal sea igual al beneficio marginal, *i.e.* los herederos invertirán hasta 25. Luego, los cinco invierten 25. Y supongamos ahora que el beneficiario de la herencia sea A, entonces ha ganado 75 –descontando su propio costo que es 25–. Sin embargo, el costo social total es de 125 (= 25 costo individual x 5 herederos).

Ahora, si comparamos el beneficio individual de A con los costos totales, quedan 25 de saldo negativo. No es tan eficiente el concurso. Cuando todos lo buscan todos se anulan. De esta manera, el efecto concurso debería ser eliminado. En el efecto concurso el beneficio individual es superior a los costos individuales mientras que los costos sociales de los demás concursantes son mayores que el beneficio individual. La solución entonces es considerar los beneficios totales. Porque los individuos “A fin de adquirir un derecho valioso, los individuos pueden invertir recursos más allá del punto en que tales recursos confieren un beneficio social neto”.<sup>200</sup>

---

<sup>199</sup> POSNER, *El análisis...*, op. cit., p. 478.

<sup>200</sup> *Ib.*, p. 53.



Si este es un argumento de crítica al sistema de herencia libre veamos ahora qué sucede con su sustituto. Veamos ahora el «efecto concurso» en la legítima. La legítima supone que el efecto concurso no se da y que minimiza las inversiones a un nivel eficiente. Con los mismos datos del ejemplo anterior y ahora la legítima establece que se deja el 100 por ciento de la herencia entre A, B, C, D y E que son considerados herederos forzosos. Cada uno recibe 25. Ya ninguno realiza las inversiones que podría realizar si el sistema es de herencia libre, ya no pasa más tiempo con el causante, ni invierte en el causante pues toda inversión es a pérdida. Y nadie quiere perder. El beneficio total es de 100 ( $= 25 + 25 + 25 + 25$ ), con una disposición de los herederos forzosos a no incurrir en costos ( $= 0$ ).

De esta manera, se puede argumentar en contra de la herencia libre. Sin embargo, creemos que aún falta un detalle en este tipo de análisis: el beneficio para el causante de las visitas de sus posibles herederos. Y del mayor conocimiento de su causante la asimetría de información se reducirá de esta forma evaluarán si invertir o no invertir en forma desmesurada, gastando su tiempo. Otro error es que de esta forma nosotros incentivaremos la utilización del tiempo. Si uno de los posibles herederos es valioso para la sociedad, ésta le pagará más por su tiempo de lo que puede pagarle el causante con su herencia. Por consiguiente, no es cierto que todos los posibles herederos inviertan, solo aquellos que su tiempo puede ser compensado por la herencia del causante. En conclusión, el modelo nos permite afirmar que la legítima es el mejor sistema, pero un análisis más detallado, sin dejar de ser un modelo, el supuesto contrario permite un mayor aprovechamiento de los recursos escasos.

La legítima es una restricción a los derechos de propiedad. Pero no es la única. Este conjunto de restricciones crean un problema pues “el hecho de tener muchas restricciones de transferencia en el conjunto de derechos que es la propiedad incrementa el costo de transferencia de la propiedad.”<sup>201</sup> Para proteger a la legítima existen otras restricciones, como la donación con límite en el tercio de libre disposición, la prodigalidad y la mala gestión que son limitaciones del derecho de propiedad con la finalidad de salvaguardar el derecho del ahora heredero forzoso.

---

<sup>201</sup> POSNER, *El análisis...*, op. cit., p. 73.

La aparición de las fiducias o *trust* en el *common law* se facilitó por la existencia del sistema de herencia libre. Este proceso es natural para los países afiliados al *common law*. En cambio, en países afiliados al sistema de la legítima, no es posible hasta la fecha configurar un *trust* como el que se desarrolla en dichos países. Es conocido que la diferencia importante, entre ambas tradiciones jurídicas, se debe a la forma de concebir los derechos de propiedad.

### **C. La legítima no promueve un nivel eficiente de inversión en la propiedad: plantar un árbol**

La inversión eficiente está orientado por la confianza que puede ganar el propietario de saber que el fruto de su acción será aprovechado por él en algún momento futuro. Fue esta simple afirmación la que se obtiene de analizar la figura del *trust*, pues tuvo orígenes en la sucesión y no precisamente bajo el amparo de la legítima, sino del sistema de libertad testamentaria como es el *common law*. Y es que este sistema es el más permisivo y más eficiente, por cuanto su maleabilidad le permite adaptarse fácilmente a los entornos cambiantes. Un sistema de libertad responde eficientemente a las necesidades de las personas.<sup>202</sup>

En un sistema feudal los arrendatarios son solo inquilinos que no tienen la certeza de permanecer en la tierra de su señor. El problema comienza con la falta de incentivos positivos para invertir en aumentar el valor de la tierra por parte de los arrendatarios. En este sistema feudal, la tierra es valorada por cuanto es necesaria para el cultivo y la ganadería. Existía un conflicto entre los intereses de los señores feudales y los intereses de sus siervos. Este conflicto de intereses se debía a que el señor feudal le interesaba que su arrendatario cultivara la tierra como propietario y al arrendatario le preocupaba que las inversiones en el terreno fueran aprovechadas por el señor feudal antes que por ellos. Por ejemplo, al plantar un árbol, los beneficios de la madera de este, sean aprovechados por el arrendatario aún después que éste haya muerto. Es decir, la ley del desperdicio (*law of waste*) limitaba el derecho de los señores feudales a las mejoras hechas en el bien. De esta manera, los arrendatarios estaban motivados a realizar mejoras cuyos beneficios podrían esperarse hasta

---

<sup>202</sup> Por supuesto, la fiducia tiene orígenes romano-germánicos, lo que aquí resaltamos es el enorme parecido del *common law* con el derecho romano, que exceden los límites de este trabajo.

después de su muerte, cuando los árboles hayan alcanzado un tamaño apreciable y su valor como madera para el hogar haya también alcanzado un precio *justo*. De otro modo, los árboles eran talados antes, en vida del arrendatario que los plantó, con la finalidad que esta madera no sea aprovechada por su señor feudal. Puesto que la madera no había alcanzado una calidad y tamaño aprovechable el consumo actual, de esta forma, era ineficiente –era un desperdicio–. Menciona POSNER:

The law of waste has largely been supplanted by more efficient method of administering property that resembles unitization: the trust. By placing property in trust, the grantor can split the beneficial interest as many ways as he pleases without worrying about divided ownership. The trustee will manage the property as a unit, maximizing its value and allocating that value among the trust's beneficiaries in the proportions desired by the grantor.<sup>203</sup>

La forma de asegurar que los bienes serán utilizados por nuestros descendientes era un motivo para realizar una inversión, aunque en primer lugar se esperaba que los beneficios de plantar el árbol recayera en aquellos que lo habían plantado.

Creemos que aunque se diga que la diferencia entre ambas tradiciones, el *common law* y el romano-germánico, sean diferentes en sus sistemas de propiedad, *bundle of rights* el primero y el segundo, *absolute rights*. Pensamos que de todas formas en nuestro sistema los derechos de propiedad también se encuentra divididos pero no de una manera tan minuciosa como lo están en el *common law*. Entonces, sostenemos que nuestra diferencia es de grado de división de los derechos de propiedad. Nuestros derechos no están suficientemente desmaterializados. Solo podemos referirnos a derecho de propiedad cuando tenemos el derecho de usar y disponer. En cambio, en el *common law* tienen el derecho de propiedad sobre el uso y derecho de propiedad sobre la disposición, son separados.

En el *common law* la tenencia de tierra (*land tenure*) es aquel conjunto de derechos y responsabilidades bajo las cuales la tierra es poseída, usada, transferida y sucedida.<sup>204</sup> Dentro de las formas de tenencia de tierras tenemos: cultivo propio y privado de pequeñas parcelas de tierra (*owner cultivation of small, private lands*);

---

<sup>203</sup> POSNER, *Analysis Economic of Law*, op. cit., pp. 73-74.

<sup>204</sup> "Land tenure refers to the bundle of rights and responsibilities under which land is held, used, transferred, and succeeded". LA CROIX, Summer, "Land Tenure", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003, p. 277.

ocupación ilegal o de tierras públicas o de tierras privadas (*squatting on public or private lands*); latifundios (*Large Estate or latifundia*); tenencia feudal con trabajo limitado e ilimitado (*feudal tenures with bound and unbound labor*); tenencia comunal (*comunal tenures*) y pequeños propietarios en arrendamiento de los propietarios privados (*smallholder leasing from private landowners*).

El primer modelo fue el que los romanos utilizaron con las tierras de su conquista. Cuando el ejército de Roma lograba conquistar territorios (*ager publicus*), las tierras dentro del mismo eran entregadas a sus soldados. Estas tierras eran poseídas, conservadas y manejadas por la familia. Formándose granjas familiarmente manejadas. Estas se caracterizaban porque los miembros de una misma familia repetían lo que habían hecho y aprendido de sus padres: a cultivar la tierra y procurar abastecer sus necesidades con el producto de su esfuerzo sobre la tierra. A pesar de ello podemos anotar la siguiente referencia:

Family-managed farms, however, may not always be the most efficient forms of agricultural organization. Families may have inadequate managerial skills to manage the farm, may not have sufficient family labor, and may not reap full economies of scale on their small land parcel, among other things.<sup>205</sup>

Las destrezas dentro de la familia no siempre serán las mismas. Unas personas abren los ojos al mundo más inclinados para ciertos trabajos que otros. La parcelación de las tierras pequeñas imposibilita el surgimiento de economías de escala en donde los costos se reducen con una cantidad mayor de producción. Ahora, sin el beneficio de utilizar la escala se incrementan los costos. Este es el sistema que ha caracterizado a Sudamérica en la segunda mitad del s. XX.<sup>206</sup>

Como seguimos comprobando, la literatura económica señala que la división de la tierra en pequeñas parcelas resta eficiencia al retirar la posibilidad de aprovechar de las ventajas de una economía de escala que abarate los costos y que consiguientemente mejore los beneficios.

Tal como sostiene JENKS, "Actualmente es regla fundamental del derecho inglés, que toda propiedad es enajenable, lo mismo durante la vida del propietario que después de su muerte, y que, con muy pocas excepciones, no puede convertirse en

---

<sup>205</sup> LA CROIX, "Land Tenure", op. cit., p. 275.

<sup>206</sup> *Ib.*, p. 275.

inalienable por ningún acuerdo de las partes.”<sup>207</sup> Además, veamos cómo es la lógica del pensamiento septentrional: “Se considera un contrasentido el hecho de concederle la propiedad a una persona y prohibirle que la enajene”,<sup>208</sup> es decir, los rasgos característicos señalados por JENKS del sistema de los derechos de propiedad son los que a conocemos: exclusividad y enajenabilidad.

Nuestro pensamiento está guiado en mucho, por el sentido de las afirmaciones de JENKS cuando al tratar del sistema de derechos de propiedad, manifiesta:

Por propiedad se entiende, como el mismo nombre indica, el resultado de la apropiación, o hacer de uno mismo alguna parte de los bienes o recursos del universo. Toda propiedad individual, por esta razón, una especie de monopolio; aunque no por eso hay que pensar necesariamente que sea cosa mala.<sup>209</sup>

#### **D. Derechos de propiedad y propiedades: el derecho y su contenido**

Existe una confusión muy corriente entre propiedad, y lo que es objeto de ese derecho: la propiedad. Por lo tanto es importante una definición clara de lo que entendemos como derechos de propiedad.<sup>210</sup> Una vasta definición de los derechos de propiedad lo encontramos en el trabajo de JENKS:

La propiedad, o los derechos de propiedad, son, como hemos visto, creaciones jurídicas; no tienen existencia tangible, son sólo facultades conferidas al titular de ese derecho, para provocar en su favor el apoyo de la comunidad, mediante los Tribunales de Justicia, contra todas aquellas personas que perturben los intereses por ellos protegidos. Se ha dicho, que las personas que disfrutan este derecho tienen también deberes correlativos a estas facultades y poderes; y de este modo, el derecho de propiedad se resuelve en un cuenta corriente de derechos y deberes del ciudadano con relación a la apropiación de los recursos que ofrece la naturaleza.<sup>211</sup>

JENKS nos recuerda en su tratado que los derechos de propiedad tienen como requisito *sine qua non* la exclusividad. Los derechos de propiedad pierden el carácter esencial de exclusividad cuando existen leyes como la legítima, que colocan

<sup>207</sup> JENKS, Edward, *El Derecho inglés*, trad. 3ª ed. inglesa José Paniagua Porras, Editorial Reus. Madrid, 1930, p. 387.

<sup>208</sup> *Ib.*

<sup>209</sup> *Ib.*, p. 342. El derecho de propiedad está protegido en cierta medida por el derecho penal.

<sup>210</sup> La definición de propiedad que encontramos en el Código Civil peruano (Ver art. 923º) no soluciona nuestro problema.

<sup>211</sup> JENKS, Edgard, *El Derecho inglés*, trad. 3ª ed. inglesa José Paniagua Porras, Editorial Reus. Madrid, 1930, p. 343.

otros derechos de propiedad junto a otros donde ya existen, produciendo una vida anómala de los derechos de propiedad, haciéndole perder la razón esencial de los derechos de propiedad.

Otro punto importante que encontramos en el tratado de JENKS es que cuando afirma que “Un trozo de tierra firme tiene... una permanencia que los coloca en condiciones de poder reconocer en él derechos sucesivos que pueden extenderse en un largo período, conservándose y transmitiéndose sobre el mismo trozo de tierra...”<sup>212</sup>. La herencia de la legítima se basa sobre en la tierra que sea dividida, pues su carácter de “permanente” le permite ser poseída por los hijos del fallecido. Aquí creemos importante contrastar que las inversiones en capital humano mueren con la persona y no pueden ser transmitidas, los grados, títulos y todo reconocimiento que logre el individuo no serán transmitidos a sus herederos forzosos. La legítima es eficiente en generar una serie de incentivos para que las personas que no prefieran dejar grandes recursos a sus herederos forzosos se dediquen a incrementar su capital humano. De igual modo, pueden comprar comida en exceso, bienes en exceso, viajes al extranjero, etc.

En cambio en nuestra tradición jurídica romano-germánica, se dice, “Para hablar de «propiedad» hay que hablar, en general y en absoluto, del poder de utilización de una determinada cosa para las finalidades u objetivos que se proponga (libremente) el titular”.<sup>213</sup> Es común encontrar este tipo de definiciones de propiedad, basándose en la abstracción y en la generalidad, fruto de la creación jurídica europea de los siglos XVI, XVII y XVIII. Por ello a diferencia del *common law* donde sus «ataditos» de propiedad atienden a la eficiencia en nuestro medio

... se entiende la propiedad, ante todo, como una situación activa, de poder: un derecho subjetivo... gozar y disponer. Y cada una de ellas no son siquiera facultades determinadas, sino conjunto de facultades y tal vez «todas las facultades que pueden comprenderse en el contenido del derecho subjetivo».<sup>214</sup>

Notemos que los derechos subjetivos de *gozar* y *disponer* son generales y abstractos. Este derecho de gozar significa que en mi casa puedo tener un criadero de

---

<sup>212</sup> *Ib.*, p. 345.

<sup>213</sup> MONTÉS PENADES, V. L. “Propiedad”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1ª ed., vol. III, Ind – Pro, Editorial Civitas. Madrid, 1995, p. 5281.

<sup>214</sup> *Ib.*

porcinos, pollos, caballos o establecer un grifo de combustible, o un centro de distribución de gas propano, o una discoteca, o sólo celebrar una fiesta. La pregunta importante es si este derecho subjetivo de gozar implica la exclusión de otros. De esta manera, al ser abstractos y generales los derechos lo que sucede es que existan muchos cruces (*overlapping*) de esferas privadas y por consiguiente se genere conflictos dentro de la sociedad, con derechos de propiedad claramente definidos no tendríamos estos overlapping.

La legítima y los derechos de propiedad forman un overlapping. Aumenta los costos de monitoreo por parte del hijo sobre la conducta del padre. Ahora es el hijo quien debe controlar la administración del padre, evaluar su desempeño. Las dos características de un derecho de propiedad es la exclusividad y la transferabilidad. Pues no todo derecho es de propiedad ni toda propiedad es derecho

Un hecho que notamos y que favorece al derecho inglés es su flexibilidad al cambio. De esta manera, su derecho de herencias ha podido sobrellevar los cambios en los tiempos que ha vivido. Así dice JENKS

Y llegamos ahora a la que en la actualidad constituye la más importante de las subdivisiones del derecho sobre inmuebles: la distinción entre propiedad y derechos legales, de una parte, y derechos de Equidad, por otra. Y esta distinción es la más interesante, porque viene a significar el punto culminante de un movimiento iniciado hace ocho siglos, para fines y en circunstancias completamente distintas de los actuales; lo que no ha sido obstáculo para su progresiva adaptación a las condiciones de la vida moderna, enteramente cambiadas, gracias a la maravillosa flexibilidad del Derecho inglés.<sup>215</sup>

En países afiliados al sistema-románico-germánico es la libertad y la justicia la que da otorga flexibilidad al derecho. De esta manera, la herencia libre posibilita, ante la falta de flexibilidad de nuestro derecho, que se adecue a las modernas realidades cambiantes de la sociedad con el paso de la tecnología.

El problema de la legítima es que limita la competencia. "En un mundo donde más de un individuo busca el mismo recurso escaso, la competencia está implicada".<sup>216</sup> Existe competencia allí donde existen recursos valiosos y escasos. La legítima separa parte de esos recursos y los aleja de la competencia. La competencia

---

<sup>215</sup> JENKS, Edward, *El Derecho inglés*, trad. 3ª ed. inglesa José Paniagua Porras, Editorial Reus. Madrid, 1930, p. 352.

<sup>216</sup> CHEUNG, Steven N. S. "Irving Fisher and the Red Guards", *The Journal of Political Economy*, vol. 77, nº 3, 1969, p. 430.

por el cariño y el afecto que también son eficientes como hemos visto, desde el punto de vista de las valoraciones subjetivas y en base a la diferencia entre disposición para pagar y capacidad de pago.

La intervención del Estado está para insertar competencia en este mercado del afecto. Y solo es necesaria una asignación clara y definida de derechos de propiedad a favor del propietario testador. En este mundo de recursos escasos, los individuos se comportan de tal manera que maximizan su propio beneficios sujetos a las restricciones de sus derechos de propiedad.<sup>217</sup> Esta búsqueda del propio beneficio origina la competencia y con ello el conflicto. Una forma de resolver el conflicto es mediante el mercado que nos enseña cómo decidir en tales casos mediante intercambios mutuos de derechos de propiedad previamente asignados. Este sistema tiende a la eficiencia pues provee los incentivos necesarios y la seguridad para realizar inversiones.

La legítima como derecho de reserva es ineficiente para el consumo actual pues crea un costo de oportunidad que puede llegar a ser muy importante. Imaginemos una cafetería –la de Artes, por ejemplo–. Cuando se abre las puertas de la cafetería, los primeros que ingresan *reservan* el asiento para ellos y para sus amigos y luego van a hacer la cola. Mientras que ellos llegan a comprar, otros muchachos llegan con sus bandejas y no encuentran sitios para sentarse. Los asientos permanecen vacíos –sin que se siente alguien– por el doble de tiempo. Pues el asiento ha sido reservado. De igual manera, se comporta la legítima con la propiedad del causante. Se comportan como unos propietarios fantasmas de la propiedad en vida del causante.

Si bien es cierto el propietario puede vender una casa quizás no podría vender todas sus propiedades sin antes ser declarado mal gestor o pródigo. Pues la diferencia entre una conducta racional y la figura jurídica de la mala gestión o de la misma prodigalidad es tenue, es una línea borrosa.

Esta posibilidad resta eficiencia a propiedad afectada por la legítima, en vida del causante. La legítima necesita de instituciones que la protejan de los actos desleales del causante. El causante no está prohibido de vender sus bienes, pero si es

---

<sup>217</sup> Ver: CHEUNG, Steven N. S. "Irving Fisher and the Red Guards", *The Journal of Political Economy*, vol. 77, n° 3, 1969, p. 430.



pródigo o si es un mal gestor entonces pueden los familiares pedir una curatela. Tampoco el testador en vida puede disponer de sus vidas a través de donaciones –por encima de su tercio de libre disposición.

También resta eficiencia a la propiedad después de ocurrido el deceso del causante. El régimen de indivisión que se origina si no hay testamento. Y si hubiera testamento, la legítima hace más fácil, teóricamente, que se abra la sucesión intestada, con los mayores costos sociales que ello origina. El resultado de la división de la propiedad y las futuras divisiones hacen que la propiedad pierda el valor que tenía como unidad.

Entonces, la legítima no favorece el altruismo de las personas sino el egoísmo de los padres hacia los hijos. Son sus familiares cercanos y nadie más los que deben heredarle en por lo menos los dos tercios de su propiedad. La legítima partía de la idea de limitar el egoísmo del propietario que no dejaba a sus hijos con parte de sus bienes para que vivan honestamente.<sup>218</sup>

La clave no está en suprimir el egoísmo sino en conjugarlo. Ya hemos dicho que una buena forma de conjugar este egoísmo –buscar el propio beneficio– es mediante el sistema de precios con asignaciones de derechos de propiedad que permitan resolver los problemas de la competencia por adquirir los recursos escasos. Intentar suprimir este egoísmo mediante la legítima es como intentar suprimir el egoísmo mediante un Guardia Roja.

En un mundo subdesarrollado Hernando de SOTO señala que el capital se encuentra escondido en la propiedad informal. Ahora nosotros señalamos que el capital está escondido por la legítima y es el trabajo. Pues el capital no sólo es el dinero, sino también es el trabajo. Pues como aparece en los textos de historia económica, cuando termina la esclavitud los negros no tienen capital el único que poseen es su trabajo.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> Como nos muestra CHEUNG, la lógica de Mao era pensar que mandando que “tú, no serás egoísta” significaba que las personas dejaban de serlo. Pues, como sabemos y CHEUNG nos lo recuerda, ello no significa que “tú lo serás”. Cuando se dieron cuenta que las personas era egoístas y avaras se decidió luchar contra este instinto egoísta de las personas y se creó la Guardia Roja de China. CHEUNG, Steven N. S. “Irving Fisher and the Red Guards”, *The Journal of Political Economy*, vol. 77, n° 3, 1969, p. 431.

<sup>219</sup> Ver: CHEUNG, Steven N. S. “Irving Fisher and the Red Guards”, *The Journal of Political Economy*, vol. 77, n° 3, 1969, p. 430. Donde señala que el error de Marx fue uno conceptual. No distinguió que el capital no solo era dinero, mercancía y propiedades sino también el trabajo. Y el trabajo le corresponde a cada uno, en forma privada.

El hecho de la preterición de los herederos forzosos extramatrimoniales. Cuando se da este supuesto y mientras los hijos extramatrimoniales no gestionen una acción de petición de herencia, lo recibido en herencia es una propiedad insegura, la mejor alternativa del heredero que recibe una parte de los bienes es deshacerse de lo recibido en herencia y convertirlo en liquidez. Esta interpretación perversa nos muestra que el bien que se tiene en manos no se puede estar seguro de seguir teniéndola en manos mañana. Por este motivo el actual propietario tratará de consumir el producto lo más rápidamente posible antes de lo que hubiera sido eficiente hacerlo. Se sacrifica el uso futuro por el consumo presente. No hay inversiones. Es como el caso de los castores que fuera reseñado por DEMSETZ,<sup>220</sup> si el propietario de un terreno A espera a que el castor tenga el tamaño adecuado donde su precio alcance un nivel eficiente, entonces no estará seguro de que regresará a su propiedad, pues el otro propietario del terreno B tratará de cazarlo antes que migre de su propiedad, así que si no van a regresar, mi inseguridad de tener el castor mañana, cuando sea el momento oportuno, será mayor por lo que la mejor opción es cazar al castor antes que migre a la tierra B. Con lo cual el consumo actual es ineficiente.<sup>221</sup>

Como es sabido, los derechos de sucesión no se extinguen. De este modo, la propiedad da incentivos para desaparecer los bienes cuando existe la posibilidad de emigrar. Esta emigración en el derecho puede ser entendido como la diferencia entre el hijo extramatrimonial y el hijo matrimonial. Entre ambas posesiones se da el mismo criterio. Cuando los hijos matrimoniales tengan en su poder los bienes tendrán mayores incentivos para desaparecer los bienes a través de ventas onerosas que no están prohibidas. Al igual que liquidar a los castores, de igual manera se liquida la propiedad, en perjuicio de los hijos extramatrimoniales.

Suponiendo que los hijos matrimoniales desconozcan la existencia de los hijos extramatrimoniales que aparecen a reclamar la herencia años después de la división de la herencia luego de la muerte de su causante. Los bienes vuelven a reunirse y a formar la masa o su valor en efectivo al momento del fallecimiento del

---

<sup>220</sup> DEMSETZ, Harold, "Toward Theory of Property Rights", *The American Economic Review*, vol. 57, n° 2, 1967, pp. 347-359.

<sup>221</sup> El mismo caso es presentado por Scott GORDON pero él se refiere a los peces del mar –cardúmenes– en la superficie. Si estos emigran entonces un sistema de derechos de propiedad originaría que la pesca se incrementa ante la inseguridad de tener el mismo pez mañana cuando alcance un tamaño adecuado. GORDON, H. Scott. "The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery", *The Journal of Political Economy*, vol. 62, n° 2, 1954, p. 135.

causante. Finalmente se procede a repartir. Reconocemos derechos de propiedad privada en ese periodo de desconocimiento de la existencia de herederos extramatrimoniales. Mientras tanto no tuvieron la propiedad sino la posesión.

En el derecho inglés "Toda propiedad es un derecho; pero no todo derecho es propiedad".<sup>222</sup> Se ha dicho que la propiedad en EE.UU.<sup>223</sup> nació del *fee simple*, es decir de la posesión libre y de la facultad de heredar hasta el infinito.<sup>224</sup> La herencia es un factor importante para un claro y definido sistema de derechos de propiedad. Pero no sólo eso sino que "llegamos a la conclusión de que un *fee simple* que esté sujeto a la eventualidad de un acontecimiento incierto, o de una contingencia, no es un «*fee simple absolute*», y no puede existir como propiedad legal".<sup>225</sup> Un sistema como el nuestro que afecta la libre disponibilidad modifica el sistema de herencias con una distinción de hijos matrimoniales y extramatrimoniales que no hace unos derechos absolutos de propiedad y que la propiedad no sea propiedad sino posesión y que la posesión temporal agota los recursos pues produce la inseguridad que los recursos sigan siendo aprovechados por uno mismo mañana. Con el conocimiento de la inseguridad del título el consumo actual es rápido en perjuicio de toda la sociedad y de los hijos extramatrimoniales.

Una de las formas de enajenar la propiedad en el Derecho inglés como en la tradición romano-germánica es mediante testamento.<sup>226</sup> El sistema de herencia libre, tal como lo señala JENKS tiene el problema de la interpretación del testamento, porque aún si

"Las reglas sobre disposiciones testamentarias... son tan simples, tan claras y tan generalmente conocidas, que difícilmente podrán producirse dificultades por su causa; pues el gran número de asuntos testamentarios que se ventilan ante los

---

<sup>222</sup> JENKS, Edgard, *El Derecho inglés*, trad. 3ª ed. inglesa José Paniagua Porras, Editorial Reus. Madrid, 1930, p. 358.

<sup>223</sup> "American property law evolved into a clear system of fee-simple ownership of land". LIBECAP, Gary. "Property Rights", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 4, New York: Oxford University Press, 2003, p. 270.

<sup>224</sup> Aunque también existía la libertad de enajenación a partir de la *Quia Emptores* de 1290.

<sup>225</sup> JENKS, Edgard, *El Derecho inglés*, trad. 3ª ed. inglesa José Paniagua Porras, Editorial Reus. Madrid, 1930, p. 360.

<sup>226</sup> Es grandemente sensible que por un deseo de mayor brevedad se haya generalizado entre los profesionales, y entre el público en general, en Inglaterra, la sustitución de la palabra inequívoca «*testament*», por la palabra ambigua «*will*», para significar la disposición de sus bienes hecha por una personas para que produzca sus efectos después de su muerte; pero resultaría pedantesco apartarse del uso popular y corriente. JENKS, Edgard, *El Derecho inglés*, trad. 3ª ed. inglesa José Paniagua Porras, Editorial Reus. Madrid, 1930, p. 415.

Tribunales, se refieren en su casi totalidad a interpretaciones de los textos testamentarios; y la variedad de éstos es tan infinita...<sup>227</sup>

#### IV. LOS EFECTOS INEFICIENTES DE LA LEGÍTIMA

Nos preguntamos, ¿es eficiente la legítima? La legítima, como toda institución jurídica, para ser evaluada necesita de aquellas características que hacen eficiente una institución. ¿Cuáles son nuestros indicadores de eficiencia?

Podemos distinguir dos clases de mercados. Por un lado tenemos los mercados explícitos y por el otro los mercados no explícitos. El trabajo de Adam Smith, padre de la economía, se enfocaba en el análisis de las consecuencias económicas de las leyes mercantilistas en mercados explícitos. Mientras que hay otros mercados que fueron señalados por Jeremy Bentham tales como delitos, accidentes, responsabilidad civil, matrimonio, contaminación, política entre otros, aquí los mercados no están explícitos.<sup>228</sup>

Primero fue BENTHAM y luego BECKER quienes afirmaron que los individuos actúan como maximizadores racionales de sus propios intereses en todos los aspectos de la vida. Es decir, no solo los individuos se comportaban como maximizadores racionales cuando iban a comprar al mercado sino que también lo hacían al momento de elegir una pareja, un amigo o al momento de votar por algún candidato político o para cometer algún delito. Este enfoque implicaba salir del enfoque tradicional de los mercados explícitos donde se intercambian bienes de consumo, por ejemplo o servicios médicos, por ejemplo.

Estas actividades que están fuera del mercado o actividades de no-mercado son las que nos interesan para analizar la legítima. Pues como sabemos, en materia de legítima los sentimientos parecen estar en juego en este tema que parece cercano a la familia y de allí que la doctrina más especializada haya creído encontrar

---

<sup>227</sup> JENKS, Edgard, *El Derecho inglés*, trad. 3ª ed. inglesa José Paniagua Porras, Editorial Reus. Madrid, 1930, p. 418.

<sup>228</sup> Véase: ROEMER, Andrés. "Introducción al análisis económico del derecho". 1ª ed., trad. José Luis Pérez Hernández, Fondo de Cultura Económica. México, 1994, p. 6.

una relación entre el derecho sucesorio y el derecho familiar cuando la relación es entre el derecho sucesorio con el derecho de la propiedad.

Reconozcamos el mercado en el que nos encontramos. Es un mercado no explícito, pero allí no termina el asunto es necesario además establecer cuál es el mercado no explícito. ¿Es el mercado del afecto, del cariño? No. Entonces, puede ser ¿mercado de la caridad? No. El mercado en el que se mueve la legítima es el mercado de la propiedad y en todo caso se semeja más a un contrato de donación que a uno de compra-venta. Ello debido a que el dinero que pueda recibir por esa venta no puede ser disfrutada por el vendedor. Entonces nos quedan dos alternativas. La primera es que decidamos que la propiedad muere con el dueño y que luego sean poseídas por otro cualquiera. La segunda es que siga siendo del difunto y que no muera y que más bien otro sea quien la posea en tierra. Ambos casos son extremos y notamos que la primera se parece al sistema romano-germánico mientras que el segundo es del *common law*.

La propiedad tiene tres características. La primera es la exclusividad, es decir que alguien sea dueño del recurso escaso, es decir, que la propiedad sea de una persona y que pueda excluir del uso del recurso a los demás. Este derecho de excluir del uso del bien a aquellos que no son sus propietarios. La segunda característica de la propiedad es la transferibilidad, es decir que los recursos puedan ser transferidos. Permitir que los bienes circulen no significa que se desperdicien los recursos sino que este recurso se dirija a aquellas personas que más lo valoran. Si imaginamos una pirámide en la cual de una asignación inicial de los derechos de propiedad la propiedad de un bien a una persona que se encuentra en la base, existe otra persona que está dispuesta a sacrificar un mayor valor económico con la finalidad de consumir este bien. Pero una vez transferido existe otro individuo capaz de sacrificar más que él y el bien cambia de manos de tal forma que llega al pico de la pirámide y es consumido por quien más lo valora. Así son consumidos diferentes productos, desde los comestibles hasta las leyes de tránsito, por ejemplo. La tercera característica de la propiedad es la universalidad que consiste en que todos los recursos escasos tengan propietarios, pues todo recurso escaso y deseado es valioso, luego debemos diferenciar los bienes en escasos y abundantes; entre los primeros, diferenciar entre los deseados y no deseados. Sólo aquellos bienes que son escasos y

deseados son valiosos, como los diamantes. De esta forma resumen POSNER estas características del derecho de propiedad:

... si todo recurso valioso (es decir, escaso y deseado) fuese propiedad de alguien (el criterio de la universalidad), si la propiedad connotara el poder incondicional de excluir a todos los demás del uso del recurso (la exclusividad) y de usarlo uno mismo, y si los derechos de propiedad fueran libremente transferibles, o alienables como dicen los abogados (la transferibilidad), el valor sería maximizado. Sin embargo, esto omite los costos de un sistema de derechos de propiedad, tanto los obvios como los sutiles.<sup>229</sup>

Supongamos que A es agricultor y es propietario de pedazo de tierra. Luego, A' es su hijo y es un mal agricultor. A no hace testamento, A' hereda el pedazo de tierra. Este pedazo de tierra es más productiva en manos de B, que es un buen agricultor. Como dice POSNER, "La eficiencia requiere de un mecanismo que pueda inducir al agricultor a transferir la propiedad a alguien que pueda trabajarla más productivamente."<sup>230</sup> Pero la eficiencia no se puede imponer, sino que se respeta la libertad del individuo, de esta forma, el individuo se enfrenta a decisiones donde una de ellas se le hace más fácil. Los individuos muchas veces eligen las acciones más fáciles de realizar. Si la herencia se basara meramente en la eficiencia, se limitaría la libertad del individuo y se diría que aquellos que mueren siendo agricultores, los bienes por ellos dejados será repartido por todos los agricultores quienes son lo que saben aprovechar el valor económico de la propiedad. De igual manera, este sistema no incentiva la propiedad. La eficiencia requiere de la libertad para existir porque uno trabaja para tener más libertad, para poder ampliar las barreras que nos restringen, es decir, tratar de reducir nuestras restricciones presupuestarias.

Un sistema de derechos de propiedad garantiza la transferencia libre de la propiedad entre individuos.

El tema de los incentivos perversos o del riesgo moral en la legítima es un campo minado que es preciso clarificar un poco el asunto. Se ha mencionado que el derecho del familiar cercano a una parte de la herencia induce al heredero a acabar con la vida de su causante. Sin embargo ello no es así por dos motivos. El primer lugar el causante lo que hace es elevar el valor de su propiedad futura, es un copropietario

---

<sup>229</sup> POSNER, *Análisis económico del derecho*, op. cit., p. 39.

<sup>230</sup> *Ib.*, p. 39.

que solo aprovechará las ventajas de las inversiones del causante, pero que no soportará las pérdidas. En segundo lugar, es el conocimiento de ser el futuro copropietario con una seguridad muy cercana al cien por ciento, pues existen las causales de desheredación. La posición estratégica del familiar cercano es diferente en ambos casos y su conducta interactúa de la siguiente manera.

En primer lugar, el propietario-causante realiza inversiones en la propiedad, cuida, conserva e incrementa su valor, pues es su propietario y es él quien va a recibir los beneficios de su trabajo, pero el consumo de esos beneficios generalmente pueden extenderse a su ciclo de vida. De esta forma, los familiares cercanos se comportan como copropietarios privilegiados. Este privilegio se deriva del poder que tienen para detener cualquier inversión del propietario-causante que pueda arruinarles, y también que toda inversión en la propiedad que aumenta valor no es gastada por ellos sino por los recursos del propietario-causante, que tampoco serían los recursos propios del propietario-causante sino que serían en, por lo menos, dos terceras partes de los familiares cercanos, es decir, siempre son inversores, pero esta inversión es ficticia es una ficción creada por el derecho.

No les convendría eliminar al propietario-causante, solo mientras los costos de mantenerlo con vida no superen los beneficios de mantenerlo con vida. Cuando este propietario-causante deja de ser útil, y comienza a dar muestras de cansancio en el trabajo de su propiedad que también lo es de sus familiares cercanos, entonces el costo de mantenerlo con vida superan los beneficios de mantenerlo con vida. Es en este momento cuando la legítima incentiva a los familiares cercanos a tratar de eliminar la fuente de sus costos, pues todos tratan de minimizar sus costos con la finalidad de maximizar su riqueza o su beneficio. Esto sin tomar en cuenta los sentimientos de las personas. Si el cariño que le siente por el propietario-causante es grande, entonces por mucho que sea costoso, el costo de mantenerlo con vida supera el beneficio de tenerlo con vida.

La legítima coloca en una posición privilegiada a este copropietario que no tiene derecho a voto para el manejo de la propiedad del propietario-causante (que sólo sería propietario de un tercio. Solo sería propietario de un tercio de sus bienes: ¡sólo un tercio!), pero tienen derecho a las ganancias cuando este muera. Ellos invierten en la propiedad, pues son propietarios "ficticios" de los otros dos tercios de la inversión

que realiza y de los beneficios que se obtienen y que sólo lo recibirán en efectivo a la muerte del propietario-causante.

En segundo lugar, es una posición privilegiada pues conoce que será heredero seguro de por lo menos dos tercios de los bienes. El conocer que es el próximo propietario le da incentivos cuando su propia balanza no está equilibrada, cuando tiene más pasivo que activo es un incentivo para que las personas se inclinen por reclamar sus deudas, en este caso solo será cobrada la deuda cuando el propietario-causante muera y todos queremos cobrar nuestras deudas para pagar nuestros pasivos. Pero imaginemos un mundo distinto donde el causante sea libre de realizar un testamento donde los recursos puedan ir a parar a manos de un tercero. Si un tercero conoce que es elegido como heredero, entonces a él mismo se le incentiva a dar muerte a su causante-propietario. Es la información que posee lo que le pone en una posición preferente, pues la primera jugada que, a nuestro parecer, debió quedar oculta, ahora se hizo, con la legítima, un develamiento de información que es detenido solamente con el velo de la moral. Y es la moral, los sentimientos (que en cierta medida dan racionalidad al análisis) los que evitan que los causantes-propietarios mueran víctimas de sus herederos.

Por eso en las películas y novelas policíacas los principales sospechosos son aquellos que se benefician con la muerte. En un sistema donde no existe la legítima, se busca saber si conoció o no que era heredero, mientras que en un sistema de la legítima tenemos tantos sospechosos como herederos haya. La legítima favorece la protección de los intereses del familiar cercano pero no cuida de los intereses del propietario-causante. Un propietario es algo así como un monopolio en el uso del bien; solo que este monopolio está limitado por otros monopolios. Existen diferencias de información entre los competidores, unos conocen una fórmula que otros no conoce, tómese como ejemplo la fórmula de la Coca-Cola. Estas asimetrías de información entre los competidores genera más competencia y el efecto de esta medida es que la competencia genera mayor bienestar para el consumidor aunque nos aleja de lo que llamamos el modelo de competencia perfecta donde se ofrezca un producto estándar, ahora con la diferencia de información lo que se produce es que el bien esté diferenciado. Algunas asimetrías de información nos ayudan a alcanzar el Óptimo de Pareto y son eficientes. Sin embargo, la información asimétrica a favor del



testador fue nivelada y ahora los familiares cercanos ya saben que serán dueños, por lo menos están con dos terceras partes seguro para ellos.

Esta posición privilegiada le permite contar con información segura sobre el futuro lo cual debe reducir la incertidumbre de futuras inversiones. Esto quiere decir que debería ser permitido que se contrate sobre bienes que serán heredados en el futuro o a cuenta de herencia futura. Sin embargo no lo está por razones morales que esto puede incentivar a las personas a acabar con la vida de los propietarios-causantes y es que conocen, según esta postura, que es el elemento moral y sentimental lo que impide que las personas allegadas eliminen a su causante, lo cual no sucedería con un extraño quien puede ver como un costo para el cobro de su deuda que el propietario-causante siga viviendo.

#### **A. La ausencia de necesidad de la legítima: ¿cuál es la necesidad que satisface?**

Recordemos lo que dijéramos al comienzo de este trabajo. "Se puede andar con una pistola cargada; se puede andar con una pistola descargada; pero no se puede andar con una pistola que no se sabe si está cargada o descargada." Allí nos preguntamos sobre la necesidad de cargar con esta institución que es pesada, que es ineficiente y que nos apunta. En esta sección descubriremos cómo es que de una división entre capacidad de pago y disposición para pagar, la necesidad de la legítima es satisfacer las necesidades de los herederos de una manera ineficiente y que existen otros medios alternativos más eficientes.

POSNER nos recomienda no confundir «capacidad de pago» con «disposición para pagar»,<sup>231</sup> con estos conceptos podemos decir cuándo una persona es tacaña y cuándo no. Para ello volvemos a utilizar un ejemplo. Imaginemos a dos padres distintos uno rico R con una herencia de 1000 y uno pobre P con una herencia de 10, estamos en un contexto de libertad para testar. Ambos tienen el mismo número de hijos: 10. Luego, el padre R decide libremente dejar a su hijo mayor un sol y a los otros nueve hijos: nada. En cambio, P decide libremente que la mejor forma de dejar su herencia es que, mediante una división justa, cada hijo reciba un sol. Ahora,

---

<sup>231</sup> POSNER, *El análisis...*, op. cit., p. 50; en su versión en inglés: «willingness to pay» y «ability to pay», p. 45.

¿podemos decir quién es tacaño? Si decimos que tacaño es R que ha dado un sol a su hijo mayor, también podemos decir que P es tacaño. Es aquí donde la diferencia entre capacidad de pago y disposición para pagar es importante. Los individuos pueden tener una alta capacidad de pago y sin embargo una poca disposición para pagar y es por la ausencia de necesidad.

La tacañería etimológicamente es “miserable” y miserable es “infeliz” o “malo”. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española anota que tacaño es sinónimo de mezquino o sea aquel que “escatima «excesivamente» en el gasto”, en palabras económicas, tacaño es aquel que minimiza los costos. Ambos conceptos la económica con la lingüística no coinciden pues para conocer la mezquindad es necesario conocer el nivel de gasto socialmente aceptado.

Después de establecer que tacaño es aquel que disminuye *excesivamente* el gasto llegamos a la conclusión que hay algo que no sea excesivo, sino que sea justo, adecuado y apropiado gasto. ¿Cómo llegar a medir ese nivel de gasto? Para ello recurrimos al concepto contrario a ser tacaño, es decir, la ligereza, la facilidad en el gasto: el pródigo. Tanto el tacaño como el pródigo son castigados o sancionados por la sociedad peruana, al parecer los valores de la sociedad peruana no soporta la idea que las personas gasten excesivamente más o excesivamente menos de lo que creen que es lo *adecuado*.

Este nivel de gasto social adecuado es un punto en el cual los miembros de la sociedad pueden estar de acuerdo, por lo que esta cifra debería ser aceptada por casi todos, es decir es una cifra razonable o justa. El indicado para determinar esa línea es el juez en el caso del pródigo, mientras que en la tacañería del causante es la ley.

Analizando detenidamente la figura observamos que lo que se hace primar es la sociedad sobre el individuo, no se piensa que los individuos toman las decisiones sobre aquello que ellos piensan que es correcto sino que hay un riesgo moral en la conducta de las personas. En lugar de primar la racionalidad de las personas, se hace prevalecer las ideas de la sociedad por entenderse como razonables. Adicionalmente, no queremos decir que la razonabilidad no sea importante. Por el contrario, la racionalidad es importante pero es necesario hacer primar algo por encima, la

racionalidad. Pues al confiar en la racionalidad del individuo lo que hacemos es proteger la esfera privada del individuo.

Muchas personas se pueden ver afectadas en sus sentimientos en razón de conocer la decisión de R de dejar sin nada a sus nueve hijos y darle un sol a su hijo mayor y sin embargo, gastarse los 999 soles. Este puede ser un daño en la moralidad de las personas, pero ¿este daño es indemnizable?, ¿debemos proteger estos intereses morales sobre la decisión del individuo? Cuando se da esta situación para un sector de los doctrinarios como CALABRESI, el derecho puede proteger a las personas de estos daños estableciendo derechos de inalienabilidad.

La legítima es una regla de inalienabilidad, prohíbe que las personas dispongan mediante testamento más de los dos tercios de su herencia si tienen familia, *i.e.* herederos forzosos. Sin embargo, proteger los derechos de estas personas afectadas en sus sentimientos por los efectos de la tacañería de ciertos individuos que siendo padres, desprotegen a sus hijos cuando dejan este mundo, conlleva en sí mismo un costo social importante medido por la cantidad de casas deshabitadas.

En términos económicos la tacañería no existe. Según la sabiduría popular la tacañería se da en aquel que teniendo capacidad de pago, no paga. Sin embargo, como hemos visto, en economía se distingue entre capacidad de pago y disposición para pagar. Si necesitamos de un caballo, bien podemos ofrecer un reino, si lo tuviéramos. Si tenemos todo un reino y no necesitamos un caballo y nos lo ofrecen en venta, quizás no paguemos aunque tengamos capacidad de pago, pues lo que nos falta es tanto o más importante como la capacidad de pago: la necesidad. Y es esta necesidad la que nos dispone a pagar según nuestras restricciones en presupuesto y en preferencia.

Por eso según la sabiduría popular el AED no es bien visto pues se entiende que los objetivos de minimización de los costos es una forma de tacañería. Mientras que la maximización de los beneficios es egoísmo. En AED tenemos una figura semejante al tacaño de la sabiduría popular: el *free rider*. Este es un oportunista, quien ocultando o evitando revelar sus preferencias en el mercado, aprovecha que los costos sean pagados por otros, aún cuando él mismo se favorezca. El *free riders* es aquel que se aprovecha de los beneficios de un situación ventajosa que otros han sufragado.

Finalmente, ¿qué es lo razonable? Es aquella decisión en la que estarían de acuerdo las partes que representan los intereses encontrados o en conflicto dentro de la sociedad.

Las conclusiones a las que arriba MODIGLIANI,<sup>232</sup> definitivamente, demuestran que la riqueza privada en países del *common law* –léase en este caso, EE.UU.–, estaría formada tanto por transferencias intergeneracional como donaciones y legados, como de los propios ahorros de los privados. Adicionalmente, la proporción entre estas dos transferencias intergeneracionales con lo efectivamente ahorrado por el propio privado es de una relación de 3 a 1, pues los ahorros ocupan el 75% de la riqueza privada, mientras que el restante proviene de donaciones y legados de parientes. Veamos,

Clearly, part of the private wealth held at any time reflects hump or life cycle wealth and part reflects wealth transmitted through inheritances and major gifts. The interesting question is: how large is each component? The available evidence, reported in seven studies largely relying on independent methods but using broadly similar, customary definitions, consistently indicates that the share of wealth received by transfer does not exceed one-fourth.<sup>233</sup>

Aunque no se niega que la herencia pueda jugar una rol preponderante en determinadas situaciones. Estas situaciones se dan cuando se trata de personas ricas o de altos ingresos. En este caso el ingreso recibido por el beneficiario es alto. Igualmente alto puede ser para los pobres el ingreso recibido por herencia cuando se ha ahorrado con la finalidad de sobrellevar cualquier calamidad incierta y futura. Así que todo lo ahorrado por los pobres, pues el ahorro es progreso para los pobres, sería heredado y, por consiguiente, sería una fuente de incremento de los ingresos privados. Así, entonces,

... the role of bequest motivated transfers, which seem to play an important role only in the very highest income and wealth brackets. Some portion of bequests, especially in lower income brackets, is not due to a pure bequest motive but rather to a precautionary motive reflecting uncertainty about the length of life...<sup>234</sup>

Como se ve, en países del *common law*, los estudios demuestran que la herencia no tiene una influencia directa sobre el ingreso de los individuos y esto, a

---

<sup>232</sup> MODIGLIANI, Franco, "The Role of Intergenerational Transfers and Life Cycle Saving in the Accumulation of Wealth", *The Journal of Economic Perspectives*, vol 2, n° 2, p. 38.

<sup>233</sup> *Ib.*

<sup>234</sup> *Ib.*, p. 39.

nuestro parecer, se debe a tres razones. La primera es que cada familiar cercano o posible heredero está incentivado a trabajar pues no confía que su causante le nombre heredero, debido a que las personas adversas al riesgo temerán no ser incluidas en el testamento, por lo que para asegurarse su propio futuro, trabajan; ahora, tomemos en consideración que la mayoría de las personas son adversas al riesgo. El miedo, como dice Tito LIVIO (h. 60 a.C. – 17 d.C.), se halla siempre dispuesto a ver las cosas más feas de lo que son. Esta distorsión es el impulso para el esfuerzo y trabajo.

En segundo lugar, la libertad es algopreciado o valorado, la independencia es siempre buscada. Por tal motivo, el trabajo es una forma de incentivo para ser más independiente de los padres. El trabajo disminuye las visitas de los hijos a los padres. En tercer lugar, el hijo independiente ya fue favorecido en la época de dependencia. Incluso, el costo de la educación universitaria pudiera haber sido pagado por los padres, el ambiente en el cual creció, las amistades, las relaciones personales, sociales y entre otros, le permiten trabajar y ser independiente para ganar su propia fortuna. Por eso dice MODIGLIANI que “inherited wealth to income will tend to be constant and independent of per capita income”.<sup>235</sup>

Hasta ahora todos los análisis de los legados muestran que el altruismo no es rechazado en un sistema de libertad, ni mucho menos está inclinado hacia el egoísmo. Y es que aún cuando no existiera legado la gente sigue ahorrando.<sup>236</sup> Como dejar herencia no es el único motivo por el cual la gente ahorrar, pensar que sí lo es, como lo presupone los países que siguen el modelo de la legítima, es que se desincentiva el ahorro en los siguientes otros motivos.

El gasto futuro esperado se reduce y con ello también el valor de las herencias. Cada generación tiene menos herencia que la otra porque la legítima desincentiva el ahorro y aumenta el consumo actual. Esto no puede ser ineficiente, sin embargo, el dinero muchas veces no es invertido en valores que puedan ser divididos sino en terrenos que son divididos en forma ineficientes al final de las vidas de los causantes. Regular la herencia, tal como lo hace el legislador del '84 tiene efectos en la

---

<sup>235</sup> *Ib.*, p. 17.

<sup>236</sup> Ver: MODIGLIANI, “The Role of Intergenerational Transfers...”, op. cit., p. 16. Aquí el autor presenta a su Modelo del Ciclo de Vida o *Life Cycle Model*, de acuerdo a este modelo, la gente sigue ahorrando aún si no existiera la posibilidad de hacer legados. El legado no es el único motivo por el cual la gente ahorra.

política pública debido a que tiene efectos macroeconómicos sobre el incentivo del consumo.

El ahorro supone una reserva para momentos de crisis futura. El consumo actual es lo contrario al ahorro, y es este el que crea un problema social. No estamos diciendo que todo el problema social de la seguridad social se deba a la existencia de la legítima, sino a la estructura de cómo se ha llevado a cabo la política social que ayuda a subrayar el impacto de la legítima en nuestra economía. La política pública de ayuda estatal a los más pobres es un caldo de cultivo para que las personas no ahorren ni trabajen. Ergo, ante una situación de crisis, no tienen recursos para afrontarla. Esto perjudica a la sociedad pues los políticos tratan de solucionar el problema a través de más salud pública, lo que implica mayores impuestos.

Otro punto importante en el trabajo de MODIGLIANI, es que distingue otra razón por la que el ingreso de los hijos no se incrementa o no está en relación con el ingreso proveniente del legado de los padres. Y es que la edad de trabajo es entre los 25 y 45 años, edad en la que es poco probable que los padres fallezcan para darle herencia. De allí que existan incentivos perversos en decir que los hijos vagos quieran matar a su padre, sin embargo, existe la posibilidad que más obtengan que sus padres estén vivos para que sigan ayudándolos, cuando dejen de ayudarlos entonces hay fuertes incentivos para que el hijo mate al padre.

Hasta que se muera su padre falta mucho tiempo, el valor esperado es mínimo o insignificante por lo que la única solución para asegurarse a sí mismo es trabajar. Así se expresa MODIGLIANI, cuando se refiere al fuerte ahorro que se realiza entre los individuos entre las edades de los 25 a 45 años: "This rise in wealth cannot be attributed to inheritance to any significant extent, since, as one World expect, the receipt of important inheritance is rare before age 45."<sup>237</sup>

El miedo a ser desheredados puede conducir a dos conductas. La primera es a trabajar, con la finalidad de ganar y ahorrar los recursos suficientes que serán gastados luego en la jubilación. La segunda, dedicar más tiempo a los padres para ganar su cariño y afecto y así, asegurar su jubilación con la herencia. Sin embargo, la

---

<sup>237</sup> MODIGLIANI, Franco, "The Role of Intergenerational...", op. cit., p. 30.

legítima elimina el incentivo para dedicar más tiempo a los padres y para trabajar, pues la jubilación ya está asegurada, siempre y cuando los costos de oportunidad de esperar la herencia no sean mayores.

### **B. Los efectos de la legítima en el libre intercambio**

Tanto para POSNER como para FURUBOTN & PEJOVICH, los derechos de propiedad son exclusivos pero en forma relativa, ya que de ser absolutos impedirían obtener los beneficios que se obtendrían del sistema de derechos de propiedad. Un sistema de derechos de propiedad permitirá las mutuas intromisiones. Pone por ejemplo el caso del ferrocarril, en donde para disfrutar de los beneficios de la era del vapor era necesario soportar los incendios que las chispas del tren pudieran ocasionar. Es decir, debe de permitirse que “el tren emita chispas sin ninguna limitación legal”.<sup>238</sup>

De igual manera, las chispas pueden ser comparadas al temor que puede existir que los causantes dejen sin los medios necesarios para vivir honestamente. La propiedad debe ser de libre disposición aunque eso pueda generar ciertos problemas de orden moral.

Pongamos otro supuesto, A es el padre y A' es el hijo. En un mundo donde no existe la legítima el padre A deja sus bienes a otra persona y a su hijo nada. ¿Qué puede hacer el hijo? En primer lugar, puede pedir que se declare nulo el testamento, porque lo que ha dispuesto son también sus tierras. Aquí la regla elegida por la sociedad es una de propiedad a favor del hijo. La segunda alternativa es que hijo demande por daños y perjuicios contra los herederos de su padre porque su padre le ha dañado con su conducta ha herido sus sentimientos y exige daño moral. Como se ve, esta sería una regla de responsabilidad. Una tercera y última alternativa, sería que se prohibiera al padre disponer y por ello el hijo podría reclamar parte de la herencia pues el padre no tenía derecho para disponer de esa parte de su herencia. Esta es una regla de inalienabilidad o de prohibición y es la que corresponde a la legítima.

Ahora, un sistema de derechos de propiedad tiene que establecer a quién le da la propiedad, pues puede darle al propietario como puede darla tanto al

---

<sup>238</sup> POSNER, *El análisis...*, op. cit., p. 54; FURUBOTN, Eirik & PEJOVICH, Svetozar, “Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature”, *Journal of Economic Literature*, vol. 10, nº 4, 1972, p. 1140.

propietario como al hijo del propietario. Un sistema de tal tipo que parece un sistema de propiedad es el de los derechos de inalienabilidad. Son inalienables, por ejemplo, nuestro corazón, nuestra córnea, pues no sólo es propietario quien tenga el riñón sino también lo es la sociedad. La sociedad ha expropiado la libertad de disponer de su propiedad. Del mismo modo, la legítima es una expropiación en beneficio del hijo. Pero esta expropiación no es en el sentido legal el término que nosotros conocemos.

Preguntémosnos, ¿quién invade el derecho de quién? En otras palabras, ¿es acaso el derecho del padre quien invade el derecho del hijo o es, por el contrario, el derecho del hijo quien invade al del padre? Porque en el caso de las chispas del ferrocarril es claro. El derecho de propiedad del propietario del ferrocarril se inmiscuye en el derecho de propiedad del granjero que tiene su cosecha de trigo para recoger y que luego es incendiada por el ferrocarril. En el mismo sentido, es el derecho de propiedad del granjero sobre su tierra de cultivo de trigo, el que se inmiscuye en el derecho de propiedad del propietario del ferrocarril. Sin embargo, debemos preferir a uno de ellos.

Ahora, bien cuál es el derecho de propiedad del hijo sobre el patrimonio de la herencia del padre. El hijo no tiene derechos de propiedad, sino que la ley le ha creado ese derecho de proteger sus expectativa que la herencia que deje su padre será parte para él. Es decir, de la riqueza acumulada por su padre mediante esfuerzo y trabajo parte de ese esfuerzo le corresponde a él. Pero aquí no hay conflicto de dos derechos de propiedad, pues el heredero no es propietario hasta que se produzca la apropiación del heredero. Antes no hay propiedad. Este no es un conflicto de dos derechos de propiedad.<sup>2</sup>

Por eso la libre disposición del causante no es ilegal cuando es fuera del testamento. El causante es libre para disponer de sus bienes a título oneroso, hasta por el íntegro de sus bienes, salvo que haya prodigalidad o mala gestión.

Ahora bien, cuando analizamos el planteamiento de Francis BATOR,<sup>239</sup> encontramos que los mercados pueden ser concebido como un sistema de señales o, lo que es lo mismo, un sistema de incentivos del mismo modo que lo es el sistema de

---

<sup>239</sup> BATOR, Francis M. "The Anatomy of Market Failure", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 72, n° 3, 1958, p. 363.



derechos de propiedad. Por lo tanto, podemos decir que existe un mercado del afecto y que este está regido por el sistema de derechos de propiedad y no por el derecho de familia. Pues en este mercado del afecto las relaciones, en las que está dado, son de derechos de propiedad. Aún cuando el afecto dentro de la familia exista, en nada modifica nuestro análisis, pues este afecto no es monopólico. Al convertirse este afecto en obligatorio, en lo que se refiere a la herencia, lo que hace el legislador del '84 es crear un monopolio, pues crea restricciones al derecho de propiedad que incrementan el costo de las transacciones. El aumento de este costo imposibilita las transacciones y por ende los bienes quedan allí donde han sido asignados incapaces de poder buscar mejores usos.<sup>240</sup>

El mercado, en concepción de BATOR,<sup>241</sup> además de ser un sistema de precios, donde el precio es la señal del mercado, también indica que el mercado también es un sistema de reglas de juego y de sanciones inherentes en el caso que los jugadores no respeten las reglas de juego. Cuando este sistema de incentivos falla, entonces tenemos, siguiendo con el mismo autor, dos posibles resultados. El primero, que se incentiven actividades no-deseadas, por ejemplo, que los herederos no dediquen el esfuerzo y el trabajo necesario para vigilar y proteger la propiedad familiar debido a que existe un propietario que ya se encarga de la misma labor, lo cual puede reducir la inversión en dicha propiedad. El segundo problema que se ocasionaría sería que se desincentivan actividades deseadas, por ejemplo, el número de visitas de los hijos a sus padres, o las inversiones a la propiedad familiar por parte de uno solo de los hijos, por eso la propiedad puede no tener el nivel suficiente de cuidado y mantenimiento puesto que los beneficios son internalizados por todos pero invertido por unos cuantos.

Una relación importante que encontramos en el trabajo de BATOR es que para que el sistema de mercado alcance su eficiencia-Pareto que asegura el mejor funcionamiento del mercado, el mercado debe ser difuso o desconcentrado, mientras que las propiedades deben tender a la concentración. En este sentido, aunamos a lo

---

<sup>240</sup> Aunque hemos de reconocer que esta afirmación es un tanto aventurada en el sentido que la jurisprudencia ha reconocido que el derecho de propiedad no ha sido afectada con la legítima y que la única limitación al derecho de propiedad la encontramos en el momento de hacer testamento. Aunque consideramos que existe otra limitación y se refiere a toda liberalidad del causante hecha en vida a través de donaciones. Y por ello, las donaciones son una forma de reconciliar valores subjetivos similares y que hay diferencia, solo en la capacidad de pagar. Y la disposición de pagar es la misma tanto para el benefactor como para el beneficiado.

<sup>241</sup> BATOR, "The Anatomy of Market Failure", op. cit., p. 352.

dicho por COASE sobre su teoría de la empresa, en donde sólo existirán empresas cuando sus costos de organización y de coordinación sean menores a los costos de organizar el mercado. Uniendo ambos conceptos diremos que el mercado funcionará mejor mientras menos concentrado esté, tanto como consumidores como productores, y que existirán un número de empresas que no será infinito. Aún cuando en el trabajo de BATOR pareciera sugerir que la eficiencia requeriría de un número infinito de empresas y consumidores.<sup>242</sup>

Es decir, la propiedad de las empresas muy bien puede estar separada de la administración, pues los costos de transacción permiten que esta copropiedad sea eficiente. Mientras que para propiedades como una casa, un auto a un terreno de cultivo como trigo, maíz o heno no sea rentable, quizás la división en copropiedades pues los costos de transacción imponen un línea de eficiencia que no son reconocidas por la legítima. Por este motivo, la propiedad debería centrarse, mientras que el mercado debería ser difuso. La copropiedad cuando está por debajo de los costos de transacción no es un problema, es un problema cuando está por encima y es en esta dirección a la que tiende la legítima. Puesto que el precio de mercado es el resultado del juego de derechos de propiedad.

Al analizar el entorno económico en el que se desenvuelve la legítima debemos reconocer dos momentos uno contrafactual y otro hipotético. El primero, en un Perú sin intervención estatal, los costos de transacción se reducirían de este modo una asignación inicial de los recursos escasos mediante una serie de transacciones llegaría a una asignación final; las transacciones trasladan la propiedad de aquellos usos menos valiosos a aquellos usos más valiosos, lo cual los bienes tienen valor de cambio.

En cambio, en un caso hipotético en el que la legítima sea del cien por ciento de la propiedad, los costos de transacción se elevan debido a que el estado ha creado un monopolio, los propietarios solo pueden dejar sus bienes a sus familiares y a nadie más, sus opciones se reducen a solo sus propios familiares cercanos. De esta

---

<sup>242</sup> Sin embargo, se ha demostrado que en algunas situaciones los mercados funcionan mejor cuando es una sola empresa la que administra el recurso, cuando se trata de monopolios naturales. Pero aún en ese caso queda la vía de insertar competencia y de desintegrar la empresa verticalmente y sumarle una regulación estatal.

manera, la asignación inicial de los derechos de propiedad sería el mismo de la asignación final, lo cual produce una relación estática donde el mercado no funciona.

Muchas veces se ha dicho que la definición de justicia es abstracta. Y es que se basa en un estándar. Y como sabemos los estándares no existen. Si mi vecino tiene cuatro autos y yo ninguno, en promedio tenemos dos carros cada uno. Del mismo modo, cuando la dogmática jurídica clásica considera que si A desembolsa 100 en una casa, esa casa para él vale 100. Esta manera de pensar se basa en una abstracción, en un estándar. Se desprende de la teoría económica que el precio es el resultado del libre juego de la oferta y la demanda, se llega a un punto de equilibrio en donde los costos marginales (CM) igualan los beneficios marginales ( $BM = CM$ ), el precio (P) es igual al costo marginal ( $P = CM$ ) y donde se logra la eficiencia. En este punto se alcanza la eficiencia es un punto feliz, de equilibrio. En este punto, si A piensa pagar por una propiedad no más de 100 y el precio de mercado es de 100, pues el costo es de 100, entonces ni A que compra el bien, ni B que lo vende, ni ganan ni pierden solo hay cambio de iguales valores. ¿Pero esto es así siempre? No, esto es un estándar, pues el precio se coloca en ese punto de equilibrio y en la vida real hay personas que valoran más el bien del precio que está dado en el mercado, del mismo modo que habrá personas que considerarán que el precio de mercado es un incentivo para desprenderse del bien.

El hecho que sea un concepto abstracto la definición de justicia y el mismo punto de equilibrio donde se asienta la eficiencia, es que se basa en una excepcionalidad, escasamente las personas se encuentran en esa situación muchas personas aprovecharán del precio de mercado para vender o para comprar y son su compra modificarán una vez más el precio y este punto irá fluctuando de tal manera que es un equilibrio dinámico en forma estable. Pues, como venimos diciendo, la justicia es aquel punto de equilibrio en el que se llega a una decisión en la que estarían de acuerdo las fuerzas en conflicto dentro de la sociedad. No es que haya en este punto todas las decisiones sino que su justicia está en cuánto se acerquen a este punto.

En efecto, la justicia supone beneficiar a cada uno de los elementos que forman parte del tejido social. En otras palabras, la justicia causa un beneficio a cada uno de los elementos. Por eso estarían de acuerdo hasta los puntos en conflicto dentro

de la sociedad, pues por más que estén en conflicto, por lo menos coincidirán en un punto. De esta manera se maximizan las preferencias. Y la justicia supone maximizar las presencias, de la misma forma que hace el sistema de precios. Por eso no es muy distinto hablar de justicia como hablar de eficiencia y por eso la justicia no está alejada de la sociedad, como tampoco lo está el hablar de mercado. La justicia, como la eficiencia, tienen una base real y social que les reviste de una cuerpo de acción y de interacción entre los individuos que componen este entramado social que llamamos sociedad.

### **C. Incentivos negativos sobre la especialización del individuo**

El hombre viviendo en sociedad ha llegado a especializarse para poder comer, para poder satisfacer sus necesidades. Existe entonces una necesidad de especialización, en la cual los individuos se dedican a satisfacer una necesidad específica según sus habilidades y destrezas innatas o aprendidas. ¿Cómo puede incentivarse esta especialización? Pues bien, esta especialización se incentiva por medio del mercado, este sistema de precios nos dice qué especialización es la más valiosa para la sociedad y de acuerdo a ella la gente elige especializarse, si se dedica a estudiar economía o si se dedica a estudiar derecho o tal vez medicina o por último filosofía, son diferentes elecciones.

Sobre este punto recae la legítima, la legítima impone que los bienes pasen a manos de un causante que difiere muchas veces de los intereses que pudo haber tenido el causante. Puede ser que al causante le haya gustado el arte y sus pinceles, por herencia le haya tocado a quien detesta el arte. Esta diferencia de valor es la que se aprecia en la especialización. De otro lado, la enseñanza que haya podido darle a su hijo es un pago que difícilmente puede ser colado pues la enseñanza invertida en el familiar cercano como un hijo es difícilmente colable. Cómo medimos esta enseñanza y cómo llevamos esta enseñanza pues supone algo dejado de ganar por el padre por la enseñanza. Y si el padre ha invertido en la educación de uno de sus hijos más que en los de otros entonces también hay una diferencia en el momento de la especialización. Existen diversas situaciones.

¿Cuáles son los requisitos para la especialización del trabajo? Y luego ¿cómo afecta la legítima a estos requisitos o condiciones para la especialización del trabajo?

Para poder mostrar estos efectos hagamos uso de un ejemplo simplificado. Supongamos que en una familia de cinco hermanos, el padre se dedica a la agricultura (también podría tener un consultorio jurídico, dental o médico), las preferencias de cuatro hermanos hace que no sigan la vida de agricultor. A la muerte de los padres, la herencia se queda en veinte por ciento para cada hermano. Las tierras son valuadas altamente por uno de los hermanos, pero no es aprovechado pues los derechos de propiedad han recaído sobre sus otros hermanos. De esta manera, la legítima no propicia la especialización no favorece a quien ha recibido la preparación para hacerse cargo.

El más especializado termina perdiendo. Y la distribución de los recursos va a parar a manos que lo valoran menos que luego regresarán a las manos que más lo valoran pero al cual debemos deducir los costos de transacción que se han perdido en el camino.

Pero, ¿por qué la especialización es importante? Ronald COASE responde esta pregunta de la siguiente manera:

I adopt the view which comes from Adam Smith that the productivity—the efficiency, if you like—of an economic system depends on, as Adam Smith puts it, the division of labor, or as I would say, on the specialization of people, of firms, of countries. But you can't have specialization without exchange and, therefore, the ability to make exchanges is a very necessary part of a good economic system. The greater the ease of making exchanges, the more possibilities there are, the more productive and the more efficient the economic system will be.<sup>243</sup>

Y es que la especialización es que las actividades sean realizadas por aquellos que mejor saben hacerlas o que lo hacen a un menor costo, creando así una mayor utilidad para la sociedad.

---

<sup>243</sup> Ronald COASE in The Roundtable Discussion: BAIRD, Douglas G. "The future of Law and Economics: Looking Forward", *The University of Chicago Law Review*, 1997, vol. 64, n° 4, p. 1139.

El estudio de Tsuneo ISHIKAWA,<sup>244</sup> revela que por sus resultados un sistema fundado en el egoísmo es igual a un sistema basado en el altruismo. Pero, ¿cómo pueden llegar a ser iguales, en sus resultados, ambos sistemas que parecen tan disímiles?, para ello Tsuneo ISHIKAWA dividió a las familias según los valores de los padres. De ello surgieron dos grupos, el primer grupo de familias que se caracterizaba por el «altruismo de los padres» y el segundo, basado en un «egoísmo de los padres». Esto quiere decir que las familias con altruismos de los padres son familias donde a los padres les place preocuparse por el bienestar de sus hijos luego que ellos alcanzado la edad de la independencia, es decir, estos padres sienten la necesidad de satisfacer las necesidades de sus hijos independientes. El otro grupo, conformado por las familias con «egoísmo de los padres» es un tipo de familia donde los padres buscan la satisfacción de sus propias necesidades, no tienen interés en sus hijos independientes.<sup>245</sup>

Además, tal como lo hace ISHIKAWA, es necesario subdividir el primer grupo según la forma de manifestación del altruismo. ISHIKAWA, en este caso sólo dividió en dos sistemas de transferencia intergeneracional: el legado o herencia, pues recordemos que este es un análisis llevado a cabo en países del *common law* donde el legado es igual a herencia, o para nosotros, sistema de herencia libre; y por el otro lado las donaciones *inter vivos*. En este sistema altruista los padres buscan que cada hijo reciba más o menos la misma cantidad de legado. Por otra parte, los legados y las donaciones pueden consistir en *human wealth* como la educación y en *financial wealth* como el dinero o una casa.

En un mundo de recursos escasos y de necesidades ilimitadas, lo que el hijo consume es lo que el padre deja de consumir; igualmente, lo que el padre consume es lo que el hijo deja de consumir. Desde luego, bajo un sistema egoísta, los padres tratarán de consumir tanto como les sea posible bajo sus restricciones presupuestarias. Disminuyendo el ahorro de los padres, sacrificando el consumo futuro

---

<sup>244</sup> ISHIKAWA, Tsuneo, "Family Structures and Family Values in the Theory of Income Distribution", *The Journal of Political Economy*, vol. 83, n° 5, 1975, pp. 987-1008.

<sup>245</sup> Como afirma Herbert A. SIMON: "Neoclassical economies assumes that people maximize utility but postulates nothing about what utility is." La definición de lo que entendemos por *utilidad* es importante, pues tanto sería utilidad un viaje al caribe como el preocuparse por el cuidado de sus hijos. Y de este modo, "With only this assumptions, it is impossible to distinguish altruism from selfishness". SIMON, Herbert A. "Altruism and Economics", *The American Economic Review*, vol. 83, n° 2, Papers and Proceedings of the Hundred and Fifth Annual Meeting of the American Economic Association, 1993, p. 158.

por el consumo actual. Y es que tanto los padres como los hijos están sujetos a restricciones, tanto en su presupuesto como en sus preferencias. De tal manera, las preferencias del hijo diferirán de la de los padres y viceversa, aunque otras veces coincide.

Concluye afirmando ISHIKAWA que,

... if the (gross) bequest is a "necessity" relative to lifetime consumption... or if it is relatively a "luxury good" and the fertility rate is higher than the interest rate..., then the inequality in the distribution of financial wealth, and, hence, of total wealth, will be eliminated in the long run. On the other hand, if the (gross) bequest is relatively a "luxury good"... and the fertility rate is relatively low..., then the economy experiences stratification in terms of property income and financial wealth.

Alternatively, within the framework where the basic assumption still holds but where the household is parental self-satisfaction, bequests are definitionally zero and each generation is exactly like the other. The economy is then characterized by perfect equality of income and wealth.<sup>246</sup>

En el modelo de ISHIKAWA, como hemos dicho, el altruismo crea desigualdad mientras que el egoísmo crea igualdad. Supongamos que existen dos familias, una familia A altruista y una familia E egoísta. Luego, consideremos la situación económica de los padres, subdividamos la familia A en ricos (B) y pobres (C), de igual manera la familia E en ricos (F) y pobres (G).

La familia B durante toda su vida la familia altruista se preocupa por las necesidades de su hijo, le brinda, por ejemplo, educación de mejor nivel, un ambiente distinto y saludable, entre otras cosas, lo que a su vez le ayuda a que sus ingresos sean mayores, y colateralmente le brinda mayor independencia de sus padres. Al final de sus días los padres pueden dejarle como legado una casa, un auto y otros bienes. En este caso, la riqueza ha generado riqueza y le ha favorecido respecto de la familia C.

El planteamiento de ISHIKAWA es que en un esquema altruista cuando la familia es pobre, el resultado es igual al de un sistema egoísta. Esta familia C, no puede brindarle a su hijo la mejor educación, ni el mejor ambiente y al final de sus días puede dejarle poco o casi nada, digamos cero.

---

<sup>246</sup> ISHIKAWA, Tsuneo, "Family Structures and Family Values in the Theory of Income Distribution", *The Journal of Political Economy*, vol. 83, n° 5, 1975, p. 999.

Veamos cómo la afirmación de ISHIKAWA es correcta. En un sistema de familias con padres egoístas, los padres, sean ricos o sean pobres tratarán de satisfacer sus propias necesidades, con lo cual consumen lo que podría ser dejado a sus hijos para que sea consumido por ellos. Los padres al consumir sus ahorros, dejan a sus hijos cero, tanto si son pobres como si son ricos. Notamos entonces, que el resultado de cero se da tanto en el caso de familias con padres egoístas, sean ricos como pobres; y, en el caso de las familias con padres altruistas y pobres. En forma perversa, podemos decir que la pobreza es el peor egoísmo. Donde el egoísmo dependería del tamaño de la herencia, del patrimonio de los padres o de todo aquello que se deje. El problema del egoísmo es que las inversiones en educación disminuyen en cada generación de no existir otro mecanismo de financiamiento de la educación.

La estructura en la que se basa la herencia libre es la libertad como la legítima descansa en el altruismo. La libertad del sistema de herencia libre permite que los padres puedan ser o altruistas o egoístas. Mientras que el modelo de la legítima solo deja que los padres sean altruistas. Como es de sistema altruista le afecta todos los males, no hay problema allí donde los padres son ricos, el problema es cuando los padres son pobres, quienes se comportan como padres egoístas. La herencia forzada también fuerza a los padres a ser egoístas, no es que la herencia forzada incentive el egoísmo sino que, por sus resultados, la pobreza de los padres semeja a un egoísmo.

El Perú es un país pobre. El índice de pobreza es alto, aunado con la legítima sentenciamos a los peruanos pobres a ser tildados como egoístas. Es preferible un sistema libre pues permite que los padres sean egoístas o sean altruistas. Esta facilidad de ser uno u otro permite que los recursos sean asignados a sus usos más valiosos.

Entonces para completar la idea, como dice ISHIKAWA, "los padres pobres que no dejan ninguna riqueza financiera a sus hijos... en tales casos, el aparente valor familiar [fundado en el altruismo] llegaría a ser el mismo que en el egoísmo de los padres como valor familiar por sus resultados".<sup>247</sup> Y termina afirmando que "las familias pobres pueden no ser capaces de realizar el altruismo paterno incluso si ellos

---

<sup>247</sup> "... parents with poor wealth positions to leave any financial wealth to children and to provide the optimum level of education to children... In such cases, the apparent household value might well become the same as parental self-satisfaction." ISHIKAWA, "Family Structures...", op. cit., p. 1000.



potencialmente lo poseen, entonces los padres están forzados a comportarse como si ellos poseyeran un valor fundado en el egoísmo o un valor cercano a este.”<sup>248</sup>

Tanto el egoísmo como el altruismo tienen efectos macroeconómicos, pues el egoísmo incentiva el consumo actual mientras que el altruismo sacrifica el consumo actual por el consumo futuro, lo que supone que los padres están especulando con los recursos. Nadie mejor que regule el mercado de las herencias como los padres, pues decidirán si consumen su herencia o lo mantienen guardado para dejarlo a sus hijos o a sus herederos. Pues los padres como todo especulador lleva los bienes de donde abundan a donde son escasos, sea esto en tiempo o en espacio. Si es en el tiempo, como lo hacen comúnmente los padres, los recursos si son almacenados por los padres los recursos no son disfrutados por los hijos, pues supone que los padres le están dando el mejor valor al estar siendo guardados.

Puede ser una propuesta, pues los impuestos progresivos a las herencias pueden financiar proyectos de mejoramiento de las escuelas y de los centros de investigación y universidades en el país. Pues en el Perú, como lo explica el trabajo de ISHIKAWA,<sup>249</sup> una riqueza inicial baja tiene influencia en el comportamiento de los descendientes quienes tratarán de procurarse la alimentación y otros recursos básicos, desatendiendo aquellas actividades que crean valor humano dentro de la sociedad, como lo es la educación, entendida como una inversión. Una baja asignación de recursos inicial origina sacrificar la educación (consumo futuro) al consumo actual, pues existe una relación directa entre la educación y la asignación inicial de riqueza, aumenta la educación con el tamaño de la asignación y disminuye cuando la asignación inicial de la riqueza es baja.

La legítima posibilita la inversión en educación de familias acomodadas mientras que a las pobres no les permite invertir en educación. Los efectos de la legítima sobre la especialización y preparación del individuo está no en los valores morales de las familias sino en el sistema elegido para regular un sistema de transferencias intergeneracionales. Como dice el adagio “divide y vencerás”, mientras

---

<sup>248</sup> “More specifically, poor families may not be able to *realize* the value of parental altruism even if they potentially possess it, so they are forced to behave as if they possessed parental self-satisfaction, or value close to it”. ISHIKAWA, “Family Structures...”, op. cit., p. 1001.

<sup>249</sup> ISHIKAWA, Tsuneo, “Family Structures...”, op. cit., pp. 987-1008.

la legítima suponga una difusión de los patrimonios las inversiones en educación serán bajas y tendremos una sociedad con capital humano bajo. Así parece indicar el trabajo de ISHIKAWA quien para terminar advierte que toda búsqueda en el futuro debe tomar en cuenta el desarrollo de un modelo pleno que incluya el sector educacional que en la Era del Conocimiento es un capital de valioso aporte.

Existe el temor, infundado, que un sistema de libertad testamentaria incentivaría positivamente legados tacaños basados en valores egoístas de los padres respecto de sus hijos. Sin embargo, información empírica de MENCHIK demuestra que un sistema de herencia libre los legados son más igualitarios y según la información recogida por Gary S. BECKER,<sup>250</sup> los legados en nada influían en el ingreso de los hijos.

En las líneas que anteceden hemos tratado sobre el trabajo de MENCHIK. Ahora, pues, vamos a tratar sobre el punto de vista de BECKER que va a ayudar a nuestra hipótesis en dos cuestiones fundamentales. La primera cuestión es que la propuesta de BECKER se centra en reafirmar que la Economía es una ciencia que se basa en el estudio y análisis de las interrelaciones sociales, tal como lo hace el Derecho. Como segundo punto, nos muestra que no hay una relación directa entre lo heredado por el hijo y su ingreso, esto quiere decir que en nada afecta que reciba o no herencia, el no dejarle herencia no es dejarlo sin los medios necesarios para vivir honestamente.

Centremos nuestra atención en el segundo punto pues de allí podemos desprender una serie de consecuencias importantes que ayudan a afirmar nuestra tesis que la legítima no responde a la eficiencia de nuestro sistema de derechos de propiedad y que, por el contrario, responde a las necesidades de otras épocas. BECKER comienza diciendo que las personas interactúan una con otras teniendo como fuente sus ingresos; luego, divide la sociedad en familias, donde en cada familia hay un cabeza que recibe los ingresos no sólo para él sino para redistribuirlo con toda su familia. Los ingresos dan poder de compra que es redistribuida por el jefe de familia a cada uno de los miembros. Veamos cómo concluye BECKER su trabajo:

---

<sup>250</sup> BECKER, Gary S. "A theory of Social Interactions", *The Journal of Political Economy*, vol. 82, n° 6, 1974, pp. 1063-1093.

Not only the head but other members too act "as if" they "loved" all members, even when they are really selfish, in the sense that they maximize not their own income alone but family income. Transfers from parents to children in the form, say, of schooling, gifts, and bequest tend to be negatively related to what the income of children would be relative to their parents in the absence of these transfers. Therefore, the relative income of children inclusive of transfers could be unrelated or even negatively related to these transfers. Consequently, one cannot infer anything about the stability across generations of economic or social positions simply from knowing the relation between parental position and the amount transferred.<sup>251</sup>

Por lo tanto, nos dice BECKER que el ingreso de los hijos es independiente y hasta podría ser una relación en sentido negativo con el legado dejado por el padre, es decir, el ingreso de los hijos no depende de la herencia dejada por el padre, es más podría ser que los ingresos disminuyan cuando mayor sea el legado de los padres. Y esto tiene una explicación. Comencemos diciendo que es importante entender el contexto económico en el que nos encontremos, la misma situación puede variar si nos encontramos en la Era del Conocimiento (capitalismo), en la Era Industrial (capitalismo) o en la Edad Media (feudalismo). La forma de la transferencia intergeneracional de la riqueza también afecta el resultado pues puede ser a través de una herencia, donación, educación, traspaso de la administración de la empresa, etc.

De esta forma podemos decir, basándonos en el trabajo de BECKER que si los padres dejan, en la Era del conocimiento, una considerable herencia a sus hijos en *human wealth* como la educación la relación entre las transferencias intergeneracionales y el tamaño de la transferencia están directamente relacionados, a mayor tamaño de la transferencia mayores ingresos de los hijos pues la educación les ha permitido ser más competitivos y así mejorar sus ingresos.

Del mismo modo, si los padres dejan a sus hijos grandes cantidades de propiedades y tierras, en la Era de la Industrialización, la relación es indirecta, pues la mayor cantidad de tierras y propiedades, sin una buena inversión y ello implica educación, no son administradas como es debido. Una historia es contada por Orson Welles, *The Magnificent Amberson* (1942), en la que narra las aventuras de una familia aristocrática que se ve vencida ante el avance de la industrialización y donde ellos antes eran grandes aristócratas su fortuna fue acabándose poco a poco, debido a la falta de preparación para el cambio, pues su educación fue como aristócratas y la

---

<sup>251</sup> *Ib.*, pp. 1063 y 1093.

herencia fue aristócrata, esta educación en una Era de la Industrialización era contraproducente lo que originó que la familia cayera en desgracia, mientras que las familias de los pobres inventores, profesores e ingenieros fue aumentado de valor. No querían invertir en los autos.

Otro ejemplo interesante es el caso de la Edad Media. Cuando Europa estaba dividida en pequeños feudos, las familias dejaban lo más valioso para ellos en herencia: tierras y se hacían y deshacían matrimonios como si se estuviera reconfigurando los mapas de las propiedades familiares. Aquí hay una relación directa entre la herencia en *financial wealth*, en material como las tierras y el ingreso de los hijos, pues mientras más tierras recibieran mejores serían los ingresos de sus hijos quienes seguirían siendo ricos. Pero en la misma Edad Media, los pobres solo podían dejar educación y conocimiento a sus hijos, en una Era que no era del conocimiento, éste no era remunerado auspiciosamente. Por eso se cuentan historias de cómo los intereses de una generación no son los de la otra y de cómo en una sociedad todavía dominada por la economía agraria, la educación era considerada como pobreza. Así TURGUENIEV nos cuenta en *Padres e hijos* la historia del hijo de un médico de provincia que aún cuando las investigaciones en medicina avancen, los médicos siguen siendo malamente pagados para ser médicos de provincia y así aparece la famosa llamada del “médico pobre de provincia”.

En conclusión, la existencia de una relación directa o indirecta depende de la estructura y modalidad de la transferencia dejada, tendiendo, por supuesto, en cuenta la estructura económica de la sociedad.

Como hemos visto, los valores de la tierra desde la Edad Media hasta nuestros días es diferente. Ahora, quizás en la Era del Conocimiento lo más importante no sean las herencias físicas o financieras que se dejan sino el valor que los padres dejan a sus hijos en su educación, por ejemplo. Este tipo de inversión guarda relación estrecha con la época en la cual la sociedad vive y esta adecuación del derecho a los cambios de la sociedad se hace patente en los derechos de propiedad, que se van redefiniendo de tiempo en tiempo, lo mismo sucedió en la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1890. En aquella época los derechos de propiedad concebidos como

derechos corpóreos (*corporeal property*) pasan a convertirse en derechos intangibles (*intangible property*).<sup>252</sup>

De esta forma, POSNER también concluye que “The economic theory of property rights implies that rights will be redefined from time to time as the relative values of different uses of land change”. Todo derecho, de tiempo en tiempo, cambia; un sistema jurídico basado en la libertad permite que estos cambios sean posibles y no afecten a las generaciones siguientes. Al mismo tiempo, estos cambios deben ser amparados por la justicia, para que los cambios no sean radicales y temporales, alejados de los deseos y sentimientos de las personas que componen la sociedad. La legítima constituye un obstáculo para estos cambios, pues aun en la redacción del Código Civil peruano, como lo hace notar frecuentemente LOHMANN LUCA DE TENA, se confunde “herencia” con “bienes”. La herencia, está constituida por los bienes, derechos y obligaciones. Los bienes son una parte de la herencia. ¿Se transmite los derechos de propiedad de los bienes o sólo los bienes? Lo que se transmite en el *common law* son los derechos de propiedad.

Para producir resultados en la finca, el propietario tenía muchas opciones: (1) trabajar la tierra por ellos mismos con sus familias; (2) alquilar trabajadores a sueldo o contratar con aparceros; o (3) arrendar la tierra bajo una renta fija o una parte de la cosecha.<sup>253</sup> Si escogía la primera opción, la producción de la tierra se debía al aporte de los miembros de sus familias en el trabajo. Los hijos, el cónyuge participaban del trabajo rural de la finca. Ergo, la familia realiza un trabajo, cada miembro en diferente medida y según sus posibilidades y de acuerdo a las instrucciones del jefe de familia.

Pero no sólo tenía el propietario la primera opción, nótese que por lo menos tiene otras dos opciones. Ahora, el argumento de la copropiedad de la familia es artificial y engañoso debido a la participación de la familia en formar lo patrimonio pudo haber sido formado también por los apareceros y los arrendatarios, ¿merece ellos también parte de la herencia? ¿o es que consideramos que todo aquel

---

<sup>252</sup> Ver: COMMONS, John R. “Institutional Economics: Comment by professor Commons”, *The American Economic Review*, vol. 2, 1932, p. 264-268. Aquí el Profesor Commons nos dice que el derecho de propiedad pas a ser.

<sup>253</sup> ALSTON, Lee. J. “Tenant Farming”, *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 5, New York: Oxford University Press, 2003, p. 98.

que participa en la formación de nuestro capital merece parte de esta propiedad al final de nuestros días, el empleado del patrón?

Y es así de este modo cómo se van formando los capitales de los propietarios. Este resultado es fruto del trabajo conjunto de la familia, pero del que no sabemos cuánto le corresponde a cada miembro de la familia. El legislador del '84 ha calculado que aproximadamente era de las dos terceras partes. Una investigación estadística de este tipo sería costosa debido a lo difícil que sería calcular caso por caso. Preguntando a las familias cuántos hijos tienen, cuántos de ellos trabajaron y desde qué edad hasta qué edad, cuántas horas diarias, *inter alia*.

Ante la ausencia de estos datos el legislador optó por presumir que sería dos tercios del patrimonio formado e la suma del relicto con lo donado *inter vivos*. Esta abstracción que se facilita porque el derecho es una ficción crea problemas, pues le corresponde la legítima a los familiares cercanos cuando ellos no han participado de la formación del patrimonio del causante. Tal como sucede en las modernas sociedades donde los individuos forman su propio patrimonio y donde los ingresos están en función de la inversión en educación de los padres en los hijos.

Para evaluar todos estos datos no hay nada mejor que dejar en uno mismo la responsabilidad de decidir qué es lo mejor, caso por caso. Devolver al propietario su derecho de disposición de sus bienes. Quizás resulte fácil intervenciones inspiradas en un sentimiento de equidad, pero este sentimiento debe ceder ante el reconocimiento del derecho de la otra persona a realizarse por sí misma, derecho a pensar como ella guste y a expresarlo en su testamento. Quizás tengamos en mente una familia donde los niños trabajan para el padre y todos colaboran en la formación del patrimonio durante todas sus vidas y en el último momento el padre decide dejarle su fortuna a su nueva conviviente; la cual, como la bruja malvada de los cuentos infantiles, despoja, una vez que ha adquirido la herencia, de los derechos que tienen sus hijos. Pero para pensar así tenemos que investigar el drama, paso por paso y ante esta enorme investigación en tiempo y en dinero no compensaría pues finalmente quien va a decidir no sería aquella persona que tiene libre albedrío, libertad de pensar, libertad de expresar, libertad religiosa, libertad de elección.

Pensar que una persona es la que puede tomar la decisión correcta, adecuada y justa es pensar que los individuos no son libres para decidir, para pensar por su propia cuenta, para expresarse según su comodidad. Permitir la herencia libre es la forme menos costosa debido a los altos costos de transacción para la toma de decisiones. Por ello, con la aparición de la libertad en el s. XVII la legítima recibió la semilla de su destrucción. Sólo conservada por la fuerza moral –religiosa– de los legisladores que representaban no todos los intereses en juego de la nación sino sólo de unos pocos, pues como decía GONZALEZ PRADA, las elecciones se armaban con chicha de jora y sopa en botellón.

#### **D. Efectos sobre la eficiencia: ¿logra, la legítima, una mayor satisfacción de los individuos dentro de una sociedad?**

Como afirma STAMP, al sistema hereditario no se hizo con la finalidad de satisfacer la necesidad de calmar el sentimiento de injusticia social, sino que la herencia fue creada para satisfacer la necesidad de incentivar a las personas a interactuar entre ellas. Es más, si aquellos que opinan que la herencia supone una desigualdad social están inclinados a pensar que supone un freno para el desarrollo del trabajo. Sin embargo, las investigaciones de STAMP apuntar a señalar que la herencia no tiene efectos adversos sobre la producción.<sup>254</sup> De todas maneras, aún cuando la familia jurídica del *common law* y la otra romano germánica parecen distanciarse en señalar si la herencia debe ser limitada o ilimitada, éstas decisiones tienen efectos en la, como le llama STAMP a la estructura de incentivos, “influencia psicológica”.

At the same time, so far as this country is concerned, if there ere no inherited wealth at all, it might be easier for the average mind to accept as inevitably associated with difference in human capacity, and even with the luck of the game, inequalities of fortune arising entirely in their own lifetime. But the rooted practice of the “legitime” in France gives an entirely different outlook upon the abolition of inheritance altogether in its psychological influence.<sup>255</sup>

Además sostiene que a los hombres no les importa si son desiguales, lo que les importa es si pueden llegar a ser diferentes, esta posibilidad de cambio para mejor y para peor es un incentivo para realizar acciones, trabajo, que implique un aumento de sus posibilidades de cambio para mejor y un empobrecimiento de sus

---

<sup>254</sup> Ver: STAMP, op. cit., p. 363.

<sup>255</sup> STAMP, op. cit., p. 363.

posibilidades de cambio para peor.<sup>256</sup> Esta posibilidad de cambio significa que hay libertad de movimiento. La libertad es esencial para contrarrestar los sentimientos de injusticia social de los hombres.

De esta manera, necesitamos un sistema que nos ayuda a internalizar nuestro esfuerzo. Si podemos trabajar menos para obtener el mismo resultado, entonces estaremos inclinados a trabajar menos. Si, del mismo modo, podemos internalizar el beneficio de trabajar más, de esforzarnos más, entonces trabajaremos más. Trabajando más somos más libres de movilizarnos y de evitar el cambio a peor.

Por consiguiente, si una persona A va a recibir una herencia (X) entre cuatro personas más que son coherederos forzosos, recibirá la quinta parte de la herencia. Si en vida del causante esta persona A puede esforzarse de cero a diez (0 - 10) por aumentar el valor de la propiedad en  $X + 0$  cuando su esfuerzo sea nulo, y en cambio será  $X + 10$ , cuando se esfuerce al máximo. Lo que obtendremos es que todo resultado se divide entre cinco:  $(X + 0) / 5$ ;  $(X + 10) / 5$ . Los incentivos para esforzarse diez es de 2, perdiendo 8, que es aprovechado por los otros coherederos. Los costos son superiores a los beneficios, a esta persona A le hemos creado unos incentivos para esforzarse lo menos posible, que para el caso de la legítima el esfuerzo eficiente es Cero. Cuando el esfuerzo eficiente para el caso de la legítima es cero y lo comparamos con otro sistema donde se premia el esfuerzo, la legítima sede paso en su eficiencia.

De este modo, es seguro que la persona A perderá ocho cuando se esfuerce diez, o nada si no se esfuerza nada. En cambio, cuando esa persona A no sabe ni tiene conocimiento si el propietario-testador lo considerará en el testamento puede estar dudoso en invertir en la propiedad. Si las probabilidades son estas: 0.1; 0.5 y 0.8 de que sea nombrado heredero la evaluación de los incentivos varía en contra. Para ayudarnos en nuestro ejemplo supongamos que  $X = 100$ . Luego, realizando un esfuerzo de cero la herencia queda igual (100), realizando un esfuerzo máximo la propiedad aumenta en diez (110).

---

<sup>256</sup> Ver: STAMP, op. cit., p. 363.



Si dividimos la herencia entre los cinco herederos a cada uno le toca 20, sin que A realice esfuerzo alguno. Si A realiza esfuerzo alguno a cada uno le tocará en el nuevo reparto 22, excepto para A quien tendrá 14 ( $22 - 8$ ).

Ahora dividamos nuestro ejemplo en dos situaciones, cuando la herencia es 100 y cuando la herencia es 110. Para el primer caso, si es muy inseguro que el propietario causante le deje como heredero único entonces el beneficio esperado del esfuerzo de cero es 10 ( $100 \times 0.1$ ). Si es dudoso con un esfuerzo de cero es 50 ( $100 \times 0.5$ ); si es seguro que el propietario le deje es 80 ( $100 \times 0.8$ ). Realizando su esfuerzo máximo los valores serían para los mismos casos: 11, 55 y 88. Entonces las mejores acciones recomendables serían: que si hay incertidumbre sobre si A será o no heredero lo mejor es no hacer nada. Si es altamente probable entonces es mejor realizar el esfuerzo de diez. Sólo cuando se está seguro o cuando hay seguridad es mejor invertir. La eficiencia de la legítima es que nos da seguridad sobre la distribución, aunque mala, nos da seguridad y con ello podemos invertir, sin embargo, existe una prohibición de disponer de la herencia futura. El único beneficio que trae la legítima es la seguridad que por lo menos el heredero lo será de los dos tercios de la herencia dejada por el causante pudiendo esta llegar hasta la totalidad, claro previa división según el número de herederos forzosos. A pesar de ello, tiene un elemento de incertidumbre y es que aún queda a salvo el derecho de un heredero desconocido que puede reclamar parte de sus bienes con lo cual el sistema se vuelve inseguro. Pero, ¿cómo podemos medir esta seguridad?

En todo caso el esfuerzo que realice será internalizado por otros herederos y eso es conocido en la legítima, la legítima de por sí desincentiva la realización de inversiones en la propiedad salvo por la parte que le tocaría al propietario siendo esta aún no segura sino que es probable, pues el derecho de un nuevo heredero que se desconocía llena de inseguridad la figura de la legítima, pues la aparición de un nuevo heredero está protegido por el Código Civil peruano. Mientras que un sistema de libertad testamentaria tiene el beneficio de frenar las inversiones sólo hasta que se logre la seguridad de la inversión, evita de este modo inversiones ineficientes que pueden finalmente frenar los incentivos para realizar las inversiones en el momento adecuado en la propiedad que le permita ganar valor y así un mayor aprovechamiento para toda la sociedad.

Regresando al planteamiento de STAMP, éste autor afirma algo que es claro para nuestro trabajo: "Intestacy, of course, decreases with the size of the state...",<sup>257</sup> a mayor propiedad menor probabilidad de morir intestado. Esto debido a que el aumento del tamaño de la herencia lo que hace es que toda medida para disponer de los bienes sea hecho vía testamento. Mientras menos propiedades se tenga más fácil es no invertir recursos escasos en la confección de un testamento. Pero esto sucede en países afiliados al *common law* donde la herencia puede transmitirse libremente y no se tiene la obligación de dejar patrimonio a los familiares cercanos. Pues lo mismo sucede en países romano germánicos.

Nuestra propuesta, como lo puede ser desde el punto de vista del AED libertario es una propuesta que trata de llegar a la eficiencia, que beneficie a la sociedad al reducir los costos sociales totales, mejorando el sistema de derechos de propiedad peruano que se encuentra limitado por la presencia de la legítima y aumentar la libertad del propietario-testador. Pero la eficiencia debe estar sustentada en la libertad puesto que la eficiencia por sí solo, si ese fuera nuestro objetivo, entonces debiéramos implantar una regla similar a la que se instauró en Alemania de entre guerras y de la que nos detalla GALBRAITH:

In September, 1933, the government of Germany published a law which, even in the Third Reich, may be considered a rather remarkable socio-economic adventure. The law, which followed a more moderate Prussian statute of the previous spring, removes from a substantial part of the land of Germany the status of a transferable economic good. The land becomes instead a family heirloom – an enduring perquisite of a given family and its descendants. The State not only protects the family in the possession of the property, but undertakes to enforce the connection between family and farm.<sup>258</sup>

Mediante esta regla legal, el Tercer Reich lo que hizo es establecer una «Ley de granjas hereditarias estatales». Entre las características más resaltantes de estas granjas estatales es que no servían para hipotecar, estaba prohibido realizar hipotecas sobre ellas, salvo raras excepciones la propiedad no podía ser vendida, la

---

<sup>257</sup> STAMP, op. cit., p. 364.

<sup>258</sup> "En setiembre de 1933 el gobierno de Alemania publicó un ley que, incluso en el Tercer Reich, podría ser considerada una aventura socioeconómica bastante extraordinaria. La ley, que siguió a una más moderada ley prusiana de la primavera pasada, removió una parte sustancial de la tierra de Alemania el status de un bien económico transferible. La tierra llegó a ser a su vez una herencia familiar inalienable –una duradera gratificación de una familia dada y sus descendientes. El Estado no solamente protegía la familia en la posesión de la propiedad, sino que garantizaba el hacer cumplir la conexión entre familia y granja." (Traducción libre) GALBRAITH, J. K. "Hereditary Land in the Third Reich", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 53, n° 3, 1939, p. 465.

propiedad a la muerte o retiro del propietario debía pasar indivisa a un único heredero, aunque tenía, el propietario-testador la libertad, aunque reducida al mínimo posible, para elegir a su heredero.

Al desaparecer la posibilidad de que el bien sea dado en hipoteca se le restó su uso como fuente de financiamiento. La granja ya no sirve para pagar deudas. La granja no puede financiarse. Y ahora, ¿cómo se podrían financiar las necesidades que la granja demanda, como nuevas palas, alimento para el ganado, un nuevo granero y cosas similares? Buscando personas en las cuáles confiar en su palabra y que su palabra bastará para recuperar su deuda, pues no podrá acudir al Estado para reclamar su crédito. Entonces, los préstamos no protegidos por el Estado, ya de por sí escasos, se vuelven más escasos.

Esta protección es dada a favor de los que se prestan, reduce los incentivos para prestar dinero. Pero esta mayor seguridad para quien recibe en préstamo reduce la seguridad para quien presta, con lo cual la estructura de incentivos para el prestador tiende a disminuir. De esta manera, una mayor cantidad de personas que pueden prestar están inclinadas a no hacerlo. Y con ello una mayor cantidad de recursos no serán destinados a las manos que más les valoren, ocasionando con ello una pérdida social neta y por lo tanto se pierde una mayor cantidad de bienestar.

Adicionalmente, y lo que es más importante para nuestro estudio es demostrar que la eficiencia como fin de la sociedad no debe ser el único objetivo a ser logrado también debe ir acompañado de una dosis de libertad que es la que deseamos.

Esta búsqueda de la eficiencia estuvo presente en la tierra hereditaria del Tercer Reich que es similar mas no igual a nuestra "propiedad familiar",<sup>259</sup> el problema

---

<sup>259</sup> Artículos 488° y ss., Código Civil peruano. Para una aproximación al asunto, ver: AGUILAR LLANOS, Benjamín. "La transmisión hereditaria del patrimonio familiar". En: *Derecho y Sociedad*, II etapa, n° 13, año IX, PUCP. Lima – Perú, 1998 (junio), págs. 84-87; sin embargo, este estudio no toma en cuenta los efectos económicos de esta institución pero GALBRAITH es más específico cuando nos advierte que al prohibir la hipoteca, cuando la ley menciona que la propiedad familiar es "inembargable" (Artículo 488°), al prohibir la hipoteca se le quita a la propiedad la posibilidad de convertirse en capital y como tal en fuente de financiamiento. Ello iría aparejado con la visión de Hernando de Soto que en su libro *El misterio del capital*, donde nos explica que el capital se esconde en las propiedades que están protegidas por el derecho, en la propiedad informal que no sirve como fuente de financiamiento pues el Estado no protege al informal. Lo que GALBRAITH llama la atención sobre el hecho que la mayor seguridad que consigue el propietario lo hace a costa de la movilidad de la propiedad. Es decir, supone la compra obligatoria de una seguridad jurídica que llega a no necesitar y es hasta contraproducente pues origina un problema de financiamiento al retirarle la posibilidad de servir de financiamiento. Ver: GALBRAITH, J. K. "Hereditary Land in the Third Reich", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 53, n° 3, 1939, p. 476, en donde afirma: "Increases in farm security are at the expense of mobility. No doubt a country

que trataba de resolver el legislador alemán de entre guerras era que el alto índice de nacimientos en el sector rural hacía peligrar la eficiencia de las granjas, pues la tierra era dividida o difuminada entre todos los descendientes, incluso se dice que llegó, en algunos casos a estar por debajo del nivel de la cantidad suficiente para asegurar la supervivencia de los granjeros. Esta división o difusión ineficiente les llevó a plantear un cambio desde un sistema de herencia forzada difusa como la legítima que tenía un efecto difusivo del bienestar a un sistema de herencia forzada concentrada. Dentro de este sistema había tres formas de realizar la concentración: (i) la primera era que el hijo mayor la heredara por entero; (ii) en algunas provincias como Westphalia, quien heredaba era el hijo menor; (iii) de igual manera se podía elegir libremente al heredero, pero debía ser un único heredero.

La legítima, como sistema de herencia forzada difusa tiene como efectos económicos restar el poder de los señores feudales de los grandes terratenientes. Por este motivo lo que el Tercer Reich intentaba realizar es un robustecimiento de la fuerza de casta alemana. Por eso uno de los requisitos para ser sujeto pasivo de la herencia es que se sea de raza alemana o de raza similar y ciudadano alemán.<sup>260</sup> Del mismo modo que el sistema ruso o soviético intentaba destruir el capitalismo al destruir la posibilidad de acumulación del capital que se podía hacer mediante la herencia, por eso eliminaron la herencia. Este sistema alemán de entre guerras buscaba la eficiencia en el uso de las tierras agrícolas, para dar mayor bienestar material y seguridad al granjero y con ello formar una casta de poderosos terratenientes alemanes. Este sistema tenía relacionaba sangre y suelo a la búsqueda de la eficiencia por medio de la protección del Estado y no tenía como base la libertad.

Del conocimiento de este sistema hereditario alemán del Tercer Reich podemos obtener las siguientes conclusiones. Primero, los efectos económicos de la centralización de la herencia en un solo propietario tiene el efecto de formar una casta, como los derechos de primogenitura, mayorazgo, los derechos hereditarios de los menores o de la elección de uno solo como heredero donde la lista de posibles herederos estaba estrechamente limitada. En segundo lugar podemos concluir que los efectos económicos del sistema de difusión de la herencia, como la legítima, es una

---

is fortunate when it frees itself for all time from mortgage problem, but this may be a doubtful gain, if it means also an acute and continuing problem of capital financing".

<sup>260</sup> Ver: GALBRAITH, "Hereditary Land...", op. cit., p. 467.

búsqueda de la igualdad y no es ni una búsqueda de la eficiencia ni de la libertad. En tercer lugar, tenemos que manejar los costos de las castas y los costos de la igualdad. Por ejemplo, la búsqueda de la igualdad reduce los incentivos para ser desiguales. La igualdad tiene al piso, *i.e.* hacia abajo, esto origina una pérdida social que supone ese paso de cada uno por igual hacia abajo. Reconocemos en el ser humano un deseo tímido de ser reconocido como el mejor pero si no existe los incentivos para que el mejor haciendo algo sea reconocido todos desearán ser el mejor no haciendo sino nada. El cuarto efecto es un efecto jurídico que se refiere a que la Ley estatal de herencias de tierra suponía una confiscación en beneficio de un heredero y con ello también se quería beneficiar al Estado Alemán.<sup>261</sup>

Tal vez la búsqueda de la igualdad es la búsqueda de la persona adecuada, pero eso sucede raramente y sucede que siempre termina su vida muy rápidamente, y así, la idea que deseamos transmitir esté mejor planteada con maestría por George ORWELL en su libro *Animal Farm*, quien al contarnos la rebelión de una granja por los propios animales, Boxer, el caballo, siempre repetía “trabajaré más duro” y “el camarada Napoleón siempre tiene razón”, quien trabajaba sin descanso por el bienestar de la granja.

Supongamos que unos padres agricultores tiene dos hijos quienes tienen uno una vida militar y otro una vida profesional. Al momento de morir los padres, imaginemos que lo hacen en el mismo momento, dejan a sus dos hijos mediante testamento la mitad de sus bienes a cada uno. En primer lugar observamos que se ha hecho un testamento para distribuir los bienes como lo hubiera hecho la ley, los beneficios tal vez pueda ser la rapidez con la que puede ser ejecutado un testamento a lo que puede hacerlo una sucesión intestada. En segundo lugar, o lo hijos dejarán sus vidas de militar y de profesional o venderán las propiedades dejadas por sus padres, pero ellos no tienen un conocimiento exacto del valor de las propiedades pues en ello no se han especializado. Si es lo que se han especializado entonces sabrían los mejores usos de dicha propiedad. Entonces, hay una pérdida en costos de transacción, especialización y valoración de los bienes que no vana a parar a las manos que mejor saben valorarlos y que afectará los costos totales pues para llegar nuevamente a la

---

<sup>261</sup> Sobre esta última conclusión, ver: GALBRAITH, J. K. “Hereditary Land...”, op. cit., p. 475. Allí se dice: “Since the value of the farm property consisted in part in these privileges, the law has, in practical effect, been a confiscation of farm property for the benefit of the heirs who are eligible under the law.”

eficiencia el círculo de transacciones será mayor hasta que llegue a las manos que más lo valoran. Incluso puede ser que debido a la cantidad de costos de transacción que debe recorrer para llegar a las manos que más los valoran puede ocurrir que este nivel de los costos de transacción haga que los bienes no sean aprovechados por quienes más los valoran.

El problema de la legítima es que afecta la libertad y esta es indispensable como elemento o atributo de la propiedad para que esta pueda ser asignada a los usos más valiosos. Para poder evaluar la legítima en su real dimensión, es necesario tener una perspectiva desde afuera, en este punto queremos decir que el AED y el uso del método comparado puede ayudarnos a enfocar la importancia del sistema de transmisión de propiedad *mortis causa* elegido y de su eficiencia, compatibilidad y coherencia con el marco constitucional-económico y sus efectos sobre el sistema de propiedad diseñado para nosotros.

Y hay algo adicional en la enseñanza de GALBRAITH y es que según su investigación una norma como la del Tercer Reich lo que intentaba era controlar el número de nacimientos en el sector rural. Claro, la ley solo desincentivaba a aquellas familias que reprobaban el tener que desheredar a sus hijos excepto a uno, así que estas familias tendrían solo un hijo. El otro hecho está relacionado con el nivel de la natalidad y de la mortalidad. De esta manera relacionamos el número de viviendas con el número de hijos por familia y obtenemos el grado de difusión de la propiedad. Y hay una serie de relaciones en ello: (i) a mayor natalidad, mayor difusión de la propiedad; (ii) a menores recursos, mayor probabilidad de no hacer un testamento y que los herederos realicen una sucesión intestada, (iii) mientras mayor sea el número de sucesiones intestadas, mayor será el gasto público; (iv) a mayor gasto público mayor nivel de los impuestos; (v) si el índice de los costos de transacción supera el beneficio de los herederos, entonces éstos tendrán los incentivos suficiente para no reclamar sus derechos hereditarios vía sucesión intestada; (vi) a mayor mortalidad mayor uso del derecho sobre herencias.

Luego estas relaciones directas podemos trabajar utilizando y combinando variables. De esta forma: (a) una mayor mortalidad sumada a una mayor escasez de recursos nos dan un mayor gasto público debido al incremento de los juicios sobre partición de herencia, recordando que la administración de justicia no cuesta sino que

sólo hay tasas que responden a sus costos, no hay beneficio; (b) si esta vez sumamos a la mayor mortalidad una mayor natalidad y una mayor escasez de recursos, es decir, que la gente no tiene dinero para soportar un juicio o para ejecutar un testamento, la consecuencia será que sea mayor el número de sucesiones intestadas y una mayor difusión de la propiedad que aumente los costos de coordinación dentro de una propiedad que debido a los menores recursos estos costos se vuelven prohibitivos, lo cual nos alejaría de la eficiencia, estamos destruyendo el poder de las propiedades al dividir las en muchos propietarios, la existencia de la copropiedad se debe más que todo para afrontar riesgos y desarrollar empresa, que esta copropiedad se refiera al manejo de aquellas situaciones en las que utilizar el mercado es más costoso, sin embargo, cuando utilizar el mercado es más barato, entonces los costos de coordinación superan a los de transacción haciendo que la copropiedad no resuelve el problema del aprovechamiento eficiente de los recursos escasos.

Entonces los datos que necesitamos son los índices de pobreza y de riqueza para saber cuántos pobres y cuántos ricos hay en el Perú y sobre todo para observar cómo está el nivel de escasez de los recursos. A este análisis debemos sumarle la información aproximada de los niveles de propiedad informal que tenemos en nuestra nación. Y después preguntarnos: ¿cómo se transmite la propiedad en el sector informal?

Los derechos de propiedad están relacionados con el valor de cambio de los bienes en el mercado. La posibilidad de ser redefinidos los derechos de propiedad crea cierta incertidumbre en el futuro. Esta incertidumbre es fuente de distorsión en la apreciación de personas adversas a riesgo. Ahora, que la mayoría de personas son adversas al riesgo es un problema serio. Sin embargo, se garantiza la seguridad y la flexibilidad al concebir a la justicia como la decisión que toma en cuenta los puntos de vista de los individuos dentro de la sociedad tomando en consideración sus intereses en conflicto.

Los conflictos al interior de la sociedad, fruto de la necesidad de satisfacer las propias necesidades, son resueltos de una manera eficaz por el mercado a través del intercambio.<sup>262</sup>

La legítima es una forma de expropiación a favor de los familiares cercanos, sería una suerte no de sucesión sino de expropiación a la muerte del propietario repartida a favor de los familiares cercanos. Esta discusión tiene un objetivo, señalar que la legítima no toma en cuenta el valor que puede tener los bienes que deja, o siendo más precisos, la herencia que deja para el propio propietario-testador. Cada persona valúa sus propiedades según valgan para ellos. Desde este punto de vista, no es lo mismo un auto del año comparado con el auto que nos ha acompañado desde la universidad, aún cuando no sea moderno y la pintura se le esté cayendo. Existen diferentes valoraciones y estas forman una sola que es el valor de mercado.

Este valor de mercado será utilizado para medir la cuantía de la legítima. Obviamente, no se tomará como cálculo lo que valga para el propietario-testador, sino lo que valga para los demás. Esta diferente valoración se afecta cuando se expropia la herencia de manos del propietario-testador y se reparte entre los familiares cercanos. Y ello tiene consecuencias económicas, que fueran señaladas por POSNER, quien distinguiendo escenarios de bajos costos de transacción llega a determinar que una intervención estatal en este nivel produce los mismos efectos que una expropiación – para nosotros es una expropiación pues el valor del bien será fijado por el mercado–, así dice por ejemplo:

No obstante, si el gobierno quiere mi cochera, podrá tomarla en los términos del poder de dominio eminente, pagándome una “compensación justa” (=valor de mercado); no tiene que negociar conmigo. Este resultado no es congruente... porque es un caso de derechos rivales y no de usos rivales. El conocido argumento de que el poder de dominio eminente es necesario para superar la terquedad de quienes se rehúsan a vender a un precio “razonable” (es decir, al precio del mercado) es mala economía. Si me niego a vender por menos de \$250 000 una casa por la que nadie pagaría más de \$100 000, no significa que soy irracional, aunque

---

<sup>262</sup> POSNER, *El análisis...*, op. cit., p. 60.



ningún factor “objetivo”, como el de los gastos de mudanza, justifique mi insistencia en tal precio. Sólo significa que yo doy más valor a la casa que otras personas. Este valor adicional tiene en el análisis económico el mismo nivel que cualquier otro valor.<sup>263</sup>

De esta manera, los propietarios-testadores estarían inclinados a preferir como herederos a aquellas personas que comparten su mismo sentimiento respecto de sus posesiones. Pero los costos de transacción bajos hace que las personas negocien, sin embargo, el Estado interviene para imponerle un gravamen a sus bienes. Aquí lo que se grava es el valor subjetivo de lo que vale el bien para el propietario-testador.<sup>264</sup>

Y esto nos recuerda un conocido cuento, *El gato con botas*, en donde el padre dejó a sus tres hijos, tres cosas diferentes: un molino, un poco de dinero y un gato. El hijo mayor recibió el molino, para que trabaje en él. El segundo hijo, el poco de dinero, que se lo gastó. Y, finalmente el hijo menor, a quien le dejó quizás lo más insignificante, en apariencia, pero lo más valioso para él. Y es que el valor de las cosas depende de uno mismo. De haber sabido los hermanos mayores que el gato era un magnífico ejemplar para hacer dinero, quizás se hubieran creado intereses encontrados. Sin embargo, el padre dejó el gato a quien creía que sería el más indicado, aquél que compartía su misma valoración de las cosas.

Continuando, diremos que “Los valores subjetivos asociados a la propiedad de una casa particular podrían constituir una fracción significativa de nuestra riqueza”,<sup>265</sup> por tal motivo, el propietario-testador, puede realizar una igualitaria distribución de su herencia tomando en cuenta los valores subjetivos. Entonces, la legítima resultará siendo “la pérdida de una fracción significativa de su riqueza”,<sup>266</sup> y no sólo eso, sino que además, esta pérdida va a sumarse como costos a los beneficios sociales netos. Siguiendo en el ejemplo de POSNER, si la casa para el propietario-testador vale \$250 000 y para los demás \$100 000, entonces, al ser dividida entre los herederos forzosos, la sociedad pierde \$150 000,<sup>267</sup> que es superior al precio de mercado. Si hubiera libertad testamentaria el testador hubiera estado dispuesto a

---

<sup>263</sup> POSNER, Richard A. *El análisis económico del Derecho*. 1ª ed., trad. Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica. México, 1998, p. 60.

<sup>264</sup> *Ib.*, p. 61.

<sup>265</sup> *Ib.*

<sup>266</sup> *Ib.*

<sup>267</sup> Resultado de la diferencia entre el valor subjetivo para el propietario y el valor de mercado.

dejarlo en manos de quien valorara más o menos lo mismo y que no lo comprara por no tener la capacidad de pagar por ella. Aquí la diferencia entre capacidad de pagar y disposición de pagar es útil. La persona elegida por el testador puede estar dispuesta a pagarla pues para ella vale más o menos los \$250 000, pero no tiene la capacidad de pagar esa cantidad. La sociedad pierde esos \$150 000 por la expropiación implícita llevada a cabo por el Estado.

La ineficiencia de la legítima está en utilizar una regla legal en lugar de permitir a las partes que negocien debido a los bajos costos de transacción. Se pierde la posibilidad que los recursos sean asignados a sus usos más valiosos. El uso más valioso no lo vamos a saber nosotros lo sabe el propio testador y no hay razón para desconfiar de él. Pues si el propietario no ha vendido sus propiedades hasta el fin de sus días significa que los bienes valían para él más de lo que el mercado podía pagarle.

Del hecho que en presencia de costos de transacción elevados las transacciones no son eficientes. La asignación legal de los derechos de propiedad tiene impacto en la economía pues son ellos quienes realizan la asignación final de los derechos de propiedad. Dentro de un sistema con bajos costos de transacción, es decir, con mayor libertad de transferibilidad, los recursos serán asignados a sus usos más valiosos para la sociedad. Y al final serán asignados a las manos que más los valoran. Con la legítima, el Estado ha establecido al resultado que debe llegarse en la sociedad, mientras que en otros sistemas jurídicos se busca la eficiencia y esto es que las personas que más valoren los bienes la posean en nuestro caso no hay ningún criterio para la asignación. La legítima coloca la ineficiente asignación inicial como la última. No permite progreso ni que los bienes pasen a manos que más la valoren.

Como sostiene POSNER, "la elección de la asignación inicial correcta de los derechos es determinante; es probable que los costos de transacción elevados imposibiliten que se corrija una asignación inicial errada mediante transacciones de mercado subsiguientes."<sup>268</sup> Los costos elevados para la transferencia son representados por la colación, por la prodigalidad, por la mala gestión. Pues todas estas instituciones legales han sido diseñadas para favorecer a los familiares de los propietarios.

---

<sup>268</sup> POSNER, *El análisis económico del Derecho*, op. cit., p. 65.

En primer lugar, reconocer los mercados. Estamos en un mercado del afecto. En segundo lugar, determinar el entorno del mercado, la presencia baja o alta de costos de transacción, mayormente creados por el sistema jurídico, por el número de personas, por la situación que propicia situaciones oportunistas como monopolio bilateral.

Sin embargo, la libertad del individuo está restringida para realizar donaciones que excedan de la legítima. Cuando distinguimos entre disposición para pagar y capacidad de pago el asunto es más claro. En vida, el individuo podría llegar a una persona que comparte la misma valoración por una casa pero no tiene la capacidad de pago para adquirirla. Luego, el individuo estaría obligado a vender sus bienes a valor de mercado, pues la prodigalidad, la mala gestión, la colación hacen que sus liberalidades sean tomadas en cuenta. Las personas cuando valoran los bienes por encima del valor de mercado la siguen poseyendo, pues para ellos vale más de lo que el mercado puede pagar por ellos. Cuando el precio de mercado supera su propia valoración, entonces quedarse con la propiedad es seguir perdiendo. La persona estaría dispuesta a vender su propiedad cuando el precio de mercado supere la cantidad por la cuál esta persona sería capaz de dejar de poseerla e intercambiarla.

Pero también puede suceder que en el mercado de la amistad llegue a conocer a una persona que comparte los mismos sentimientos, gustos y preferencias por la propiedad que posee, a pesar de estar dispuesta a pagar por ella más de lo que el mercado puede ofrecer no puede comprar el bien aún por el precio que pueda ser ofrecido en el mercado. Digamos que el precio de mercado es 100 y la valoración subjetiva del propietario es de 250 la misma que su amigo. Pero la capacidad de pago de su amigo es de 25, no compra ni una ni otra. El aprovechamiento de esta información sería valioso para la sociedad.

La legítima desperdicia recursos pues una herencia estimada –valor subjetivo– por el propietario-testador en 100, puede llegar a perder gran parte del valor de los bienes para la sociedad. La herencia, a valor de mercado, puede llegar a estar por debajo del valor de los bienes, por ejemplo, a 20. Y esta cantidad es repartida entre los herederos forzosos, recibiendo cada uno de los cinco herederos 4. El valor para la sociedad se hubiera mantenido si el testador hubiera podido dejar libremente sus bienes a un tercero quizás o a uno de sus hijos para que aproveche el

valor que significaba para el testador los bienes. Libros muy apreciados, bibliotecas enteras, serían rematadas para que las obras vayan a parar a manos de quién más les valoran. Así, podemos decir que de encontrar el testador una persona que valore los bienes en forma similar que él lo hace puede llegar a repartir su herencia por una valor de 80. Esta diferencia se debe a la apreciación del valor de cambio de los bienes.

Cuando en la dogmática jurídica vigente en la redacción de Código Civil peruano se dice que un intercambio es que si desprendo cien soles de mi bolsillo y me compro una casa, esa casa vale cien soles para mí. No toma en cuenta que siempre un intercambio es una situación mutuamente beneficiosa y que uno vende un bien porque la valora más que el precio que se paga por ella y que uno vende un bien porque se valora menos de lo que se paga por ella. De esta forma, es que la legítima se mide solo a través del valor de mercado. Esta medición produce un costo social que muchas veces puede ser importante.

Los que defienden la legítima tienden a sobreestimar el valor de las herencias en el bienestar individual y por ende en el bienestar social. Sin herencia –se piensa que en un sistema de libertad testamentaria los padres desheredarían a sus hijos sin mayor consideración– el hijo impedido de valerse por sí mismo, sería olvidado *injustamente* por el padre, siendo una carga para la sociedad.

Al respecto MODIGLIANI,<sup>269</sup> es claro cuando afirma que se sobrestima la contribución a la riqueza individual que proviene de los legados y de las donaciones. Los testadores, en vida, no ahorran con la finalidad de, al final de sus días, este ahorro sea para sus herederos. Gran parte del ahorro que realizan ellos, se debe, sobre todo, a la necesidad de precaución y de reserva para las contingencias futuras y para el diario sustento, también, futuro. Es la incertidumbre del momento en el cuál vamos a morir lo que nos hace ser más precavidos una vez que entramos en la jubilación. El gasto, lejos de incrementarse, se modera pues no sabemos si vamos a vivir cien años o diez días, quizás mañana, o tal vez no. Esta incertidumbre hace que el gasto sea menor y la herencia sea mayor. Los testadores no dejan de gastar su dinero para dejar

---

<sup>269</sup> Véase: MODIGLIANI, Franco, "The Role of Intergenerational Transfers and Life Cycle Saving in the Accumulation of Wealth", *The Journal of Economic Perspectives*, vol 2, n° 2, pp. 36-37.

una mayor herencia a sus hijos o por lo menos no es ese su motivo principal, pues suponemos que los testadores también son maximizadores de beneficios.

Si este es el motivo principal, entonces, la Seguridad Social y el Sistema Administrativo de Fondos de Pensión sería una solución que evitaría que los padres no dejen herencia a sus hijos y que sean ellos mismos quienes disfruten de estos beneficios. Sin embargo, el contrargumento, es que los intereses son muy bajos en comparación con otras formas de ahorro post-jubilación. Y es bajo estos intereses es por la selección adversa.<sup>270</sup>

Volviendo a las objeciones contra el sistema de libertad testamentaria. Pongamos un ejemplo extremo en este caso, un hijo cuadripléjico, que no puede valerse por sí mismo es, bajo un sistema hipotético de herencia libre, a la muerte de sus padres por ellos desheredado. Sin embargo, a causa de su incapacidad física tiene derecho a los alimentos,<sup>271</sup> que serían pedidos a los herederos de sus padres. Esto en el caso que los padres hayan tenido los recursos necesarios para asegurarle una herencia o por lo menos, los alimentos.

Como hemos visto, un sistema basado en el altruismo diferencia entre ricos y pobres. Ahora, nuestro ejemplo del párrafo anterior lo aplicamos en un entorno de herencia con legítima. Diferenciamos los padres ricos de los pobres. Cuando los padres son ricos, entonces el hijo tiene su porción asegurada. Si sus padres son pobres no tiene nada. El que se critique que un padre pueda nombrar heredero a alguien distinto de su familia cercana se debe a que el padre es rico y no se toma en consideración que el hijo de un padre pobre, en la misma condición, tiene el mismo tratamiento tanto en un sistema como en el otro. Incluso, el hijo con incapacidad física de un padre rico tiene mayores ventajas que los de uno pobre. Debido a que las relaciones, el entorno social, la educación ha sido diferente.

En conclusión, en un sistema de herencia con legítima, el padre rico tacaño resulta igual al padre pobre –no importando si sea tacaño o sea altruista–. Nuestros valores altruistas colocan como tacaño al pobre, o lo que es lo mismo, decir que el

---

<sup>270</sup> *Ib.*, p. 37.

<sup>271</sup> Art. 473º Código Civil peruano. Pues en este ejemplo, el sistema de herencia libre no modifica el resto de la codificación.

pobre es un ser tacaño es algo que están en la mente de los legisladores, sin embargo es una consecuencia indirecta, no deseada –al parecer–, de un pensamiento como este.

El fundamento que encontramos detrás de estos pensamientos sobre la legítima es más revelador aún. ¿Qué se esconde detrás de la legítima? La legítima se funda en un pensamiento paternalista. Así, un padre *debe*: (1) querer y proteger a sus hijos, en vida; (2) querer y proteger a sus hijos, hasta en la tumba; (3) Esforzarse al máximo para que sus hijos también se esfuercen al máximo y logren acumular más capital con lo cual la familia y el Estado ganarán.

Este tipo de pensamiento falla, por los menos por tres motivos. En primer lugar, es una ficción que todos los padres quieren a sus hijos, son las madres los que quieren a sus hijos por igual, el padre quiere a sus hijos de forma diferente. En segundo lugar, la legítima se basa en una supuesta igualdad de las preferencias, o mejor dicho, se piensa que las preferencias de los hijos son las mismas que de los padres,<sup>272</sup> desconociendo el entorno en el que se desenvuelve el derecho. En tercer lugar, se confunde los intereses del padre con los intereses de la familia y de éstos con el Estado. El Estado no es de una sola familia, tampoco la familia está compuesta por solo el padre. En el Estado y en cualquier sociedad hay intereses diversos y divergentes, hasta conflictivos. La sociedad no tiene *un* interés, es una pluralidad de intereses que necesitan ser conciliados.

En este sistema paternalista no se reconoce la libertad de los hijos. Los hijos no saben cuidar de sí mismos, por ello los ancestros son los que planifican la vida de las generaciones futuras. No hay inconveniente alguno es esta planificación si se respeta la libertad de los individuos y estos aceptan seguir los dictados de los ancestros pero la legítima cree que esto es así.

Al parece el fuerte rechazo de la herencia libre es que en las clases altas la herencia es un factor importante por lo que la gente ahorra, como MODIGLIANI expresa, “the bequest motive seems to be concentrated in the highest economic

---

<sup>272</sup> TURGUENIEV, *Padres e hijos*. Nos muestra que estas preferencias varían de generación en generación, los hijos pueden querer otra cosa que los padres aún cuando abracen la misma profesión o sigan los mismos pasos de terratenientes. Las preferencias cambian y varían de persona en persona.

classes",<sup>273</sup> por este motivo creemos que son las clases altas las que impidieron que la herencia libre triunfara en los códigos civiles, por lo menos del '36 y del '84.

En el supuesto que un padre que vivía del trabajo en el campo muere dejando diez hijos, donde uno de ellos se ha quedado con él trabajando el campo mientras que los otros nueve han salido a la ciudad. Ninguno de los nueve se presenta para reclamar o rechazar la herencia. Preguntamos, ¿qué sucede con los derechos de propiedad sobre el campo? Una alternativa sería que por prescripción, el hijo lo haga suyo, así por la prescripción adquisitiva de dominio (*usucapio*) se pasaría de un régimen de propiedad compartida, es decir, propiedad no exclusiva (¿cómo puede ser no-exclusiva la propiedad cuando una de sus caracteres esenciales es la exclusividad?), a un régimen de propiedad privada. En esta hipótesis, la ventaja de la herencia libre es que permite que no cuenten los años de prescripción y que el heredero haga uso efectivo, como dueño, porque lo sería, del campo.

Pero, como sabemos, el copropietario no puede prescribir el bien a su favor. Esta alternativa, que sería, quizás, la segunda más eficiente, tampoco la tenemos permitida. El copropietario ejerce la propiedad tanto de él como de sus demás copropietarios. Se da la presencia de una externalidad positiva de los copropietarios que no tienen la posesión, que no usan del bien, pues aún cuando no lo usen uno de ellos, que lo usa, les ayuda a preservar su propiedad de aquellos que podrían prescribirlo. La prescripción adquisitiva de dominio se justifica porque es más costoso el cuidado y la vigilancia de una propiedad que no está siendo usada en beneficio. De tal modo quien lo use en forma continua, pacífica y pública el Estado protege su interés a través de la asignación de un derecho de propiedad.<sup>274</sup>

Para nosotros, otra forma de lograr salvar la eficiencia de la legítima es que los derechos del copropietario que usa del bien puedan prescribir. Como la segunda mejor medida de eficiencia, aún cuando la prescripción sea por el período más corto de tiempo –cinco años. Esta medida no está estudiada a fondo pues la mejor alternativa, es establecer un sistema de libertad para testar. Y no olvidemos que en el *common law*, también tienen prescripción adquisitiva de propiedad, aunque la presencia de esta

---

<sup>273</sup> MODIGLIANI, Franco, "The Role of Intergenerational Transfers and Life Cycle Saving in the Accumulation of Wealth", *The Journal of Economic Perspectives*, vol 2, n° 2, p. 38.

<sup>274</sup> Claro, no es tan simple como aquí lo expresamos.

prescripción es señalada por Robert ELLICKSON como una de las dos “abolladuras” del sistema de derechos de propiedad norteamericano.<sup>275</sup>

La regla de las *perpetuities* que es considerado como un rasguño dentro del sistema de los derechos de propiedad se parece a la legítima. Revisemos el caso según como nos lo muestra JENKS:

Uno de los más comunes ejemplos es, el de un padre que deja por testamento todos, o una parte de sus bienes, a uno de sus hijos de por vida, con la indicación de que a su muerte pasen a los hijos de su hijo. Estos últimos se dice que tienen un derecho expectante, y que pueden tener o no una cierta parte de ese derecho, adquirida desde su creación, como ocurre en el caso expuesto; pero si el padre, como puede muy bien hacerlo, establece que sólo aquellos de sus nietos que tuviesen veintiún años a la muerte de su padre tendrán derecho a participar de los bienes dejados, la participación de algunos de esos nietos quedará incierta. Estos derechos expectantes tiene la característica, poco satisfactoria para el beneficiario, de que hasta que el derecho del predecesor no termine, no puede recibir ningún beneficio ni disfrutar los bienes: son pan para mañana, pero no pan para hoy. Estos derechos expectantes se podrán vender e hipotecar, pero no podrá ser sin grandes pérdidas, sobre todo si son inciertos o contingentes.<sup>276</sup>

De la misma manera la legislación nacional de la legítima ha establecido como si fuera un padre para todos que los hijos de los hijos recibirán parte de la herencia hayan o no cumplido la mayoría de edad, estando aún en el vientre materno. Este es un derecho expectante, tal como ha sido traducido, tiene la característica de no poder utilizarlo hasta que el derecho del causante desaparezca con su muerte. No hay beneficio de los bienes mientras el causante viva. El consumo se posterga para mañana. Pero notemos que el ejemplo inglés el consumo es para mañana y es cierto. Pero en el caso peruano se proyecta el consumo hasta el infinito, pues cuando lleguemos a “mañana” ese día tendrá otro mañana, pues ese mismo heredero que será propietario tendrá también otros nietos y estos otros, y así sucesivamente.

<sup>275</sup> Al respecto ver: ELLICKSON, Robert C. “Adverse Possession and Perpetuities Law: Two Dents in the Libertarian Model of property Rights”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 64, n° 723, 1986, pp. 730-731.

<sup>276</sup> JENKS, op. cit., p. 368. “La Regla contra las Perpetuities [Rule against Perpetuities] puede formularse de este modo: Cualquier disposición de in derecho futuro, sobre cualquier clase de propiedad, que pueda producir efecto después de expirar el plazo de veintiún años después de la vida de la persona o personas en cuyo favor se hace, y que ha de expresarse nominalmente, es completamente nula desde el principio, salvo que cualquiera de los propietarios que han de serlo en ese período, tenga facultades para anularla enteramente. No se puede establecer ningún derecho que haya de tener efecto después de aquella fecha. No es verosímil que se haga así, pero si llegara a hacerse, como es indudablemente posible, el tal derecho habría abortado. Y no solamente es nula esta disposición, sino que también lo será toda disposición que se haga para que produzca sus efectos después, o en defecto de ella, de cualquier clase que sea.” En otras palabras, el testador tiene como límite beneficiar a sus nietos nacidos o en gestación al momento de su muerte. En todo caso, “no es la duración del derecho lo que hay que mirar, sino que lo esencia es el momento en que ha de hacerse efectivo”. El propietario por su libre disposición puede retardar el momento de la ejecución de su propia voluntad por hasta veintiún años desde el momento en que la da. Su voluntad en el testamento es desde que muere. JENKS, op. cit., págs. 400-401.



Por lo que la misma conclusión sirve para nuestro caso de la legítima: el patrimonio no debe sufrir grandes pérdidas. Y si llegara a sufrirlo existen instituciones jurídicas diseñadas para impedirlo. No hay límite ni para la venta ni para la hipoteca en nuestro caso y sin embargo, puede existir un juicio de prodigalidad o de mala gestión.

Lo que existe en Inglaterra desde 1938 con la Inheritance (Family Provision) Act es que

... on the death of a person domiciled in England leaving in a will, it should be lawful for his or her surviving spouse, daughter who had never been married, infant son, or any son who is, by reason of some mental or physical disability, incapable of maintaining himself, to apply to the High Court (or, in appropriate cases, to the Chancery Court of Lancaster or Durham) within six months after general representation in allowance out of such estate, on the ground that 'reasonable provision' has not been made by the testator's will for the applicant.<sup>277</sup>

Existe una provisión para los familiares que fueron desprotegidos por el testador. Se protege al hijo débil y no a todos los hijos, también según la época a las mujeres solteras pues ellas todavía no habían logrado entrar en el mercado laboral como lo están hoy en día. Sólo en los casos de discapacidad física o mental, también para el hijo menor de edad que no puede protegerse por sí mismo.

En ningún caso excedía esta provisión, hecha por los tribunales, de los dos tercios del total dejado por el testador.<sup>278</sup> De ello se deduce que si bien es cierto guarda semejanza con la legítima no lo es. En primer lugar, la legítima se concede a todos los hijos contando al cónyuge, sea este la esposa o el esposo sobreviviente. Para el caso inglés sólo es la esposa sobreviviente. En segundo lugar, la legítima no distingue entre hijos mayores de edad e hijos menores de edad, salvo los hijos alimentistas. En tercer lugar, la legítima no favorece a la hija soltera como sí lo hace la ley inglesa, ni tampoco la enfermedad física o mental del legitimario.

Y si el testador dejaba esposa y uno o más hijos, el tribunal podía disponer de dos tercios como provisión para los favorecidos con la provisión. Pero si el testador sólo dejaba esposa o sólo dejaba hijos, el tribunal podía disponer de la mitad de los bienes para la disposición de la provisión. Esta facultad se deja al tribunal y no es de

---

<sup>277</sup> Inheritance Act, Section 1, 6, 7 citado por: JENKS, Edward, *A Short History of English Law. From the Earliest Times to the End of the Year 1938*, 5<sup>th</sup> ed., Methuen & Co, London, 1938, p. 415.

<sup>278</sup> Ver: JENKS, Edward, *A Short History of English Law. From the Earliest Times to the End of the Year 1938*, 5<sup>th</sup> ed., Methuen & Co, London, 1938, p. 416.

ninguna manera una restricción a la libertad del testador, pues es solo una posibilidad y no una obligación como lo es la legítima.

### **E. Posiciones estratégicas generadas por la legítima para el heredero y para el testador**

No olvidemos que los actores privados son motivados exclusivamente por el deseo de maximizar su propio interés económico. De esta manera, el heredero que es forzoso para maximizar su interés puede dejar de hacer todo cuanto este de su parte por conservar el patrimonio de su causante en vida de este. Todo intento de mejorar la tierra va a ser disfrutado por los demás herederos forzosos. Este beneficio marginal cero crea una estructura de incentivos negativos semejantes a la copropiedad.

Como efectos de la regulación de la libertad de disposición *mortis causa* mediante la legítima, vamos a tener un cambio en la conducta de los herederos quienes tratarán de evitar los costos que pueda suponer el mantenimiento de la propiedad. Lo que dará como consecuencia un sistema de copropiedad donde los costos sean internalizados por el propietario testador y no por los herederos forzosos. De igual manera, los beneficios serán internalizados tanto por el propietario-testador como por los herederos forzosos. El simple título para ser titular de este derecho es el de ser familiar cercano, es el nacimiento: lo que da como consecuencia que no todos somos iguales.

Para obtener el beneficio de la ley solo debe ser pariente cercano señalado por la ley. Y esto se debe al nacimiento y al matrimonio.

La legítima se comportaría como una especie de impuesto de los dos tercios de la propiedad. Y que la distribución no sería en beneficio de toda la sociedad sino que solo beneficia a quienes sean considerados como herederos. Incentiva el consumo presente y disminuye las posibilidades de acumulación.

POSNER comienza su estudio de la transferencia de la riqueza al morir preguntándose por qué los individuos no llegan a consumir toda su riqueza en vida y

mueren dejando algo de riqueza intacta.<sup>279</sup> Comenzamos diciendo que los individuos establecen un fecha probable de muerte que generalmente está después de la jubilación, si todo lo que han acumulado lo gastaran en su jubilación hasta el día pensado de su muerte, si la muerte no ocurre entonces, estarían en problemas económicos al día siguiente y así hasta el fin de sus días. Por eso toman en cuenta una cantidad de reserva, sin embargo, POSNER no está de acuerdo con esta visión,

... por qué los individuos mueren dejando riqueza en lugar de consumirla durante su vida. La respuesta de que no saben cuándo van a morir, de modo que deben conservar parte de su riqueza en caso de que vivan más tiempo de lo esperado, es superficial; mediante la compra con nuestra riqueza de anualidades (un seguro de vida en reversa, que paga al beneficiario una suma fija o variable hasta que muera, sin acumulación), podremos asegurarnos de no dejar una fortuna importante al morir.<sup>280</sup>

Entonces, una segunda alternativa es que las personas se motivan al pensar que aquello que ahorran será para sus legatarios. Cuando hablamos de legatarios lo hacemos en contraposición de los herederos forzosos. Los legatarios nacen de la voluntad del testador de favorecerlos en un afán altruista. Es lo que se conoce como el modelo del «motivo del legado».

La idea es impulsar inversiones socialmente valiosas. ¿Cuáles son las inversiones valiosas que la legítima incentiva? Incentivan el trabajo y el esfuerzo de los padres, mas no de los hijos. Los padres trabajan motivados debido a que todo lo que acumulen ellos serán los beneficiados, pues lo gastarán luego de jubilarse, o si eso no fuera posible, lo recibirían de herencia sus hijos, en partes iguales. Pero este tipo de incentivos también lo encontramos en un sistema de herencia libre. ¿Tiene alguna peculiaridad la legítima pues al parecer todos los beneficios parten del sistema de herencia más no de su difusión?

El efecto difusivo va en contra del efecto de concentración. Hasta allí no hemos dicho nada. Sino que la difusión erosiona el sistema feudal de grandes terratenientes. Mientras que el sistema concentrado favorece este sistema feudal. Tal como lo manifiesta POSNER al hacer un recuento de lo sucedido en Inglaterra,

---

<sup>279</sup> POSNER, *El análisis...*, op. cit., p. 476.

<sup>280</sup> POSNER, *El análisis...*, op. cit., p. 476.

... en Inglaterra se produjo una enorme concentración de la riqueza, debido en parte a la herencia libre de impuestos, pero la causa subyacente fue la práctica de la primogenitura: de dejar prácticamente todo al hijo mayor. Cuando las fortunas se dividen entre los herederos, aun las fortunas enormes tienden a disiparse al cabo de pocas generaciones. La primogenitura es común sólo cuando los principales activos de las fortunas son indivisibles, de modo que si se dejan los activos a más de un hijo se generarían deseconomía de la propiedad dividida... A menudo, esto ocurre con la tierra inglesa, pero por supuesto no en la actualidad.<sup>281</sup>

En Inglaterra existe el sistema de herencia libre. De acuerdo a la época fue variando sus preferencias. Cuando estaba de predominio el sistema feudal, entonces los barones, lores y duques dejaban su herencia a su primogénito. Sin embargo, tal como lo atestigua MENCHIK, en los últimos siglos, desde la Revolución Industrial, se ha producido un cambio que no se debe al sistema de herencia libre, sino al sistema social y económico que introdujo esta revolución. Las herencias ahora se distribuyen de manera igualitaria. Y este cambio se produjo sin modificación de las reglas de herencia. Este tipo de reglas permite la flexibilidad y su seguridad y esto se prueba puesto que la regla se mantiene y eso es lo que hace que el sistema de herencia libre sea superior al sistema herencia forzada. La libertad está más cerca de las necesidades de la época y de la sociedad. La justicia involucra un tejido social de intereses conciliados de acuerdo a las necesidades de la época y de la sociedad. Un sistema de libertad es más justo, por ser más real.

El derecho a la propiedad da confianza en el futuro. Si un familiar cercano es considerado heredero forzoso, no se preocupará por lo que va a ser su propiedad, pues ahora está cuidada y conservada. La legítima se basa en considerar la moralidad de las personas no como aquellas personas que hacen lo mejor para ellas mismas, sino aquellas personas altruistas. Esta ficción que todos los padres aman a sus hijos se ven contradichas por la realidad. De hecho, muchos padres tienen una conducta distinta de la deseada para cada uno de sus hijos.

De hecho la legítima no incentiva negativamente el trabajo y el esfuerzo de los padres que aman a sus hijos. Pero sí la incentiva negativamente de aquellos padres que no aman a sus hijos. La legítima solo supone uno de los casos. Aún cuando los padres odien a sus hijos y busquen la manera de no dejarles nada los hijos aun

---

<sup>281</sup> POSNER, *El análisis...*, op. cit., p. 478.

pueden intentar dejar de ser odiados por sus padres. El odio es un incentivo para no trabajar, pues del fruto de ese esfuerzo sería el beneficio de quien odian. O también sería el origen de un consumo *carpe diem* pues es a los padres a quienes no se les reconoce el derecho de propiedad a futuro, porque la legítima crea esa seguridad: que la herencia será del familiar cercano. Ahora si uno quiere a ese familiar cercano trabajará por su bienestar; en cambio, si no lo quiere, tampoco trabajará a gusto o consumirá inmediatamente todo lo que pudiera ahorrar.

En contraposición al sistema de herencia forzada a la difusión, el sistema de herencia libre lo que hace es tratar de reflejar mejor los intereses y necesidades de los agentes. De forma que los padres se sientan siempre motivados para trabajar y esforzarse pues ellos beneficiarán a quienes ellos decidan y siempre se incentiva el trabajo y el esfuerzo, puesto que la libertad lo hace a uno elegir aquello que prefiere. Y permitir esa preferencia es eficiente, pues maximiza el esfuerzo, el trabajo, el ahorro. Un sistema de libertad siempre reflejará mejor los intereses dentro de la sociedad que un sistema forzoso porque mientras la segunda se basa en una ficción la primera tiene respaldo en el propio individuo que es distinto y único.

La legítima asegura la vida del causante cuando son varios los herederos. Un heredero será capaz de matar a su causante cuando los costos de mantenerlos con vida sean superiores a los beneficios de mantenerlo vivo. El causante tiene una función económica a su favor, trabaja en beneficio del heredero, cuando deje de ser beneficiosos para el heredero aumentan las posibilidades de ser asesinado por su heredero. Es decir, con el paso de los años, los causantes tienen mayores probabilidades de ser asesinados por sus herederos, solo las personas viejas serían asesinadas por sus herederos.

Las posibilidades de ser asesinado se reducen cuando el causante es joven. A mayor número de hermanos menores probabilidades de ser asesinados los causantes. La legítima se convierte en un incentivo perverso para asesinar a los hermanos que no tienen hijos. La posibilidad de ser asesinados es alta desde el momento del nacimiento y va reduciendo con los años hasta el momento en que tengan un hijo.

Las posibilidades que los hermanos maten a sus causantes es alta pues aprovechan de los costos de transacción bajos entre ellos y de las asimetrías de información que existen entre ellos por haber vivido en la casa familiar por años, desde su niñez. Las probabilidades de ser asesinados son altas desde el momento en que comienza la jubilación y van reduciendo a medida que se vaya gastando lo acumulado. La mejor alternativa para los padres que se jubilan y que temen que sus hijos los maten es gastar todo su dinero pero gastando todo su dinero lo que los mata no sería su hijo sino el hambre. Así que tienen que llegar a un punto de equilibrio entre el hambre y el temor al asesinato.

Primero Shakespeare y luego Akira Kurosawa nos muestran el problema de la repartición anticipada de la herencia entre los herederos que cree que más lo aman. Y desheredan a quienes, de verdad, lo aman a él. En *El Rey Lear* y en *Aroies*, nos muestran que la división anticipada de sus bienes ocasiona la guerra entre sus descendientes por las ansias de poder y aquellos a quienes desheredan son los que los ayudan y les tienden la mano cuando está despojado de sus derechos y es echado por sus dos herederos favoritos.

Esta decisión errada, que podríamos llamarle podría ser un buen argumento para decidirse en contra de la libertad testamentaria. Sin embargo, como nos dice BERHEIM, SHLEIFER & SUMMERS,<sup>282</sup> esto responde a una cuestión estratégica. Y demuestra dos cosas. La primera, que las personas que la teoría o modelo que afirma que las personas viven y ahorran para que sus hijos hereden sus pertenencias y sean ellos quienes disfruten sus bienes, es un tanto errada. También, las herencias se convierten en una herramienta estratégica para el padre testador.

Esto nos demuestra que el principal problema que pudiera tener un sistema de libertad testamentaria sería su selección adversa. Pues los herederos más perspicaces alentarían a sus padres a tener la herencia a través de conseguir su preferencia. Son embargo, esto es compatible con el tiempo que dedican a cuidar de su padre, si es bastante, es grande el costo de oportunidad, entonces, la herencia

---

<sup>282</sup> BERHEIM, Douglas B., SHLEIFER, Andrei & Lawrence H. SUMMERS, „The Strategic Bequest Motive, The Journal of Political Economy, vol. 93, no. 6, 1985, p. 1071.

debe ser apetitiva para que dediquen recursos escasos, como el tiempo, en cuidar de su padre. La pero elección del padre sería distribuir su patrimonio en vida.

Los legados son usados, muchas veces, en el *common law* como sugieren BERNHEIM, SHLEIFER & SUMMERS, como una manera de compensación por los servicios brindados. Adicionalmente, los legados, en un sistema de herencia libre, suponen una posición estratégica para el padre, respecto de los hijos.<sup>283</sup>

#### **F. Efectos en el aprovechamiento racional de los recursos escasos**

Imaginemos que un padre deje en herencia a sus cinco hijos 100 soles que serán repartidos equitativamente a 20 soles cada uno ( $=100/5$ ). Los hijos han viajado por muchos lugares y viven en zonas distintas. El costo de cobrar la herencia para el primer hijo es de 10 soles; del segundo, 20; del tercero, 30; del cuarto, 40; y, finalmente, del quinto, cincuenta de acuerdo a la distancia que tengan que recorrer y a los costos de oportunidad que les toma dedicarse a partir la herencia del padre. Solo el primer hijo puede ganar con la herencia, para los demás representa mayores costos que beneficios.

Economías de escala. El centrar el territorio el ir acumulando hace que se facilite las economías de escala done es más barato y más rápido tener 10 mil hectáreas planas a 10 mil hectáreas divididas de una en una. Los costos para producir una sola hectárea aumenta mientras el de tenerlas todas reunidas beneficia. Existe una gran ventaja, en este caso, por la centralización y la acumulación. Con la cantidad de emigrantes que hay en Lima no crea que deseen volver a trabajar la tierra de sus ancestros o que ahora es de sus padres. La idea está en que si están en Lima, se quedan. Y hay quienes se quedan en las tierras y son ellos quienes las trabajan. Porque no aprovechar directamente la decisión de los padres, en lugar de establecer una división profunda de las propiedades hasta la manera ineficiente.

Al final del día es también la legítima una norma egoísta, pues sólo se beneficia a los familiares y para ocultar este hecho se da la posibilidad que se dediquen

---

<sup>283</sup> BERNHEIM, Douglas B., SHLEIFER, Andrei & Lawrence H. SUMMERS, "The Strategic Bequest Motive", *The Journal of Political Economy*, vol. 93, n° 6, 1985, p. 1045.

un tercio de los bienes a obras pías. Se parte de una definición de egoísmo, si esta definición sólo abarca pensar en el bienestar de uno mismo y si este egoísmo también abarca a su familia, pensar en uno mismo y en su familia. Como el caso de la película // *Padrinno* donde la familia era lo más importante y las demás familias no importaban. Este es un egoísmo finalmente que no está lejano de los intereses de los legisladores del '84, tal vez no era lo que pensaban pero es lo que se traduce.

Son los principios igualitarios las razones principales para que algunas comunidades elijan un sistema comunal de control de la tierra, debido a que este sistema podría facilitar el logro de una más equitativa distribución del ingreso. Sin embargo, estas intenciones tienen sus limitaciones en el tamaño del grupo. Mientras mayor sea el incremento poblacional los costos de coordinación y los incentivos pueden ser demasiado altos para establecer un mecanismo adecuado de distribución equitativa. Así podemos concluir con COSGEL que "Therefore the likelihood of achieving consistent objectives [Egalitarian principles] through communal control of land might be restricted to single communities with small populations".<sup>284</sup>

Si la legítima trata de satisfacer esta necesidad de una repartición igualitaria entre todos los hijos entonces las familias no deberían ser numerosas. La legítima no es para familias numerosas y con recursos escasos. La legítima es para familias pequeñas y con recursos abundantes según como estamos viendo respecto de los principios igualitarios. Por eso los pueblos germanos utilizaron un sistema de herencia en donde los hijos eran copropietarios en vida del causante. Porque la abundancia de sus recursos provenían de su incursión en otros pueblos. Nuevamente, confirmamos, que en la repartición igualitaria entre todos los miembros, en este caso de una familia –léase hijos, cónyuge o padres–, sería ineficiente en una sociedad con recursos escasos y que un factor que aumenta esta ineficiencia es: familias numerosas.

Esta propiedad comunal a la que hace derivar la legítima de los bienes del causante en vida tiene efectos en la inversión y en el uso excesivo de la propiedad del causante. En un sistema de derechos de copropiedad encontramos que *en las inversiones los costos se multiplican por el número de copropietarios*. De igual manera,

---

<sup>284</sup> COSGEL, Metin M. "Communal Control", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 4, New York: Oxford University Press, 2003, p. 280.



*en el uso de la copropiedad los beneficios se multiplican*, también, por el número de copropietarios. Esto produce resultados ineficientes.

Pongamos un ejemplo, si una propiedad tiene tres copropietarios, entonces, en una situación donde una inversión en la propiedad por parte de un copropietario tiene un beneficio esperado de 5 y un costo de 3, es eficiente que se invierta. Pero, como hemos dicho, en la copropiedad se multiplican los costos en las inversiones, de este modo el beneficio es de 5 y el costo es de 9 (= 3 costo x 3 copropietarios); la inversión –en copropiedad– no paga. Seguidamente, el costo de sobreusar el bien es de 8, mientras que el beneficio es de 3; es eficiente no sobreusar el bien, pero como en la copropiedad en el uso los beneficios se multiplican por el número de copropietarios, el beneficio de sobreusar el bien es de 9. Es beneficioso la utilización del bien –en copropiedad– por encima de lo que sería individualmente eficiente.

Se ha llegado a decir que: “When a community has exclusive rights in land, it has an incentive to monitor the activities of its members to ensure its long-term economic viability”.<sup>285</sup> Lo que para nuestro trabajo significa que la legítima formaría una comunidad –llamada familia– donde los individuos que la conforman tuvieran derecho a utilizar los bienes y excluir a extraños. Y que la familia tiene incentivos para conservar y asegurar que la propiedad no sea sobreexplotada. Este es un pensamiento que calza muy bien con un Estado de Bienestar pues supone que, si bien es cierto que los hijos hasta antes de la mayoría de edad dependen de sus padres y obedecen, supone la legítima el poder del padre luego de la edad de la emancipación o de la mayoría de edad, pues se requiere ser el jefe para poder utilizar, en comunidad, racionalmente la propiedad. Tal como señala H. Scott GORDON,

... use of common pasture in the medieval manorial economy. Where the ownership of animals was private but the resource on which they fed was common (and limited), it was necessary to regulate the use of common pasture in order to prevent each man from competing and conflicting with his neighbors in an effort to utilize more of the pasture for his own animals. Thus the manor developed its elaborate rules regulating the use of the common pasture, or “stinting” the

---

<sup>285</sup> COSGEL, Metin M. “Communal Control”, *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 4, New York: Oxford University Press, 2003, p. 280.

common: limitations on the number of animals, hours of pasturing, etc., designed to prevent the abuses of excessive individualistic competition.<sup>286</sup>

Era importante que alguien tomara la decisión sobre el uso de los recursos escasos y comunes para evitar su sobre utilización. Este era el jefe de la tribu, el señor feudal, el padre de familia. Esta en contra de la universalización de los derechos de propiedad en donde se proclama que cada recurso escaso tenga propietario privado con uso exclusivo y transferibilidad.

Sin embargo, la posibilidad del free riding todavía está presente en la propiedad del causante. Los miembros independientes –los hijos– pueden emanciparse y no preocuparse por la propiedad familiar hasta que llegue el momento de heredarla. Así se beneficia de la inversión que los padres realicen en la propiedad y del esfuerzo de los hermanos que todavía se quedan en la propiedad paterna.

Este sistema de cuasicopropiedad que ha originado la legítima en la propiedad del causante aumenta los costos de transacción para disposiciones eficientes de la propiedad. La transferibilidad onerosa está permitida solo hasta el punto en que sea una buena gestión y no devenga en prodigalidad. De igual modo, limita la disponibilidad gratuita. Así, una conducta altruista ha sido opacada por una actitud egoísta. Todo parte de solo consideraciones de bueno o malo, es decir, éticas y no de la eficiencia de estas decisiones.

Sin embargo, este régimen de copropiedad que se origina con la muerte de los causantes produce resultados ineficientes. Pues aumenta los costos de transacción y las posiciones oportunistas de los mismos copropietarios. Si vender la propiedad es beneficioso cada uno de los copropietarios querrá beneficiarse por encima de los demás –*hold out*–, si tienen que pagar por algún costo, cada uno encubrirá su preferencia esperando beneficiarse con el pago de alguien que le interese más que a él –*free rider*–.

---

<sup>286</sup> GORDON, H. Scott. "The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery", *The Journal of Political Economy*, vol. 62, n° 2, 1954, p. 135. Adicionalmente, el planteamiento de GORDON, anterior en casi quince años al planteamiento de Garrett HARDIN, fue la propiedad común de los peces y como tal su sobreexplotación. Como dice Scott GORDON, "... everybody's property is nobody's property. Wealth that is free for all is valued by none because he who is foolhardy enough to wait for its proper time of use will only find that it has been taken by another... the fish in the sea are valueless to the fisherman, because there is no assurance that they will be there is no assurance that they will be there for him tomorrow if they are left behind today. A factor of production that is valued at nothing in the business calculations of its users will yield nothing in income. Common-property natural resources are free goods for the individual and scarce goods for society."

Finalmente, la legítima es una norma que no solo tiene efectos sobre un patrimonio ideal a la muerte del causante sino que estos efectos se trasladan a sus relaciones inter vivos. A parte es la principal causa por la que los testamentos devienen en inválidos. Por otro lado, la sucesión intestada es la solución más eficiente si solo se tiene un tercio de los bienes de los que se puede disponer, entonces preferible no hacer testamento. Todos estos incentivos desembocan en que la legítima origine una herencia indivisa, que a final de cuentas, resta facilidad de disposición de los mismos.

En España y Francia la legítima no tiene problemas pues la población no crece y gozan de un nivel de vida adecuado suficiente que les permite recibir en herencia los bienes paternos de una forma eficiente. Cuando nos encontramos al otro lado de la balanza, con altos índices de crecimiento poblacional y bajos índices de crecimiento económico. Entonces la legítima no es la solución más adecuada. Si solo una parte de la población goza de este crecimiento económico y tiene una tasa baja de natalidad y luego tenemos el otro lado de la moneda en los andes peruanos creemos que para respetar los intereses de todos es necesario retroceder un poco en el punto de equilibrio y fijar la libertad de testar, pues muchas veces el testador que se encuentra en las alturas no puede diferenciar entre un relicto y el patrimonio, ni a veces los dos tercios que son de sus hijos (como la tasa de analfabetismo). Existen otros recursos que están en crecimiento y que hasta ahora son escasos como la creatividad, las creaciones intelectuales, las obras de derechos de autor, patentes, acciones de una empresa, etc.<sup>287</sup>

## V. LA LEGÍTIMA EN EL MERCADO

---

<sup>287</sup> No queremos extender el estudio sobre estos temas que son de por sí bastante voluminosos. Y excederían los límites a los que este trabajo se está ciñendo. Ver, *e.g.*: SOKOLOFF, Kenneth L. "Inventive Activity in Early Industrial America: Evidence from Patent Records, 1790-1846", *Journal of Economic History*, vol. 48, n° 4, 1988, pp. 813-850; SOKOLOFF, Kenneth L. & B. Zorina KHAN, "The democratization of Invention During Early Industrialization: Evidence from the United States, 1790-1846", *Journal of Economic History*, vol. 50, n° 2, 1990, pp. 363-378.

La intervención del Estado mediante una ley solo puede ser posible cuando nos encontremos ante un problema de externalidad, bien público, monopolio, asimetría de la información, costos de transacción altos.

Pero las relaciones cercanas entre los propietarios y sus familiares hacen que los costos de transacción sean bajos, llegando a conocerse unos a otros con lo que la diferencia de información no es relevante. El hecho que la propiedad se comporte como un monopolio no es razón para intervenir por cuanto un sistema de derechos de propiedad hace coexistir estos monopolios que son regulados unos a otros sin intervención del Estado. Si se trata como a un bien público le costo de proteger a un familiar adicional tiene un costo en los incentivos para invertir. Se paga impuestos para que se defienda la propiedad no para que se la restrinja. Casi toda conducta produce una externalidad y este no es una hecho que nos dé un argumento a favor de la intervención del Estado en el espacio privado de la propiedad.

El artículo 2º inc. 16 de nuestra constitución establece que toda persona tiene derecho a la propiedad y a la herencia. Esta herencia, es nuestra interpretación, se ha hecho con fundamento en los *tenancy rights* o derechos de posesión que logran subir la escalera para convertirse en derechos de propiedad. Los *tenancy rights* son:

... in its broadest sense... any tenurial rights enjoyed by the tenant in addition to those specified in the rental agreement with the landlord... sanctioned by custom and usage and could exist under both feudal and market forms of economy. Such extracontractual claims might include the right of a son or close relative to succeed the father on the landholding...<sup>288</sup>

Entonces, como vemos, este derecho de herencia era para beneficiar a los hijos pero de alguien que no es propietario, con la finalidad de llegar a ser propietarios. Este derecho a la herencia que nos señala la constitución parece no tener sentido pues el derecho de propiedad es lo suficientemente importante para heredar, a menos que se interprete en este sentido –como lo acabamos de ver– no parece tener sentido si se tratara del hijo de un propietario. Sino que el derecho de herencia favorece al hijo del poseedor no propietario con la finalidad de llegar a convertirse en propietario, por medio, quizás de la prescripción adquisitiva de propiedad.

---

<sup>288</sup> KENNEDY, Liam, "Tenant Rights", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 5, New York: Oxford University Press, 2003, p. 101.

El sistema de propiedad privada se caracteriza por cuatro razones. La primera razón es que este sistema aprovecha la inclinación natural del hombre de apropiarse, de hacer parte de sí objetos de la naturaleza. El segundo motivo es que la propiedad privada es un sistema que reduce los costos de coordinación y los costos de transacción entre la variedad de voluntades que conforman la sociedad de los individuos. La tercera razón es que es un sistema que genera una estructura de incentivos necesarios y suficientes para internalizar las externalidades. Y por último, el sistema da seguridad al proteger las expectativas y como tal es una garantía para las inversiones.

La propiedad privada se convierte en un derecho político desde el momento en el que asegura a los individuos una esfera de actuación protegida legalmente. De esta manera se crea la independencia del individuo respecto del Estado con lo que se crea la seguridad indispensable y necesaria para la democracia y el fortalecimiento de las instituciones democráticas.

La constitución desde el punto de vista del AED cumple un doble rol de protección, puesto que actúa como protección del desarrollo económico como del autogobierno democrático creado a partir de los derechos de propiedad. La propiedad privada genera independencia. Todo aquello que atente contra los derechos de propiedad nos resta independencia y aumenta la intervención del Estado. La legítima supone una intervención del Estado en la esfera protegida por los derechos de propiedad.

En un sistema de propiedad privada la libertad y autonomía de libertad del individuo aumenta mientras que la dependencia y intervención del Estado disminuye. Por el contrario en sistemas con legítima la intervención del Estado aumenta disminuyendo la libertad y autonomía y como tal los sistemas de propiedad privada no han sido adecuadamente enfocados y no cumplen la finalidad a la cual fueron asignados cuales la eficiente utilización de los recursos escasos.

Una propiedad privada donde existe la legítima reduce los incentivos de los hijos a contribuir al crecimiento de la propiedad del causante. Porque toda mejora costada por uno de los hijos, al final, será internalizado por todos los herederos forzosos. La mejor elección es consumirla sin mejorarla. Un sistema sin propiedad

privada tiende a sofocar los incentivos para el esfuerzo y el trabajo, induciendo al desgano como al desperdicio.

El sistema de propiedad otorga al individuo una esfera de actuación protegida por el derecho, donde el individuo es libre absolutamente. Dicho de otro modo, se crea una "suerte de muro de protección de su seguridad personal [del ciudadano], creando zonas de libertad en las que uno puede actuar sin temor".<sup>289</sup>

La constitución es un instrumento que confiere derechos y se convierte en la protección máxima de su libertad. La constitución es un mecanismo de asignación de derechos y lo peor que puede hacer es limitar la independencia e iniciativa individual y convertir, en segundo lugar, la intervención estatal en un *deber constitucional*.<sup>290</sup>

En resumen, la constitución protege y se convierte en un mecanismo de reducción de los costos de transacción que suponen la creación de una esfera privada a favor de los individuos para que éstos puedan operar independientemente del Estado. Por tal motivo una de las funciones de la constitución es la distinción de dos grandes esferas o ámbitos: el público, por un lado y por el otro, el privado.

Se puede decir que la legítima está dentro de la tradición, dentro de las costumbres jurídicas peruanas. Sin embargo, SUNSTEIN dice que:

Se suele decir que las constituciones, al ser una especie de derecho superior, deben ser compatibles con la cultura y costumbre de las personas a quienes regulan. En cierto sentido, sin embargo, se podría afirmar precisamente lo opuesto. Las disposiciones constitucionales deben ser diseñadas para combatir los aspectos de la cultura y tradición de un país que puedan producir algún daño mediante los procesos políticos ordinarios del mismo... Las constituciones debería contrarrestar las tendencias particulares más amenazantes de un país... Es por este motivo, sobre todo, que una constitución diseñada para una país no resulta adecuada para otro.<sup>291</sup>

---

<sup>289</sup> SUNSTEIN, Cass R. "Propiedad y constitucionalismo". En: *Themis - Revista de Derecho*, n° 48, segunda época. Lima: PUCP, 2004, p. 28.

<sup>290</sup> "El tercer problema de los derechos positivos es que establecen como deber constitucional la interferencia gubernamental en los mercados. El esfuerzo actual se encamina justamente a limitar tales interferencias y a establecer las condiciones previas para los mercados privados, el libre comercio y la libertad contractual. Imponer un deber constitucional de interferencia es ir precisamente en el sentido opuesto". Cf. SUNSTEIN, Cass R. "Propiedad y constitucionalismo". En: *Themis - Revista de Derecho*, n° 48, segunda época. Lima: PUCP, 2004, p. 30.

<sup>291</sup> SUNSTEIN, Cass R. "Propiedad y constitucionalismo". En: *Themis - Revista de Derecho*, n° 48, segunda época. Lima: PUCP, 2004, p. 31.

El principio de legalidad y de propiedad garantiza inmunidad, seguridad e independencia al ciudadano al crearle un «muro de protección» para los mismos. Y de este modo se crea los incentivos suficientes para la formación de un ciudadano dentro de la democracia. El sistema de propiedad no solo fortalece el sistema económico sino también el sistema democrático.

Toda constitución al proteger los derechos de propiedad, al mismo tiempo, no los crea, sino que estos se convierten en su trasfondo. Los derechos de propiedad se asignaron inicialmente antes de la constitución, la constitución es posterior a la formación o asignación inicial de los derechos de propiedad. La constitución se limita a proteger esos derechos de propiedad ya creados<sup>292</sup> para que se puedan generar las transacciones de mercado suficientes que nos permitan acercarnos al Óptimo de Pareto.

Focalicemos nuestra atención en el problema de la legítima. La labor del derecho y del Estado es reducir los costos de transacción.

### **A. Solucionando las fallas de mercado**

La legítima supone un límite para el individuo pues supone una restricción de uno de los atributos de la propiedad deba dejar de ser aplicado. La intervención del Estado debería retirarse de regular el tema sucesorio y de solo intervenir en aquellos casos en los que los costos de transacción sean tan elevados y de difícil reducción que justifiquen su intervención. Pero en estos casos no observamos ningún costo elevado de transacción.

Y es que el Estado ya no debe intervenir en el mercado por necesidad pública sino en caso de alguna falla de mercado. La necesidad pública que es vaga ha sido modificada para darle mayor concreción con el apoyo de la economía. De esta forma tenemos que en el mercado de las herencias, el mercado solo interviene porque es imposible conocer la voluntad de alguien que ya falleció. Por tal motivo la intervención del Estado es para determinar a quienes se distribuye los bienes dejados por el testador: puede establecerse que pasen a manos de toda la comunidad, que

---

<sup>292</sup> Véase: SUNSTEIN, Cass R. "Propiedad y constitucionalismo". En: *Themis - Revista de Derecho*, n° 48, segunda época. Lima: PUCP, 2004, pp. 37 y 38.

pase a las manos del Estado, que pase al primero que se posicione en el bien, y entre otras soluciones. Cada una de estas soluciones tiene efectos económicos diferentes y tiene costos en la sociedad y en la economía agregada por cuanto la estructura de incentivos puede hacernos más pobres de generación en generación.

Reconocer mercados es el primer punto para establecer la actuación permitida del Estado. Nos encontramos en un mercado de liberalidades, en un mercado de herencia, donde se intercambia un bien: el cariño. Este tipo de concepción nos permite diferenciar dos sociedades, una sociedad donde los individuos se interesan unos por otros por saber qué piensan, qué hacen, cuáles son sueños, cuáles sus temores, una sociedad en la cual los individuos son más integrados que otros. Si nosotros establecemos que ciertos familiares recibirán los bienes cuando muera el causante entonces la mejor alternativa, no contando con el carácter moral de los herederos, es que ellos no se preocupen por conocer a su causante, por saber sus gustos y preferencias, compartir momentos juntos, entre otros bienes tales como el disfrute del tiempo libre, el momento de la diversión, de la tranquilidad que en un mundo como el actual resultan de inapreciable valor.

Y hay otra sociedad distinta, donde no hay herencia fija a determinada persona. Pongámosle un nombre crudo para que nos demos cuenta que esta palabra no debe provocarnos tanto miedo: una sociedad donde se compra el cariño. Aquí los oferentes de cariño son los amigos, parientes, vecinos, compañeros de trabajo, en fin, todos y los consumidores de cariño son los propietarios. En esta sociedad se tratará de ganar el cariño de la otra persona solo que existe un riesgo: no se está seguro que realmente le vaya a dejar su herencia, por ese motivo se dedican a conocer a sus futuros causantes. Este mayor conocimiento de unos con otros hace que la sociedad esté más unida y cohesionada. Este tipo de medidas que toman en cuenta la inclinación natural del hombre a buscar su propio provecho es la mejor forma de equilibrar los intereses subyacentes para los individuos de nuestra sociedad y no la anterior de tratar de evitar o eliminar artificiosamente esta inclinación natural del hombre.

La legítima supone una intervención del Estado en la esfera privada, por cuanto entendemos que la esfera privada están compuesta por aquella esfera de



libertad. Si la libertad es la esfera privada y la legítima es un estrechamiento de esta libertad, esta debe tener un sustento constitucional.

¿Por qué la gente trabaja? Para satisfacer sus necesidades. ¿Por qué la gente AHORRA? ¿Por qué la gente invierte? En primer lugar el trabajo es incentivado por el aprovechamiento personal de cada uno, para unos el valor de darle a los suyos el fruto de su trabajo le compensa enormemente, en cambio para otros quedarse con el fruto de su trabajo y no dejar nada para sus familiares cercanos es otro incentivo pero tan válido como el primero solo que menos valorado socialmente.

El segundo motivo, el aprovechamiento eficiente de los recursos con un recorrido de los bienes a las manos que más les valoran. El problema no es cuando la ineficiencia parte de una decisión del dueño de la propiedad sino cuando la ineficiencia es creada por la ley.

El modelo del ciclo de vida nos dice que el ciclo de consumo es independiente del ciclo de vida de la persona. En otras palabras quizás todo lo que ahorre la gente nunca lo llegue a gastar. La vida es corta para consumir grandes cantidades de recursos acumulados de tal manera que será la generación siguiente la que los consumirá y con ello tendremos una generación que se esforzará por acumular recursos y otra generación que no trabajará y que vivirá de lo acumulado por su generación anterior.

El sistema social condiciona al Estado. Y es el sistema de valores dentro del sistema social el que finalmente condiciona también el Estado, el Derecho, la Constitución, las Leyes. Pero en la base encontramos el sistema de relaciones de intercambio y de satisfacción de necesidades del hombre. Estos sistemas de condicionamientos nos remiten al germen de todo: el individuo que modela sumando y que a la vez ese mundo que crea lo modela a él. “[L]a forma de gobierno cambia cuando cambian las ideas de los hombres respecto de la propiedad”,<sup>293</sup> como dice SPENGLER “Es evidente también que los hombres tienen expectativas para el futuro,

---

<sup>293</sup> SPENGLER, Joseph J. “The Role of the State: The role of the State in Shaping Things Economic”, *The Journal of Economic History*, vol. 7, Supplement: Economic Growth: A symposium, 1947, p. 125.

ejemplificados, por ejemplo es hacer prevalecer mitos en cuanto a la autoridad y a las relaciones sociales que, en definitiva, afectará la noción del rol del estado".<sup>294</sup>

En libertad algunas personas cometen abusos: el buen padre desheredó a su cenicienta. Por lo que el buen padre debe ser limitado, porque en el fondo es bueno y no quiso causarle un daño a su cenicienta. Ningún buen padre buscar convertir a su hija en una cenicienta. Por lo tanto se crea el mito que dice que ante estas locuras del buen padre, no se tenga por puestas.

¿Por qué no se hacen testamentos? Porque dejar testamento supone una serie de costos de transacción y de formalidades a cumplir que la ley se forma como una barrera legal; en donde se prefiere la alternativa más fácil para cada uno pero la peor para toda la sociedad: la herencia intestada.

Es usual escuchar defensas a favor de la intervención del Estado como obligatoria. Esta protección la realiza el Estado y para cumplir con su deber de protección de la familia supone una intervención en la esfera privada de las personas. Imponer deberes de intervención a favor del Estado limita el ámbito privado y dice SUNSTEIN que los Estados continentales cometen tres errores: el primero, convierten sus aspiraciones y deseos en normas constitucionales, lo que dificulta su defensa legal y judicial; segundo, limitan la independencia e iniciativa individual; y, finalmente, convierten la intervención estatal en un deber constitucional.

## 1. Propiedad y libertad

¿Qué es la herencia? Es la propiedad. Luego, ¿qué es el legado? Es la libertad. Richard PIPES, profesor emérito de Historia en la Universidad de Harvard y especialista en Historia Rusa, en su libro *Propiedad y libertad*, nos muestra que el concepto de propiedad y libertad han estado unidos a lo largo de la historia. Y a este libro nos remitiremos para analizar la legítima.

Según Richard PIPES, los orígenes del Estado lo podemos encontrar en los derechos de propiedad sobre la tierra. Como base de su afirmación sostiene que si la democracia nació de Grecia, ella nació fundada en la ciudad-Estado; y esta, a su vez, fundada en la ciudadanía; y ésta tiene sus raíces en la propiedad sobre las tierras.

---

<sup>294</sup> "It is evident also that men's expectations regarding the future, exemplified, for instance, in the prevailing myths regarding authority and social relations, Hill affect their notions of the role of the state." Véase: SPENGLER, Joseph J. "The Role of the State: The role of the State in Shaping Things Economic", *The Journal of Economic History*, vol. 7, Supplement: Economic Growth: A symposium, 1947, p. 125.

Nadie, salvo los ciudadanos de la *polis* griega, podían ser propietarios de las tierras. Aquellos que no eran ciudadanos podían dedicarse al comercio, las finanzas o a arrendar las propiedades, pero nunca comprarlas, les estaba prohibido. De allí que sea “muy evidente la correlación entre propiedad de la tierra, ciudadanía y participación democrática”.<sup>295</sup> Luego, al revisar el derecho de propiedad de los romanos, llega a sostener que antes de la aparición de la ley de las XII Tablas, los pueblos que formarían Roma, practicaban los derechos de propiedad (que formara, posteriormente, los derechos quiritarios o propiedad quiritaria) y lo que hace la ley de las XII Tablas no es sino confirmar esta práctica de los derechos de propiedad. Así, “[p]odemos deducir que en Roma la propiedad, concentrada en las manos del cabeza de familia o *pater familias*, antecedió al gobierno”.

De esta manera, estos hechos le dan pie para apoyar el argumento de Jeremy Bentham cuando manifiesta que: ‘la propiedad y la ley nacen y deben morir juntas. Antes de las leyes no existía la propiedad; eliminense las leyes y la propiedad cesará’. Concluyendo que,

La razón para relacionar estos dos conceptos es que la propiedad representa un bien que el dueño reclama a título exclusivo, una reclamación que requiere ser ejecutada, no por el poder físico o la costumbre social, como sucede con la simple posesión, sino por la ley.<sup>296</sup>

Este mismo planteamiento lo hemos encontrado en el pensamiento de Milton FRIEDMAN.<sup>297</sup> A lo que PIPES añade:

Una de las funciones fundamentales del Estado es garantizar la seguridad de la propiedad. Antes de la existencia del Estado sólo existe la posesión, un título que el dueño hace valer a partir de una larga tenencia y que está respaldada por la costumbre y, en última instancia, por la fuerza; es una organización política, esta responsabilidad la asume la autoridad pública. La transformación de la posesión en propiedad avanza en todas partes con una fuerza inexorable, debido fundamentalmente a la institución de la herencia, que se aplica tanto al dueño como al poseedor, pero que beneficia al último porque tiene el control físico ininterrumpido de los objetos que están en juego.<sup>298</sup>

---

<sup>295</sup> Vid. PIPES, Richard. *Propiedad y libertad*, 1ª ed. en castellano, trad. Josefina de Diego (1ª ed. en inglés, 1999). México: Turner – Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 140.

<sup>296</sup> *Ib.*, p. 143.

<sup>297</sup> FRIEDMAN, Milton, *El socialismo*, op. cit.

<sup>298</sup> PIPES, Richard. *Propiedad y libertad*, 1ª ed. en castellano, trad. Josefina de Diego (1ª ed. en inglés, 1999), Turner – Fondo de Cultura Económica. México, 2002, p. 159.

Nos preguntamos ¿por qué trabaja la gente? Porque de esta manera puede comprar más libertad. Si definimos la libertad como una situación de conciencia y satisfacción de necesidades. Para satisfacer esas necesidades es necesario tener recursos. Para obtener esos recursos necesitamos trabajar y solo trabajando lograremos tener propiedades que nos brinden cuotas de libertad. Esta libertad nos permite decidir y elegir qué hacer con nuestros recursos. Si los intercambiamos porque es más ventajoso hoy. O si lo guardamos para mañana porque es más ventajoso.

Ahora bien, los derechos de propiedad amplían nuestra libertad. Este pensamiento es apoyado por PIPES, quien señala que:

Tampoco es casualidad que muchas de las instituciones más importantes de la democracia moderna desciendan directamente de la comunidad urbana medieval, en donde el comercio y la industria dieron lugar a una poderosa clase adinerada que consideraba sus posesiones como un aspecto de su libertad.<sup>299</sup>

La idea de libertad no está presente en todos los tiempos de la humanidad. Esta fue surgiendo en Europa a partir del siglo XVII.<sup>300</sup> Y como dice PIPES, "Lo que genera la idea de la libertad es el sentido de independencia económica y el del valor personal",<sup>301</sup> ahora a comparación de lo que sucedía antes, las personas trabajaban para sí mismos, ya no lo hacían para un amo ni para un señor feudal. Así sentencia PIPES,

"Es mucho más probable, por tanto, que la idea de libertad hay surgido del contraste entre el dueño y no dueño... que del contraste entre el hombre libre y el esclavo, porque una insuperable barrera psicológica separa a los dos últimos, lo que hace muy difícil de concebir las comparaciones entre ambos."<sup>302</sup>

## **2. Influencia de la moral religiosa en la formación del fundamento de la legítima**

Ahora pasemos a examinar comparativamente una parte del derecho de sucesiones hebreo que, según hemos podido comprobar, está relacionado con la legítima del derecho romano-germánico. En el derecho peruano como en el derecho hebreo, la herencia no está condicionada al amor, al afecto, a las preferencias.

---

<sup>299</sup> *Ib.*, p. 160.

<sup>300</sup> *Ib.*

<sup>301</sup> *Ib.*, p. 162.

<sup>302</sup> *Ib.*, p. 162.

Contrariamente, ambos derechos está inspirados, no en incentivar el amor, cariño y afecto de las relaciones paterno filiales sino en la sacralización de las relaciones paterno filiales obligando a los padres de uno y otro sistema a atenerse a la voluntad de Dios –para el Derecho hebreo– y del legislador –del derecho peruano.

En el Derecho hebreo se dice pues, que si un hombre tuviera dos mujeres, una a quien ama y otra a quien odia, y cada una de ellas le hubiera dado un hijo, siendo su primogénito el hijo que tuvo con la mujer odiada, entonces, este hombre no puede desheredar a su primogénito. Así, se dice que “Moisés llevó el derecho de primogenitura, a ser simplemente un privilegio de heredar el doble de la sucesión del padre, y sólo con respecto a aquellos bienes que existían al momento del fallecimiento”.<sup>303</sup> Notamos el parecido entre este mandato moral y la legítima y a ello podemos decir que la legítima coloca a los familiares cercanos en una situación de privilegio para heredar el doble de lo que le está permitido disponer a su padre.

La legítima al igual que la primogenitura, suponen un privilegio a favor de los hijos. En la legítima como en la primogenitura hebrea no importa el cariño, el amor y el afecto, por lo menos jurídicamente, pues estos sentimientos son impuestos por un mandato de la religión de este pueblo. El derecho a la legítima descansa en la moral. Solo que en una sociedad democrática moderna y plural de respeto a todas las religiones y al libre pensamiento y libertad religiosa, es que una religión no debe primar sobre otras, el individuo es libre. Si el individuo es libre no debe estar atado a mandatos de orden moral. Ergo, la legítima implica un atentado contra los pensamientos, sentimientos y su expresión del propietario.

En una sociedad pluralista como la que ahora tenemos, la moral se vuelve una restricción a la libertad de pensamiento y de creencia. Pues un padre puede creer que su hijo no necesita de sus bienes para vivir, o que la mejor alternativa es enseñarle a su hijo a ser cuidadoso, nombrándole un fideicomiso. Esta moral impide

---

<sup>303</sup> OMEBA, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVIII, Lega-Mand, Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1964, p. 50. Sin duda se reconoce que el libro de Deuteronomio es un libro importante para la tradición judeo-cristiana en lo que se refiere a la legítima, podemos leer: “Judeo-Christian cultures could easily find support for special treatment of the eldest born in biblical writns: just one among several biblical citations, the book of *Deuteronomy* status that the firstborn son should receive a double portion of the existing inheritance.” Cf. WEGGE, Simone A. “Inheritance Systems”, *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003, p. 80.

que el individuo se manifieste como tal dentro de su rol social como ser actuante y pensante.

La moral monoteísta apoyaba el cariño, amor, afecto de las relaciones paterno-filiales como lo hacía, por ejemplo, la Constitución de 1979 con respecto de la legítima regulada en el Código Civil de 1984. La constitución establecía a la religión católica como la religión oficial del Estado y sobre esta materia nada se dice en la nueva constitución de 1993.

Artículo 50°. Estado, Iglesia católica y otras confesiones. Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas.

El Estado no favorece a una religión. Por ello el fundamento moral de la legítima también debiera desaparecer. Adicionalmente, podemos decir que nuestra Constitución consagra “la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada”,<sup>304</sup> es decir, podemos no querer a nuestro hijo, podemos hasta odiar a nuestros hijos,<sup>305</sup> o, por el contrario, podemos amarlos en demasía. Esto puede reflejarse en la herencia, según el modelo de la constitución del 1993. Sin embargo, el Código Civil de 1984, impone que si aún se quiere o se deteste a los hijos, ellos deben recibir siempre la misma parte de los dos tercios de los bienes.

### **3. Entorno económico de la legítima en el caso peruano: una economía social de mercado**

La legítima funciona en un entorno económico de economía social de mercado. Este modelo económico sostiene que los mercados no son perfectos, pero también que toda intervención no es perfecta. El balance entre intervención del Estado y mercado se lleva a cabo a través de la presencia o no de fallas dentro del mercado. De este modo el Estado garantiza que intervendrá en presencia de fallas.

---

<sup>304</sup> Constitución 1993, artículo 2° inciso 2.

<sup>305</sup> A pesar de establecer la libertad testamentaria esto no significa que ciertas normas estén a salvo como es el deber de pasar alimentos al hijo. Si bien supone una restricción a los derechos de propiedad del padre. Estos casi siempre tienen un final cuando el hijo alcanza la independencia económica. Este derecho de alimentos en nada afecta nuestro análisis sino que permite que el alimentista sea productivo para la sociedad. Es una inversión en capital humano que en ningún momento es censurable.

El rol económico del Estado es proporcionar una estructura político-institucional que permita solucionar los conflictos de poder entre los distintos grupos de interés que forman parte de la sociedad y que están en lucha por el poder. Como dijo SPENGLER, "There is widespread concern lest a state, when its economic role has been expanded at the expense of the private economy, fail to give immediate and full play to equilibrating forces".<sup>306</sup> El rol económico del Estado es equilibrar fuerzas en contradicción dentro de la sociedad y que de esta manera la intervención del Estado no dañe la esfera privada.

Del hecho que el Estado tenga una constitución se deriva que el Estado no es todopoderoso. HAYEK se manifiesta así: "El constitucionalismo implica gobierno limitado",<sup>307</sup> la Constitución sirve como freno de los excesos que pueden cometer aquellos grupos de interés que logren el poder. La Constitución es el fruto de una negociación entre las fuerzas en conflicto dentro de una sociedad con la finalidad de llegar a un acuerdo de convivencia. La Constitución se convierte en una suerte de representación de la justicia. La Constitución representa la máxima coincidencia posible de posiciones enfrentadas. Y supone una garantía en contra de los excesos del grupo de interés que logre llegar al poder.

Pues, como pregunta acertadamente HAYEK, "¿para qué sirve una constitución que sólo contribuye a la omnipotencia gubernamental?"<sup>308</sup> El Estado balancea las concepciones hedonistas de los individuos, dejando que sea el sistema de precios –como puede ser el mercado político donde se compra o se vende congresistas mediante votos del electorado–el que asigne los recursos escasos. La intervención del Estado se dirige a solucionar fallas que puedan surgir en el mercado tanto como para hacer cumplir las reglas de juego, asignando derechos y protegiéndolos mediante reglas de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad.

Para CALABRESI & MELAMED, el Estado primero asigna titularidades y luego las protege con reglas de propiedad, de responsabilidad y de inalienabilidad. Cuando se asigna una titularidad y luego se la protege con una regla de propiedad, la

---

<sup>306</sup> SPENGLER, Joseph J. "The Role of the State: The Role of the State in Shaping Things Economic", *The Journal of Economic History*, vol. 7, Supplement: Economic Growth: A Symposium, 1947, p. 130.

<sup>307</sup> HAYEK, Friedrich A. *Derecho, legislación y libertad*, 2ª ed., trad. Luis Reig Albiol, Unión Editorial. Madrid, 1985, p. 17.

<sup>308</sup> *Ib.*, p. 18.

intervención del Estado se dirige a garantizar que la libertad del individuo sea respetada y que sea el intercambio voluntario la forma en la que esta titularidad cambie de manos.

El segundo nivel de intervención del Estado es cuando se protege a la persona de aquellos intercambios no voluntarios. Cuando una persona recibe un choque en su carro, el Estado interviene para hacer reparar al dueño del otro vehículo. En este sentido la intervención del Estado está en buscar minimizar el menor número de accidentes al menor costo posible.

Por último, cuando el Estado protege la titularidad y la asigna en forma inicial para luego protegerla mediante reglas de propiedad y de responsabilidad, esta asignación inicial es plena. Se permite su intercambio en el mercado y se prohíbe el intercambio no voluntario. Ahora con una regla de inalienabilidad el Estado asigna una titularidad limitada y prohíbe los intercambios voluntarios y no voluntarios. Esta última intervención del Estado es un mayor grado.

Visto de esta forma, la legítima supone la prohibición para el buen padre de disponer de toda la casa. Sólo puede disponer libremente de una habitación. Las otras dos habitaciones le corresponden a su conejita de Play Boy y a Cenicienta. Los intercambios voluntarios pueden onerosos o gratuitos. Los intercambios gratuitos se basan sobre todo en el aprecio entre los intercambiantes.

La legítima, por lo tanto, se basa en los derechos de propiedad. Estos derechos de propiedad parten siendo una asignación inicial protegida por el Estado donde se beneficia los intercambios voluntarios, los gratuitos y los onerosos. La legítima prohíbe los intercambios gratuitos en cierta cantidad. Los derechos de propiedad son asignados inicialmente en forma limitada. En lugar de ser protegida por una regla de propiedad es protegida, en intercambios voluntarios onerosos, con una regla de propiedad. Y para intercambios gratuitos con dos reglas, una de propiedad – para una habitación– y otra de inalienabilidad –para las otras dos habitaciones–.

#### **4. Paternalismo estatal**

CALABRESI & MELAMED justifica estas intervenciones en el paternalismo. Así, este paternalismo supone que el buen padre, debido a las caricias, ternura,



comprensión, docilidad de su conejita no se encuentra en la mejor posición para manifestar su voluntad de dejarle toda la casa. En esa posición el buen padre va a desproteger a Cenicienta. Ante esta situación el paternalismo reacciona decidiendo de antemano con una cabeza más fría a favor de Cenicienta.

El paternalismo proviene de la economía del bienestar (*Welfare Economics*) y está referido a, tal como sostiene A. C. PIGOU, las investigaciones de las influencias dominantes a través de las cuales el bienestar económico del mundo o de un país en particular puede ser incrementado.<sup>309</sup> Adicionalmente, señala el mismo PIGOU, "The hope of those who pursue it is to suggest lines of action—or non-action—on the part of the State or of private persons that might foster such influences."<sup>310</sup> La economía del bienestar no se interesa por todo el control del individuo desde la cuna a la tumba sino de toda esa parte del bienestar que está relacionado con el aspecto económico de la vida.<sup>311</sup>

El bienestar del hombre se deriva de la satisfacción de sus necesidades. La necesidad es el fundamento de competencia y de la cooperación. Ahora, ¿cuáles son esas necesidades?, ¿quién conoce esas necesidades?, ¿son todas las necesidades iguales para todos los hombres?<sup>312</sup> Para solucionar estos problemas se ha realizado un programa compuesto de dos suposiciones básicas en la economía de bienestar.<sup>313</sup> En primer lugar, cualquier adición al ingreso real de un individuo hace una satisfacción mayor. En segundo lugar, la transferencia de ingreso monetario de una persona acomodada da a otra persona en una situación económica crítica hacia una satisfacción mayor.

En términos simples es que si pasamos 1 sol del bolsillo del Tío rico al bolsillo del Sobrino pobre, hacemos más feliz al Sobrino que infeliz al Tío. La felicidad del pobre compensa la infelicidad del rico. Este *cambio* paga.

Si permitimos que los propietarios transmitan sus heredades a terceros fuera de la familia vamos a hacer más infelices a los hijos, el cónyuge y eventualmente

---

<sup>309</sup> PIGOU, A. C. "Some Aspects of Welfare Economics", *The American Economic Review*, vol. 41, n° 3, 1951, p. 287.

<sup>310</sup> *Ib.*

<sup>311</sup> *Ib.*

<sup>312</sup> En otras palabras, un helado de chocolate produciría el mismo nivel de satisfacción en un sujeto A y en otro sujeto B.

<sup>313</sup> Véase: PIGOU, A. C. "Some Aspects...", op. cit., p. 293.

a los padres, *i.e.* sus familiares cercanos. Por lo tanto, prohibiendo que el buen padre le deje toda la casa a su conejita, Cenicienta sale ganando. La infelicidad del buen padre que no puede dejarle toda la casa a su conejita se compensa con la felicidad de Cenicienta de saber que tendrá por lo menos una habitación para ella. Y no sólo eso, sino también se benefician otros, terceros y extraños, que ganan sintiendo la tranquilidad de pensar que por más encandilado que esté el buen padre, por lo menos, Cenicienta tendrá su habitación. Este último beneficio es un beneficio moral.

De esta manera, no interesa si Cenicienta sea pobre o sea la prometida del Príncipe, cualquier suma le produce una mayor satisfacción.

La economía de bienestar parte de la ficción de creer que lo que es bueno para el individuo es bueno para todo el grupo, aún cuando reconozca que las diferencias en gustos dentro del grupo favorece una disminución del bienestar. A mayor diferencia en gustos mayor descenso en el nivel de bienestar. Señala PIGOU "So far what is true of individuals is also true of groups".<sup>314</sup>

Pero la economía de bienestar no es ningún ataque a la herencia libre. Lo que la economía del bienestar postula es que la transferencia de los Tíos Ricos a los Sobrinos pobres. No hay ninguna referencia a que sean precisamente los familiares cercanos quienes reciban su dinero.

La eficiencia, con estos postulados, de la legítima es un ataque eficiente y eficaz a los derechos de propiedad. Mientras que el mal funcionamiento de la legítima podría generar bienestar. El problema de la legítima es que crea costos para terceros, como los contribuyentes y litigantes quienes por cada proceso que se inicia se perjudican en mayor medida.

El asunto parte por definir los derechos de propiedad de manera clara, o la propiedad es del padre o es del hijo. Y finalmente quién puede decidir qué hacer con la propiedad: el Estado o el propietario. El Estado interviene para proteger la decisión del propietario y es un exceso que el Estado ponga límites a las decisiones del propietario.

---

<sup>314</sup> *Ib.*, pp. 297 y 299.

El derecho de propiedad permite que el individuo no justifique frente al Estado sus decisiones sobre la propiedad, amén que perjudique a terceros. Y perjudicar a terceros es una externalidad que impide que el mercado funcione correctamente, por lo que el Estado estaría justificado para intervenir.

### **B. ¿Y dónde está la falla del mercado que justifique la intervención del Estado por intermedio de la legítima?**

El rol económico de la constitución como se ha visto,<sup>315</sup> desde BEARD hasta POSNER y SUNSTEIN es que la constitución establece el juego de poderes y pone en la balanza los diferentes intereses opuestos y hasta en conflicto dentro de la sociedad que los encausa en la búsqueda de una mayor participación por el poder y de ellos para la mayor felicidad. La paz nace de esta lucha de los grupos con intereses contrarios. La separación de poderes, el establecimiento del Estado es importante para la economía. Del mismo modo, la constitución peruana refleja ese interés en el mismo sentido. Al consagrar constitucionalmente un estado social de mercado lo que se hace no es un mero formulismo sino que indica la actividad del estado la forma en que debe estructurarse la actuación del estado respecto del individuo y reconoce que en el mercado existen fallas y que el mercado no es la panacea.

Las diferentes tradiciones hereditarias responden al modelo económico de producción en el que se desarrollan.<sup>316</sup> La herencia jugó un rol nada decisivo en las sociedades cazadoras y recolectoras debido a que la propiedad privada apareció sobre las herramientas y utensilios fabricados por el ser humano, al mismo que se le enterraba con sus propias herramientas y utensilios.<sup>317</sup> Luego, con el paso de la

---

<sup>315</sup> Adicionalmente se sostiene: "The American Constitution is an economic document, designed in part to specify and enforce property rights and to defend them against the arbitrary actions of a powerful state". Ver: LIBECAP, Gary. "Property Rights", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 4, New York: Oxford University Press, 2003, p. 270.

<sup>316</sup> WEGGE, Simone A. "Inheritance Systems", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003, p. 78.

<sup>317</sup> GOODY, Jack *production and Reproduction: A Comparative Study of the Domestic Domain*, citado por WEGGE, Simone A. "Inheritance Systems", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003, p. 78.

recolección y caza a la agricultura y el pastoreo la tierra llegó a ser importante para la transmisión de la propiedad a sus descendientes –como sabemos la tierra es difícil que pueda ser puesta en la tumba del difunto.

Este sistema, durante siglos, produjo la acumulación de la riqueza y se generara así sociedades cada vez más ricas. Y tal como se manifiesta,

A natural companion to economic growth is the development of social differentiation in economic status and, thus, an unequal distribution of wealth among a society's members. Families became interested in retaining or, better yet, increasing their wealth holding and their standard of living in the transmission to the next generation.<sup>318</sup>

Existen, quizás, *buenas* razones para que sena los padres quienes decidan sobre el futuro del hijo quizás por su mayor experiencia, en asuntos tales como qué carrera seguir, o con quién ha de casarse, qué ha de comer todos los días, si está flaco o está gordo, o si fuma o bebe demasiado y cosas similares. En tales casos puede que los padres tomen las mejores decisiones y sean ellos quienes mejor conozcan a sus hijos, pues los hijos, por su inmadurez y su falta de experiencia pueden cometer errores. De esta manera, se evitaría que los jóvenes cometan errores y con ello podría en algún caso contribuir a lograr una mayor utilidad social. Sin embargo, este modelo no toma en cuenta que el hijo, es otro ser humano, que piensa por sí mismo y que tiene sus propias expectativas fundadas en sus propios intereses y preferencias, gustos y convicciones, que muchas veces difieren de la de los padres.

### **1. Análisis costo-beneficio de las externalidades producidas por la legítima respecto a la libertad del testador**

Cuado tomamos una decisión creamos, aún cuando no lo queramos, un costo o un beneficio para otros a quienes no conocemos ni a quienes hemos pedido permiso ni le hemos pedido disculpas. Entre ellos y nosotros, quienes tomamos la decisión, no hay contrato.

En términos económicos este efecto de nuestras decisiones sobre terceros que extraños se llama una externalidad y esta puede ser tanto un beneficio como un

---

<sup>318</sup> WEGGE, Simone A. "Inheritance Systems", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003, p. 78.

perjuicio que está relacionado con la producción, intercambio y/o consumo de bienes o servicios.<sup>319</sup>

Hablamos, entonces, de externalidades cuando a un consumidor le afecta directamente la producción o el consumo de otros. Costos para tercera personas.<sup>320</sup> Pero no sólo son costos y beneficios que pueden o no ser previstos pero que al no ser contratados no son asumidos por el agente. Las externalidades generan ineficiencias económicas tanto en el largo como en el corto plazo.<sup>321</sup> Las externalidades se dividen en positivas y en negativas.

Las externalidades negativas se dan cuando se perjudica al tercero que no participa en el intercambio. Se está produciendo un costo externo, el caso común de la contaminación de la industria sobre el río.

Pero también suceden externalidades positivas, como el beneficio que obtiene el dueño de la polinización de sus manzanos cuando tiene como vecino a un apicultor. En este caso el tercero se beneficia, el vecino agricultor recibe un beneficio externo, pues no ha contratado con el apicultor que le polinice sus huertos.

Cuando identificamos un problema en el mercado por la existencia de una externalidad negativa debemos luego ver la posibilidad de que esta sea internalizada por quien la produce. Si puede ser internalizada o no internalizada. Esto significa que quien, por ejemplo, contamina un río pague el costo total de sus emisiones y que los recursos usados tomen en cuenta los costos que impone sobre los terceros.<sup>322</sup>

En lo que a la legítima se refiere, nos encontramos en el mercado del afecto. El argumento usado para justificar la intervención del Estado es que los padres al hacer uso de sus derecho, antiguamente, de libertad para testar dejaba sin los medios o recursos necesarios para vivir honestamente. Esta decisión de dejarle su

---

<sup>319</sup> COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Law and Economics*. Harper Collins, 1988. Citado por SALINAS RIVAS, Sergio. "Capital institucional, sistema de propiedad y desarrollo económico." En: *Ius et Veritas*, N° 14, año VIII. Lima: PUCP, 1997, p. 221, nota 43.

<sup>320</sup> En estos casos, y en cualquier otro de naturaleza similar, el mercado *per se* no logra registrar todos los efectos, positivos o negativos, que genera la actividad, pues no existe una relación transaccional directa entre las partes afeadas y el causante. SALINAS RIVAS, Sergio. "Capital institucional, sistema de propiedad...", op. cit., p. 221.

<sup>321</sup> PYNDICK, Robert S. y RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomía*, 1ª edición. México: Limusa, Noriega Editores, 1996, p. 730.

<sup>322</sup> Ver: DEVLIN, Rose Anne; GRAFTON, Quentin & Edward ELGAR. *Property Rights for the Common Good*, Cheltenham, United Kingdom, 1998, p. 129.

herencia no a sus familiares cercanos les imponía un costo, perjudicando a sus familiares cercanos. La decisión que los padres tomaban muchas veces no tomaban en cuenta el costo total o el daño que su decisión podía imponerle a sus familiares cercanos como sus hijos. Y esta era considerada la razón fundamental por la cual se debía la legítima.

Tal vez no se haya profundizado mucho en el tema pero esta respuesta tiene algo de sentido económico pues si se trataba de una externalidad negativa, es decir, un perjuicio no internalizado por el padre al tomar su decisión que no tomaba en cuenta todos los costos que su decisión provocaba, el Estado para subsanar esta falla le hacía internalizar esta externalidad privándole de una parte de la libertad de disposición de sus bienes. Esta expropiación era en beneficio no de la comunidad sino de los afectados por la externalidad de la decisión del padre.

Primero, identificar la externalidad. Segundo, determinar quién no está pagando los costos totales de sus acciones. Y es que la esencia del modelo económico es que cualquiera sea forzado a correr con los costos de sus acciones.<sup>323</sup> Entonces, muchas veces los individuos no toman en cuenta la totalidad de los costos que causan sus acciones en otras personas. Para solucionar este problema debemos identificar los costos totales de cada acción humana. Luego, identificar si se paga o no por ese costo, cuando detectamos que hay costos que no son internalizados entonces el Estado interviene para hacer forzar a quien toma la decisión a que corra con los costos que origina su decisión.

Cuando hablamos de afectación los herederos y el propietario. Si el propietario nombra como heredero a un extraño teniendo parientes cercanos se dice que causa un perjuicio a sus hijos y demás parientes cercanos.

Estos parientes son terceros o quienes les afectan la disposición del causante. los deja sin casa. Así que esta externalidad negativa sería una justificación de la legítima. Pero el derecho de propiedad tiene como característica este tipo de externalidad. Si una persona es la propietaria de la casa, esa casa no va a ser ocupada por otro. Ese otro se ve impedido y perjudicado de utilizar esa casa. Le causa un

---

<sup>323</sup> *Ib.*

perjuicio. Esta externalidad también debiera pedir el auxilio de la mano interventora del Estado.

El hecho es que casi toda acción humana crea de alguna u otra forma una externalidad, sea esta positiva, o sea negativa. ¿Es este un argumento válido para que el Estado intervenga dirigiendo toda la actividad humana? creemos que para eso existe nuestra constitución que diferencia entre la esfera pública y la esfera privada.

Creando derechos de propiedad transables se internaliza el problema de la externalidad forzando a los individuos a considerar los costos –todos– de sus acciones los otros.<sup>324</sup>

Cuando los costos de transacción son bajos el mercado es el asignador de recursos más barato. La eficiencia pide que se deje al mercado que actúe en forma libre. Cuando por el contrario, los costos de transacción son altos, la ley debe tratar de solucionar las fallas tendiendo a regular de tal manera que se comporte como un mercado simulado. Una externalidad es el costo que se sufre o el beneficio que se gana por las decisiones que otros forman. También se le llama beneficio externo o costo externo. A pesar de ello, las externalidades por sí solas, en un mercado, un pueden justificar la intervención del estado por cuanto, toda decisión está sujeta a externalidades. Por lo tanto, lo importante es reconocer el entorno en el que funcionan estas externalidades, si es uno de costos de transacción bajos o altos. Pues como dice POSNER,

Aunque la “externalidad” se defina como algo externo a los procesos de toma de decisiones en el mercado y no como algo externo al causante de los daños, sigue siendo un uso potencialmente engañoso porque, si los costos de transacción son bajos, el mercado podría funcionar eficientemente a pesar de la aparente presencia de externalidades.<sup>325</sup>

Tomando como base un ejemplo de POSNER:

Si 50 personas son usufructuarios conjuntos de un pedazo de tierra, la venta de la propiedad requerirá que todos convengan en el precio y en sus división entre ellos; habrá problemas de comportamiento socarrón (*holdout problem*). Las complicadas redes de parentesco de las sociedades primitivas obstruyen el surgimiento de derechos de propiedad en tales sociedades. La eficiencia requiere que los derechos

---

<sup>324</sup> *Ib.*, p. 134.

<sup>325</sup> POSNER, *El análisis...*, op. cit., p. 74.

de propiedad sean transferibles, y si muchas personas tienen un derecho sobre cada pedazo de tierra, las transferencias serán difíciles de arreglar.<sup>326</sup>

Los derechos de propiedad individual surgieron históricamente, como lo sugieren los trabajos de Douglass NORTH & Robert THOMAS, de evitar el problema socarrón u oportunista que originaba esta comunidad de los bienes. No puede ser que aún cuando ese sea su fin, la legítima nos vuelve a traer ese viejo problema de la comunidad de la familia sobre los bienes del propietario.

El surgimiento del mercado hace necesario y tiene como requisito derechos de propiedad privada intercambiables. No entender este hecho nos hace ver que los derechos de propiedad deben beneficiar a la familia, cuando estos derechos surgieron porque la familia suponía una comunidad. Y como tal era un obstáculo para la libre disposición de los bienes que necesitaban de la transferibilidad. Y seguridad que requería el mercado y la eficiencia. Así los recursos eran aprovechados por aquellos que mejor capacitados se encontraban para aprovecharlos y no solo así ellos se beneficiaban sino toda la sociedad.

En contra de la legítima podemos utilizar las siguientes palabras de POSNER:

La objeción económica a estas doctrinas [*Rule in Shelley's Case* y *Doctrine of Worthier Title*] (además de su inmensa complejidad, que no se advierte en estas descripciones) es que significan que el propietario no puede comprar los costos de reducir la transferibilidad con los beneficios que derive de dividir la propiedad en la forma prevista por las doctrinas. Este supuesto parece paternalista y, por ende, cuestionable desde el punto de vista de la eficiencia. Los intereses conocen sus intereses mejor que los tribunales. Sin embargo, la explicación podría ser que, como se sugirió antes, muchas de estas concesiones son transacciones que el propietario realiza una sola vez en la vida, y es posible que no tenga una buena información acerca de los problemas que tales transacciones generan.<sup>327</sup>

La eficiencia reclama que quien tome las decisiones sea el propietario, pues suponemos que él es el más indicado para tomar una decisión debido a que todo costo que tome será por él perjudicado o beneficiado.

Para POSNER, "Los problemas de transferencia de derechos de propiedad pertenecen a un problema más amplio: el de decidir quién es dueño de cuál

---

<sup>326</sup> *Ib.*, p. 79.

<sup>327</sup> *Ib.*



propiedad.”<sup>328</sup> El paternalismo sugiere que las personas en algunas posiciones no se encuentran en la capacidad de ser los más indicados para decidir.

Para que exista una externalidad, como señala DEMSETZ, el costo de la internalización debe ser superior al beneficio de esa internalización.<sup>329</sup> Vemos, por ejemplo, en el caso del agricultor que tiene árboles de manzanas y el propietario de las abejas, el néctar que consumen las abejas es del árbol de las manzanas, como todo lo accesorio sigue la suerte del principal, el néctar pertenece al propietario del árbol, solo que el costo de controlar cuánto de néctar consume y qué abeja de qué propietario, cuántas veces al día, es muy alto, por eso se dice que es una externalidad.<sup>330</sup>

El costo de la internalización del daño a su familia por no instituirlos herederos se pagado por el grado de inversión a largo plazo en las propiedades. Pues estas estarían sujetas al amor, al afecto y al cariño hacia sus familiares cercanos.

Basándonos en los derechos de propiedad podemos decir con McKEAN

The existence of any externality is related to the rules for and costs of assigning and exchanging property rights. The basic things that we exchange are not products' physical features as such but rather packages of rights to do things with those features. *If* all rights were clearly defined and assigned, *if* there were zero transaction costs, and *if* people agreed to abide by the results of voluntary exchange, there would be no externalities... Wherever it results in an externality, this is related to the rules for and costs of assigning and exchanging rights.<sup>331</sup>

Si transmitimos derechos de propiedad quiere decir que mientras menos limitaciones tenga podemos predecir que más valioso será. Pero las limitaciones en algunos casos son eficientes. Revisemos el artículo 923° del Código Civil. El derecho de propiedad está limitado por el interés social y dentro de las limitaciones de la ley. Es eficiente que en un barrio residencial no se construya un grifo o una discoteca. El derecho de propiedad es un límite hacia otro derecho de propiedad. De allí que pueda ser limitado eficientemente. Cuando no hay otro derecho de propiedad es un exceso la intervención del Estado.

---

<sup>328</sup> *Ib.*, p. 82.

<sup>329</sup> DEMSETZ, Harold, "Toward Theory of Property Rights", *The American Economic Review*, vol. 57, n° 2, 1967, pp. 347-359.

<sup>330</sup> Cf. BATOR, Francis M. "The Anatomy of Market Failure", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 72, n° 3, 1958, p. 364.

<sup>331</sup> McKEAN, Roland N. "Product Liability: Implication of Some Changing property Rights", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n° 4, 1970, p. 611.

La legítima es un exceso a la intervención del Estado. Si la legítima no fuera un exceso, para que la limitación de los derechos de propiedad del causante sea eficiente se necesitaría que los legitimarios tengan derechos de propiedad. Y ello sería reconocer un sistema de copropiedad familiar tal como acontecía en Roma. ¿No sería acaso un retroceso?

Según McKEAN no intercambiamos productos sino derechos sobre los productos, siguiendo esta línea de pensamiento podemos decir que no transmitimos por medio de las sucesiones propiedades sino derechos sobre tales propiedades. De esta forma debiera facilitarse el intercambio, aún cuando el precio no sea mensurable en dinero, un sistema de legítima no permite que estos derechos sean libremente intercambiados sea o no a base de un precio monetario. A nuestro parecer es un error considerar que sólo hay mercado cuando hay precio monetario.

## **2. El causante como un monopolio en el mercado de las herencias**

Como concluye POSNER, "In sum, a change in law will alter the distribution of wealth only to the extent that the change is unanticipated and effects the demand for specialized resources".<sup>332</sup> Un cambio en las reglas de juego afectará la conducta de los jugadores.

Los derechos de propiedad privada del causante son un monopolio en su uso y disposición, con la facultad de excluir a los demás. Si sobre esta definición agregamos que la legítima es un derecho de propiedad privada del familiar cercano sobre el derecho de propiedad privada del causante que limita la transferibilidad, entonces esta doble propiedad privada forma una propiedad común entre causantes y familiares cercanos. Consecuentemente, al mismo tiempo que la limitación de las transferencias libres o gratuitas de los bienes está permitido solo hasta el tercio de libre disposición se afecta la exclusividad de la propiedad privada.

Este monopolio es doble. En primer lugar, los familiares cercanos pueden ser libres de realizar cualquier conducta respecto de sus demandantes de afecto,

---

<sup>332</sup> POSNER, *Analysis Economic of Law*, op. cit., p. 83.

mientras que su oferta de cariño puede no variar e incluso ser ineficiente. Los familiares no tienen competencia dentro de los dos tercios del patrimonio del causante. De igual manera, impide las disposiciones libres en vida que hubiere efectuado el causante.

En segundo lugar, el monopolio de la propiedad privada del causante está regulado por el Estado, la propiedad privada no sólo está protegida sino también, en algún sentido, dirigida. Esta regulación de la propiedad afecta los incentivos para invertir en la propiedad e incentiva el consumo presente en perjuicio de un uso mayor en el futuro. Aquel que toma las decisiones no es el propietario sino que es el Estado que concentra en sí la decisión de los dos tercios de las propiedades de todos los propietarios peruanos.

El mercado de las herencias está monopolizado por los herederos forzosos. De tal forma, que se impide que los recursos escasos se asignen a aquellos que mejor le valoren y que al mismo tiempo, impiden que el causante elija a su heredero o herederos según su cercanía a él, no sólo sanguínea –padres e hijos– o legal –matrimonio– sino reconocer los lazos afectivos del sujeto y que es él, el mejor juez, para decidir qué personas se encuentran cerca de él.

### **3. La herencia como bien público**

En términos económicos un bien es público cuando no puede excluirse a nadie de usarlo.<sup>333</sup> En otras palabras, un bien es público cuando el costo de extender su servicio a una persona más, es cero; cuando es imposible, sin incurrir en costos importantes, impedir a cualquier otra persona disfrutarlo. El mejor ejemplo es la defensa nacional. Cuando un país protege su libertad y su estilo de vida, lo hace para todos sus habitantes, independientemente que éstos quieran o no la protección y que paguen o no sus impuestos.

El Estado debe conseguir los ingresos necesarios para pagar sus bienes públicos para pagar los gastos de defensa nacional, esos ingresos proceden de los impuestos. La defensa nacional es un mecanismo diseñado para proteger los derechos

---

<sup>333</sup> DEVLIN, Rose Anne; GRAFTON, Quentin & Edward ELGAR. *Property Rights for the Common Good*, Cheltenham, United Kingdom, 1998, p. 133.

de propiedad. La protección de los derechos de propiedad es un bien público y es un costo que es pagado con los impuestos.

Sin derechos de propiedad nadie puede, legalmente, reclamar para sí mismo un bien ni sus beneficios.<sup>334</sup> La teoría económica sugiere que las consecuencias de este régimen son la sobre-explotación y la producción insuficiente de los bienes necesarios para satisfacer las necesidades de las personas. Ningún individuo tendrá incentivos suficientes para conservar el bien ni explotarlo racionalmente, pues no es seguro que pueda aprovechar los beneficios futuros de esta «inversión».

En el caso que los bienes sean privados, los propietarios del bien asumen los costos y por lo tanto, tienen incentivos para cuidarla e, incluso, para establecer sistemas de protección y cuidado de los bienes. Una vez definidas las relaciones de propiedad sobre un bien, el interés del hombre conduce a su preservación.

¿Esto significa que todos los bienes deben ser propiedad privada? No, las carreteras, los parques, incluso, son buenos ejemplos. ¿Existe alguna razón económica que justifique la propiedad pública con carreteras y parques en estos casos? Sí, la economía define a los bienes públicos como aquellos bienes en los cuales no existe rivalidad en el consumo y donde la posibilidad de excluir a terceros es o muy costosa, condiciones bajo las cuales ningún productor privado estaría dispuesto a proveer el servicio.

La no rivalidad en el consumo significa que puede ser «usado» o «consumido» simultáneamente por dos o más individuos sin deteriorarlo ni disminuir la calidad del mismo. Por lo mismo, resulta muy difícil impedir a un ciudadano que no haya pagado sus tributos gozar de un bien público. Más aún, sería ineficiente hacerlo toda vez que, por lo general, el costo marginal de brindar un bien público a un individuo más es cero: una vez instalados, por ejemplo, los postes de luz ¿cuánto le cuesta al Estado brindar alumbrado público a un ciudadano adicional?

---

<sup>334</sup> Ver: SALINAS RIVAS, Sergio. "Capital institucional, sistema de propiedad...", op. cit., pp. 227 y ss.

Estas personas (*free riders*) no pagan sus impuestos para poder consumir, precisamente, porque no se les puede excluir del uso del bien, una vez que éste ha sido producido.

En estos casos de existencia de bienes públicos, el Estado es el proveedor más eficiente de los bienes o servicios demandados por la sociedad, es económicamente justificable la propiedad pública.

El propietario no puede excluir a su familia de la herencia que deja, por lo menos en dos terceras partes. El estado protege a la familia. esta protección no puede ser dejada a los particulares, pues quien puede protegerla al menor costo es el Estado. La protección de la familia es un bien público que es visto por el Estado.

La protección de la familia es un bien público que es provisto por el Estado. En tal sentido, la legítima limita la libertad del propietario, obligándole a separar dos terceras partes de sus propiedades a favor de sus herederos forzosos.

La sociedad demanda la protección de la familia. Pero la protección de la familia y la protección de los derechos de propiedad son bienes rivales. Si se protege en alguna medida a la familia se desprotege en la misma medida los derechos de propiedad. En este caso el incentivo al esfuerzo, al trabajo y a la inversión al largo plazo, al ahorro se condiciona todo este esfuerzo, trabajo, inversión y ahorro al grado de cariño, afecto y amor de los padres hacia la familia.

Proteger a la familia tiene costos: costos de verificación de la protección, costo de cumplimiento del Derecho. Si se protege al Tío rico o al Sobrino pobre o si se protege a cenicienta o a la conejita de Play Boy. La protección de un familiar adicional tiene un costo positivo que va incrementándose. Así que la protección de la familia no encaja en la definición económica del derecho de propiedad. A menos que se lo proteja como derecho de propiedad pero ya hemos visto que eso sería convertir los derechos de propiedad individual en un Derecho comunal de la familia.

En el pensamiento de Jeremy Bentham, como nos lo recuerdan HOLMES & SUNSTEIN,<sup>335</sup> tanto el derecho como la propiedad nacen juntos. Antes del derecho la propiedad no existe y más allá del derecho la propiedad muere. Es común encontrar definiciones de "*private property*" en el *common law*, sin embargo, es conocido que se la conceptúa como "a complex bundle of rights". La propiedad protegida por el Estado nos permite usar, excluir del uso, disfrutar, excluir del disfrute, destruir, excluir de la destrucción, disponer, que puede ser a través de un legado o en gravarla con una hipoteca, o excluir a que otros dispongan de las cosas que nos pertenecen.

El tener el derecho es una cosa distinta de hacer valer mi derecho, por ejemplo, tenemos derecho al trabajo, pero no tenemos acción por el cual podamos exigir al Estado que nos de trabajo. Como dicen HOLMES & SUNSTEIN, "Property rights are meaningful only if public authorities use coercion to exclude non owners, who, in the absence of law, might well trespass on property that owners wish to maintain as an inviolable sanctuary."<sup>336</sup> Mi derecho de propiedad tiene como requisito esencial el poder de exclusión.

Las relaciones de intercambio en el mercado precisan de un sistema de derechos de propiedad que aseguren a las personas en contra de los riesgos sin fin de su propiedad. Es decir, requieren del bien público: protección de los derechos de propiedad. En este sentido, existen tres caminos que funcionan al mismo tiempo para asegurar y proteger los derechos de propiedad. El primer sistema es el sistema de registro de los derechos, como los registros públicos. El segundo sistema es un sistema policial que asegure la tranquilidad y la eficacia de la acción de esta fuerza pública. Y el tercero es un sistema judicial eficiente. Todos estos servicios son administrados en su mayoría por el Estado. Ni los guardias de seguridad, ni los árbitros son pagados por el Estado.

---

<sup>335</sup> HOLMES, Stephen & Cass R. SUNSTEIN. "The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes", W. W. Norton & Co., New York, 1999, p. 59.

<sup>336</sup> "Los derechos de propiedad solo tienen sentido si una autoridad pública hace uso de la coerción para excluir a quienes no son propietarios, quienes en ausencia del derecho podrían muy bien entrar sin autorización en la propiedad que los propietarios desean mantener como un santuario inviolable", (traducción libre), HOLMES, Stephen & Cass R. SUNSTEIN. "The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes", W. W. Norton & Co., New York, 1999, p. 59.

El Estado tiene un rol activo en la defensa y protección de los derechos de propiedad que crea y define.<sup>337</sup> Es el Estado el que a través de reglas de propiedad establece quien es dueño de qué y cómo se adquiere derechos de propiedad.

La intervención del gobierno, desde la perspectiva de HOLMES & SUNSTEIN, está dirigida a ayudar a mantener el control de los recursos que pertenecen al propietario, prohibiendo y sancionando de manera predecible el uso de la fuerza y el fraude, simulación, engaño u otra afectación a las reglas de juego.

Para David Hume, los derechos de propiedad son un monopolio privado que es concedido y mantenido por la autoridad pública y a cargo del público. En la protección y defensa de los derechos de propiedad se consumen recursos y estos provienen de los aportes del público y que son administrados por el Estado.<sup>338</sup>

La importancia de la Constitución de cada uno de los Estados es que delinea dos esferas, una es la esfera privada y la otra es la esfera pública. Mediante la Constitución los ciudadanos establecen el grado de participación o de intervención del gobierno en sus propias esferas. Pero de ningún modo la intervención del Estado es pasiva sino que, por el contrario es activa, delineando, definiendo y otorgando derechos de propiedad para que los individuos participen. La propiedad privada depende para su sola existencia de la calidad de las instituciones públicas y de la acción estatal, incluyendo amenazas creíbles de prosecución penal y de acción civil.<sup>339</sup> Es por este motivo que según John S. BAKER, el capitalismo y el libre mercado estadounidense se apoya en su sistema legal y constitucional de su país. Y este sistema legal y constitucional se basa en la protección de la libertad y contrapeso de poderes.<sup>340</sup>

---

<sup>337</sup> HOLMES, Stephen & Cass R. SUNSTEIN. "The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes", W. W. Norton & Co., New York, 1999, p. 60.

<sup>338</sup> Ver: David HUME. *Tratado de la naturaleza humana*, 3ª ed., edición preparada por Felix Luque. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, "... la propiedad puede ser definida como *una relación tal entre una persona y un objeto, que permite a aquélla el libre uso y posesión de éste, sin violar las leyes de la justicia y equidad moral, mientras que se lo impide cualquier otra persona.* (HUME, II, I, X, p. 310); HOLMES, Stephen & Cass R. SUNSTEIN. "The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes", W. W. Norton & Co., New York, 1999, p. 61.

<sup>339</sup> HOLMES, Stephen & Cass R. SUNSTEIN. "The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes", W. W. Norton & Co., New York, 1999, p. 61.

<sup>340</sup> BAKER, John S. "Las bases constitucionales del libre comercio en Estados Unidos". En: *Revista de Economía y Derecho*, vol. 1, nº 4. Lima: Sociedad de Economía y derecho UPC, primavera 2004, p. 69, "... el «capitalismo» y el «libre mercado», independientemente de la manera abstracta en que los conciben los economistas, existen solamente debido al sistema jurídico-político del país..." p. 43.

Desde el punto de vista económico se sugiere defender los derechos de propiedad incluso por encima de la protección de la familia. Pero no significa dejar de proteger a la familia. Los Alimentos, todavía seguirían siendo hechos cumplir por el Estado. Los Alimentos son una forma de capitalización de los individuos en educación, en vestido, en alimentación, en salud, que al final los hacen competitivos y en ello se benefician todos.

Y es que hacer cumplir los derechos de propiedad cuesta. Cuando no existe Estado, ni derecho, ni sociedad los bienes que el hombre tenía para alimentarse, vestirse y ayudarlo en sus quehaceres eran protegidos por la fuerza. En este sentido, podemos decir que esta propiedad primitiva dependía de la fuerza de los hombres para autoprotegerse. Este sistema de autoprotección resultó oneroso para los hombres y luego cuando aprendían a vivir juntos llegaron a acuerdos tácitos de propiedad. Estos acuerdos tácitos dieron lugar a costumbres antiguas que fueron el inicio de la protección de la propiedad. La sociedad se forma para proteger los derechos de propiedad de una manera menos cara y más amplia posible.

La protección de la propiedad privada es un bien público, el Estado recolecta impuesto para su provisión. Toda protección de los derechos de propiedad es una protección de la libertad. El medio por el cual los Estados buscan asegurar la paz y la libertad de sus ciudadanos es mediante el gasto en la milicia y en la policía que garantiza la seguridad interna. Ergo, el gasto en armamento es un gasto en la protección de los derechos de propiedad.<sup>341</sup> Garantizando la independencia y la libertad mediante las fuerzas armadas y así se protege los derechos de propiedad.

La propiedad nace con el Derecho y este necesita de una aparato público para hacerlo cumplir. Y éste a su vez necesita de recursos que provienen del aporte de los contribuyentes. En otras palabras, como dicen HOLMES & SUNSTEIN, la propiedad no existe sin impuestos.<sup>342</sup> Su defensa y protección requiere impuestos. De esta manera, continúan estos autores, la propiedad está lejos de ser dependiente de uno mismo, la propiedad privada no descansa en el privado sino en la sociedad, en el

---

<sup>341</sup> Ver, sobre este punto: HOLMES, Stephen & Cass R. SUNSTEIN. "The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes", W. W. Norton & Co., New York, 1999, p. 62; "Defense spending is surely the most dramatic example of the dependency of private rights on public resources" (p. 63).

<sup>342</sup> "No property without Taxation" Chapter Three: HOLMES, Stephen & Cass R. SUNSTEIN. "The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes", W. W. Norton & Co., New York, 1999, p. 59.



colectivo, en el agregado, la propiedad "depende de la cooperación social orquestada por los funcionarios del gobierno".<sup>343</sup> Y de esta forma todo "individualismo liberal depende de una efectiva acción colectiva".<sup>344</sup>

El derecho de propiedad abarca la libre disposición de la propiedad tanto *inter vivos* como *mortis causa*. La propiedad privada no puede ser concebida lejos de la libertad ni mucho menos lejos de la sociedad. El derecho de propiedad abarca toda liberalidad sin que sea limitada pues no solo se intercambian bienes a través de un precio monetario sino de un aprecio en cariño, afecto o amor.

Tal vez estemos acostumbrados a pensar que mediante una propuesta como la eliminación de la legítima por ser ineficiente, esto suponga una obligación de ser eficientes. Y de esta forma, que la propiedad no sea difuminada en varios herederos, todo en aras de la eficiencia. Pero nuestra propuesta dista de esta clase de solución, nuestra propuesta es demostrar que la legítima es una institución que no está justificada por su eficiencia y que la intervención del Estado es un exceso pues está sacrificando los derechos de propiedad por un problema moral que tiene efectos en la motivación de los individuos para el trabajo y el ahorro eficiente.

La sociedad está compuesta por esferas públicas y privadas que fueron diferenciadas por la constitución del Estado. Cada individuo tiene su propia esfera privada. En algunos casos las esferas tienen un espacio de intersección, espacios comunes. Estos espacios comunes generan conflictos entre las esferas privadas, pues si las esferas privadas son iguales, entonces la intersección de dos esferas se repite en todas las esferas jurídicas, algo similar al efecto dominó. Entonces una asignación legal de los derechos de propiedad creando y haciendo cumplir reglas jurídicas resuelven estas disputas entre demandas rivales. Esta rivalidad que se produce en la intersección o espacio en común supone que si se da a una esfera privada el derecho, este beneficio se multiplica por cada una de las esferas privadas y puede llegar a amenazar la coexistencia pacífica de estos derechos, pues serían, nuevamente, fuente de conflictos entre los individuos.

---

<sup>343</sup> HOLMES, Stephen & Cass R. SUNSTEIN. "The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes", W. W. Norton & Co., New York, 1999, p. 65.

<sup>344</sup> *Ib.*

Como dicen HOLMES & SUNSTEIN, "The question is not free markets *or* government but what kind of markets and what kind of government."<sup>345</sup> La solución no es elegir entre mercado y la intervención del Estado sino que esta solución está en saber qué clase de intervención del Estado se requiere. La clase de gobierno que el Perú ha recogido no es un gobierno de bienestar, paternalista o interventor sino un Estado similar al liberal, es un Estado neoliberal, de intervención limitada a las fallas del mercado, por lo que primero debe identificar de qué mercado se trata y de las fallas que se encuentran en ella.

Es una intervención limitada a la existencia de fallas y no se trata de un mercado físico ni de un mercado solo limitado a bienes y servicios también a mercado como los sentimientos: búsqueda de la pareja, búsqueda de amor, cariño, comprensión y de los que el buen padre parece no quejarse de su conejita de Play Boy.

La sociedad para progresar necesita de un Estado que de reglas estables y que se hagan cumplir en forma predecible. La mejor manera de proteger el mercado es protegiendo las reglas de juego: los derechos de propiedad. El Estado se encuentra limitado en cuanto a su intervención en el mercado. Esta intervención limitada favorece a los individuos dentro del mercado quienes, libremente, intercambian bienes y servicios a cambio de otros bienes y servicios más valiosos para ellos.

Esta manera de expropiación pues quita parte de la propiedad o de lo que significa ser propietario al propietario, como toda actuación del Estado, debe estar justificada según el modelo económico del Estado pues este modelo es el que limita la participación del Estado en los mercados. Ahora bien, los mercados son distintos: tenemos el mercado de matrimonio, el mercado de los sentimientos, el mercado de productos de primera necesidad, el mercado de automóviles, entre otros miles de mercados. Lo cierto es que todos los propietarios, en sistemas de legítima, no son propietarios para disponer *mortis causa* de sus bienes, no pueden darlos como recompensa por el cariño, afecto, amor.

Los bienes y las externalidades pueden ir juntas. Así se expresa BATOR:

---

<sup>345</sup> *Ib.*, p. 69.

Many interconsumer externalities are this sort: my party is my neighbor's disturbance, your nice garden is any passerby's nice view, my children's education is your children's good company, my Strategic Air Command is our Strategic Air Command, etc. The same consumption item enters, positively or negatively, both our preferences functions. The consumptions involved are intrinsically and essentially joint.<sup>346</sup>

Los bienes públicos se originan por un problema de externalidades. Cuando las funciones de preferencia chocan entre sí. Cuando el consumo de los bienes no es rival, es decir, cuando el consumo de un individuo de un bien público no impide el consumo de otro individuo de ese bien. Donde la posibilidad de excluir de ese bien público a quien no ha pagado por él es casi imposible. La idea de las externalidad es que todos costos involucrados en el proceso de producción entren en la contabilidad de las empresas.

#### **4. Asimetrías de información en la legítima respecto de la libertad del testador**

Todavía no hay la persona que lo conozca todo. La especialización determina que unas personas conozcan más de algo que otras. El vendedor, usualmente, conoce más del producto que vende que el consumidor que lo compra.

Un padre conoce mejor a su hijo que el funcionario del Estado. Respecto de algo o alguien que lo conoce de la forma más barata y por ello su reconocimiento es mejor de aquel que le es más caro conocer.

Para algunos se le hará más barato conocer unas cosas y para otras personas, otras cosas. Así unos conocerán mejor cómo conseguir carne y otros cómo conseguir cereales y entre los dos contribuirán para cenar.

Esta diferencia de información origina problemas de oportunismo y aprovechamiento de esta información y no revelarla. Este incentivo perverso para no revelarla tiende a solucionarse desde el momento que se piensa que las personas que deciden, para que sus decisiones no sean erradas, necesitan contar con cierta información que le es necesaria. El derecho interviene con la finalidad de facilitar este proceso de desvelamiento de la información.

---

<sup>346</sup> BATOR, Francis M. "The Anatomy of Market Failure", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 72, n° 3, 1958, p. 370-1.

La legítima tiene dos facetas diferenciadas. Una faceta es que desde el punto de vista económico constituye una asignación de derechos de propiedad, mientras que jurídicamente, su segunda faceta, no constituyen derechos de propiedad. Considerado así, el buen padre tiene sobre la casa no un derecho de propiedad sino que participa en una copropiedad. Esta copropiedad, términos económicos, funciona como un derecho de propiedad comunal y tiene todos los efectos que se le señalan. Adicionalmente, esto supone una divergencia entre el sentido económico y el jurídico que afecta finalmente su circulación en el mercado.

### **C. Relaciones entre justicia y libertad**

Los defensores de la herencia libre esgrimen la libertad como valor fundamental, mientras que quienes defienden la legítima fundan esta institución en la justicia.

Pues bien, la justicia no es solo lo que dice una sola persona sino el acuerdo al llegan dos personas. Si justicia fuera lo que dice uno solo, la justicia es abstracta. Y no hay justicia abstracta, sino solo una creencia de justicia. La justicia se origina cuando hay coincidencia de, por lo menos, dos puntos de vistas. Y esa justicia es para esos dos. Por eso Aristóteles, en su *ética a Nicómaco* dijo que donde haya sociedad hay justicia. Tanto la sociedad como la justicia surgen cuando aparte de Robinson existe, por lo menos, Viernes. Por eso el derecho surge donde hay sociedad, porque surge para resolver controversias y estas se originan cuando dos personas se vinculan. Y se solucionan con acuerdos y hay acuerdos cuando cada parte sale ganando con ese acuerdo.

De este modo, la libertad es fruto de un acuerdo plasmado en la constitución y este acuerdo es de justicia. La justicia no está desligada de la libertad. Por lo tanto es justo que el propietario tenga libertad de plena disposición, incluso mediante liberalidades, salvo alguna restricción eficiente.

Vamos a mostrar mediante un ejemplo complejo cómo es que la legítima no incrementa el beneficio social solo modifica el beneficio individual.

Supongamos que un Padre tiene cuatro hijos. Les va a dejar un molino que vale 120 monedas a valor de mercado. El padre decide hacer uso de su legítima a favor de su último hijo que conoce que valora el molino en el doble que él lo valora. El

padre valora el molino en 200 monedas. Dividir el molino en dos tercios que supone la legítima significa repartir 80 monedas entre los cuatro hijos. Le toca a cada uno 20 monedas. El primer, segundo y tercer hijo reciben cada uno 20 monedas, el cuarto hijo recibe 20 monedas de su legítima y 40 monedas más de la liberalidad de su padre.

Las valoraciones de cada hijo de lo que recibe es como sigue: el cuarto hijo valora el bien más de lo que lo valora su padre; el padre valora bien más de lo que valora si tercer hijo. El tercer hijo valora el bien más de lo que el mercado ofrece. La valoración del segundo hijo coincide con el valor de mercado. Y el primer hijo valora el bien menos del valor de mercado. Asignemos valores y veamos cómo queda las valoraciones subjetivas de cada uno:

$$h1 < h2 = \text{mercado} < h3 < \text{padre} < h4$$

$$15 < 20 = \text{mercado} < 30 < 40 < 80$$

Potencialmente si la herencia la hubiera recibido el hijo que la valoraba en más, la sociedad hubiera ganado 280 monedas (400 monedas que es la valoración del cuarto hijo menos las 120 monedas que son de la valoración de mercado). Con la legítima, la sociedad pierde esa potencialidad en aras de la igualdad. Si toda la herencia la hubiera recibido el tercer hijo la sociedad hubiera ganado 40 monedas (este hijo valora el molino en 160 monedas que restamos las 120 monedas del valor de mercado). La suma cero se hubiera producido si el segundo hijo hubiera recibido el molino. Si el primer hijo hubiera recibido el molino la sociedad hubiera perdido 40 monedas. Mientras que con la igualdad de la legítima se obtiene 65 monedas y un costo social por oportunidad perdida de 215 monedas (que es el resultado de restar la potencialidad máxima de 280 monedas menos las 65 monedas con legítima).

El temor a la legítima, desde el punto de vista del AED es que el padre le deje el molino a su primer hijo. Aquí el costo social es de 320 monedas. Ante esta alternativa se prefiere la legítima que asegura que la distribución intergeneracional que maximizaría el valor del molino debido a la incertidumbre en las valoraciones de los bienes.

Si las profesiones de los hijos son: del primer hijo, abogado; del segundo hijo, panadero; del tercer hijo es agricultor; del cuarto hijo, es industrial. Entonces podemos añadir que finalmente lo que importa es la continuidad del negocio familiar en el molino. Cuando el mercado laboral estaba en sus inicios y las barreras a la

entrada eran altas, la legítima aseguraba que los hijos sigan la profesión de los padres, ergo, todos los hijos eran molineros incluso uno que otro industrial. Pero cuando el mercado laboral se amplió entonces el padre molinero puede tener a todos sus hijos abogados. Ante esta diversidad el AED sugiere que sea la persona más adecuada para detectar estas situaciones. Quien incurre en menores costos es el padre que es al mismo tiempo el dueño del molino. Es el dueño siempre quien puede tomar las decisiones más eficientes respecto de la propiedad.

La justicia igualitaria paga en aquellas situaciones donde los hijos siguen la misma profesión que los padres, mientras que la libertad es útil para reconocer situaciones donde se producen una variedad de situaciones distintas unas de otras.

### **1. La moralidad como fuente de incertidumbre en contextos de información incompleta**

En su trabajo sobre *Altruism and Economics*, Herbert A. SIMON, Premio Nobel 1978, sostiene dos aspectos que son importantes en nuestro análisis de la legítima. El primero de ellos está referido a la racionalidad limitada del ser humano. Y dice así, "*human beings are capable only of very approximate and bounded rationality*",<sup>347</sup> solo con un conocimiento perfecto hay racionalidad –perfecta–. Pero como no existe ese "conocimiento perfecto", entonces, el ser humano, al no conocer todas las alternativas de acción disponibles, es solo capaz de una racionalidad limitada.

Y el segundo aspecto está referido a la "docilidad". Por "docilidad" el autor identifica a aquella "*tendency to depend on suggestions, recommendations, persuasion, and information obtained through social channels as a major basis for choice*".<sup>348</sup> De acuerdo a lo que hemos venido diciendo sobre la justicia como aquel punto de equilibrio de los intereses en juego dentro de la sociedad que toma en cuenta los sentimientos, gustos y preferencias identificamos semejanza en el criterio del juez quien hace depender su decisión hasta que antes no haya logrado conciliar las posiciones luego de simular las sugerencias, recomendaciones, persuasiones e información.

---

<sup>347</sup> SIMON, Herbert A. "Altruism and Economics", *The American Economic Review*, vol. 83, n° 2, Papers and Proceedings of the Hundred and Fifth Annual Meeting of the American Economic Association, 1993, p. 156.

<sup>348</sup> *Ib.*

A medida que aumenta la docilidad en una persona aumenta el grado de justicia –siempre y cuando la justicia pueda graduarse. A mayor docilidad, mayor justicia. Si antes de tomar una decisión existe una dependencia a conocer los sentimientos, gustos y preferencias de la sociedad entonces se es *justo*. Ahora podemos decir que esta dependencia puede ser de la mayoría de las personas – maximización del beneficio: popularidad–, de sólo unos pocos intereses –grupos de interés– o de todos los intereses en juego –justo–. Pero no sólo los jueces presentan esta docilidad –sino que los jueces son los más dóciles–, pues de una manera o de otra, “[todas] Las personas exhiben una muy larga medida de docilidad”.<sup>349</sup> Y de esta manera concluye el Premio Nobel 1978:

Since docile persons depend heavily on socially provided advice and orders, they often make choices that reduce own fitness under social advice to do so. They are often unable to judge independently that a recommended choice is actually disadvantageous to them as individuals. This inability is a necessary consequence of their bounded rationality, the same bounded rationality that makes docility, on average, enhance their fitness.<sup>350</sup>

La elección humana está basada en las consecuencias anticipadas de placer y pena.<sup>351</sup> Decimos, siguiendo a SIMON, que la motivación de las decisiones humanas tratan de alcanzar estos tres fines: mayores ganancias, altruismo e identificación con el grupo. Las personas son egoístas tratan de obtener las mayores ganancias haciendo el menor esfuerzo, pero también realizan actos altruistas, el Tío Rico instituye heredero a su Sobrino pobre. Y sobre todo las personas tratan de buscar identificarse con el grupo, quieren ser aceptados dentro de un grupo. La manera de alcanzar la aceptación de ese grupo es adaptarse a las preferencias, valores y gustos de ese grupo. Los grupos están formados por diferentes intereses, donde los sujetos realizan conductas que son halagadas y otras que son reprochadas, el grupo tiende a seguir las acciones halagadas. Al imitar las acciones halagadas los individuos se sienten identificados con el grupo.

La justicia tiene como base esta identificación con el grupo. Actuar en forma justa es actuar siguiendo los deseos, intereses, sentimientos, gustos de los miembros del grupo al cual quieren pertenecer. La justicia es el elemento que mantiene unida a los miembros del grupo. De allí que se sostenga que la justicia es la conciliación o imbricación de intereses o más exactamente la “armonización social” de

---

<sup>349</sup> *Ib.*, p. 157.

<sup>350</sup> *Ib.*

<sup>351</sup> *Ib.*, p. 158.

todos. La justicia está dentro de la economía, del derecho y de la política. Ante la incertidumbre, la justicia les hace formar, a los hombres, parte de un grupo –social– en donde sus intereses han dado forma, tal vez inconscientemente, a un organismo artificial –Leviatán– al cual se sienten unidos por la comunidad de sus intereses y les permite reducir esa incertidumbre.

Mientras este organismo social represente los intereses de todos los participantes, sean estos mayoría como sean minoría –justicia–, la cohesión social se incrementa. A mayor representatividad de intereses mayor cohesión social del grupo humano. A mayor cohesión social mayor dependencia de los individuos entre ellos –aumenta su docilidad–. Como es un hecho que los individuos no forman su decisión en forma aislada pues “hacemos lo que hacemos solo porque nosotros hemos aprendido de aquellos que nos rodean y no de nuestra propia experiencia”.<sup>352</sup> Es decir, toda esta influencia del individuo por el grupo lo llamamos *moralidad*.<sup>353</sup> Esta moralidad es la base de las elecciones de los individuos que forman parte de un grupo. Cada grupo impone aquellas decisiones que son buenas para el grupo –ética– y las hace cumplir a través de una serie de penalidades. Y precisamente, “The use of ethical code and customs is not necessarily the cheapest way of enforcing property rights”.

Si la legítima se basa en la moralidad y en la ética entonces la legítima sería la eficiencia restringida según las restricciones impuestas por nuestra ética y moralidad. Y sin embargo, ni la moralidad ni la ética son las formas más baratas de hacer cumplir los derechos de propiedad.<sup>354</sup> ¿Qué hacer? En primer lugar, recordar lo que nos dice SUNSTEIN, “Las disposiciones constitucionales –léase Derecho– deben ser diseñadas para combatir los aspectos de la cultura y tradición –léase moralidad y ética– de un país que puedan producir algún daño”.<sup>355</sup> El daño es, también, aquello que se deja de ganar. Aquello que nos impide mejorar nuestra posición nos daña.

Una de las finalidades del Estado es la minimización del costo que supone proteger los derechos de propiedad. En tal sentido el Derecho busca mejorar la situación de las personas reduciendo ese costo de protección de los derechos de

---

<sup>352</sup> *Ib.*, p. 157.

<sup>353</sup> Esta moralidad tiene semejanza con lo señalado por CHEUNG, Steven N. S. “The enforcement of Property Rights in Children, and the Marriage Contract”, *The Economic Journal*, vol. 82, n° 326, 1972, pp. 643-653.

<sup>354</sup> CHEUNG, Steven N. S. “The enforcement of Property Rights in Children, and the Marriage Contract”, *The Economic Journal*, vol. 82, n° 326, 1972, p. 653.

<sup>355</sup> SUNSTEIN, Cass R. “Propiedad y constitucionalismo”. En: *Thémis – Revista de Derecho*, n° 48, segunda época. Lima: PUCP, julio 2004, p. 31.



propiedad –costo de hacer cumplir el derecho del propiedad–. Pues la ganancia se incrementa cuando se gasta menos –minimización de costos– y es consistente con una conducta de maximización del beneficio. Si con la eliminación de la legítima mejoramos nuestra posición entonces este mejoramiento nos da pie para sostener nuestra tesis.

En otras épocas, mejorábamos nuestra posición con la legítima. Pero ya no es así, debido a que vivimos en un entorno social de cambio constante. Este entorno cambió como diría Fernando de TRAZEGNIES desde el derecho de pernada al Internet.

Para apoyar este argumento vamos a revisar el trabajo de Armen A. ALCHIAN,<sup>356</sup> el autor introduce en el análisis económico la información incompleta y la incertidumbre. Al mismo tiempo incorpora principios de evolución biológica y selección natural. Ante un futuro incierto, las personas son más dependientes a escuchar las opiniones de los otros miembros del grupo –pues así se reduce la incertidumbre–,<sup>357</sup> para conocer sus preferencias, sentimientos y gustos –docilidad y justicia–. Por este motivo “nadie es capaz, realmente, de optimizar su situación... a causa de la incertidumbre de su posición”.<sup>358</sup> La *maximización limitada* explica porqué algunas soluciones pasadas fueron eficientes y hoy dejan de serlo. Con el conocimiento de lo que “hoy” sabemos –pero no “ayer”– la incertidumbre se redujo y nuestras alternativas parecen más claras para decidir cuál era –o debió haber sido– nuestra elección maximizadora, pero nuestra elección de ayer fue la mejor elección dentro de nuestras alternativas según la incertidumbre de lo que podía pasar “hoy”.

La eficiencia se encuentra restringida –al igual que la maximización– a las posibilidades del entorno económico cambiante, *i.e.* a las posibilidades que nos ofrece nuestro medio, dadas nuestras restricciones; además, el futuro es incierto. Por consiguiente, la eficiencia es relativa al entorno –*eficiencia relativa*–.

Cuando el futuro es claro y transparente entonces se puede determinar la viabilidad y la adecuación de las alternativas y de este modo elegir de la forma que se maximice nuestros beneficios. Pero cuando el futuro no es claro las probabilidades de llegar a tomar decisiones que maximicen nuestros beneficios van a depender del grado

---

<sup>356</sup> ALCHIAN, Armen A. “Uncertainty, Evolution and Economic Theory”, *The Journal of Political Economy*, vol. 58, nº 3, 1950, pp. 211-221.

<sup>357</sup> Y por esa misma razón se producían las consultas a los *juris-prudentes* romanos que eran aquellos que tenían la experiencia jurídica y el arte para adecuar y resolver el problema jurídico que le traían. Podían ver con mayor claridad debido a su experiencia jurídica, pues no sólo conocían el derecho y su contexto –su espíritu–.

<sup>358</sup> ALCHIAN, Armen A. “Uncertainty, Evolution and Economic Theory”, *The Journal of Political Economy*, vol. 58, nº 3, 1950, p. 212.

de claridad. A mayor claridad, mayor probabilidad de llegar a tomar aquella decisión que maximiza nuestros beneficios. Mientras que a menor claridad del futuro, menor probabilidad de maximizar nuestros beneficios. Los derechos de propiedad privada sirven para reducir la incertidumbre en el futuro, hace más claro el futuro y permite tomar decisiones que maximicen nuestros beneficios. Pero la claridad no es absoluta, sólo con una claridad absoluta hay maximización de beneficios. En el mundo real contamos con información incompleta e incertidumbre que nos conduce a una claridad relativa y sólo podemos pensar en la *búsqueda* antes que una *maximización* de beneficios.

El aporte de ALCHIAN sobre nuestra investigación la podemos entender de la siguiente manera. Los derechos de propiedad del causante nos permite proyectar la situación actual en el futuro –tal como es hoy, será mañana: es decir, nos asegura, nos da certidumbre–. Los derechos de propiedad nos da un nivel de certidumbre constante del presente –“hoy”– hacia el futuro –“mañana”–. Este incremento de seguridad y, consiguientemente, reducción de la incertidumbre nos permite realizar inversiones en nuestra propiedad, el propietario actúa a manera de un *broker* o intermediario entre el consumo actual –de “hoy”– y el consumo futuro –de “mañana” –. Esta certeza le permite tomar decisiones eficientes –“hoy”– al causante.

Al contrario, los derechos de propiedad –en sentido económico– del legitimario mediante la legítima en lugar de producirle certeza en el futuro le produce certeza en el presente. Cenicienta sabe que será heredera pero no sabe qué habitación de la casa le tocará. Mientras llegue ese futuro –el día de la muerte de su buen padre– su derecho de propiedad sobre su habitación –es una de las tres habitaciones pero no sabe cuál– es un derecho inseguro, está sujeto a una serie de riesgos que vuelven poco claro predecir el resultado de “mañana”. Frente a esta incertidumbre se levantan dos instituciones jurídicas como la prodigalidad y la mala gestión, que reducen esa incertidumbre y cuya función es la reducir los costos de hacer cumplir sus derechos de propiedad. Ahora bien, todos tenemos algo de pródigos y algo de malos gestores esto da pie para inmiscuirse en las decisiones del causante-proprietario incrementando la incertidumbre pues no tenemos un catálogo que nos diga qué conductas son pródigas y qué conductas son de mala gestión. Afecta, la legítima, los derechos de propiedad del propietario, es un hecho; y adicionalmente, los derechos de propiedad de la legítima generan decisiones eficientes de los legitimarios que son

contrarios a las decisiones eficientes del causante. Y como ambas concursan en el mismo sentido, ambas se anulan. Ya no existen decisiones eficientes –ni en forma *relativa* ni en forma de maximización de los beneficios– de ningún lado de la balanza.

El planteamiento de ALCHIAN<sup>359</sup> puede resumirse esquemáticamente de la siguiente manera. La mejor alternativa a nuestra disposición de ayer es, usualmente, diferente a la mejor alternativa de hoy debido a la presencia de incertidumbre entre “ayer” y “hoy”, del mismo modo que lo hay de “hoy” a “mañana”. Donde la alternativa de hoy es una mejor alternativa que la de ayer –que pueden o no coincidir–, debido a la mayor plenitud de información. Sólo existe una máxima alternativa –maximización del beneficio como un “*optimum optimorum*”– cuando desaparece la incertidumbre y la información es plena –y que no sucede–. Los individuos siempre se encuentran sujetos a decisiones en entornos con incertidumbre e información incompleta.

De esta forma podemos decir que la “decisión eficiente de hoy” del propietario se traslada constante a través del tiempo y será la misma decisión eficiente mañana, pues habrá elegido la mejor alternativa posible a su tiempo según sus propias restricciones de incertidumbre y de información incompleta. Si luego comparamos esa “decisión eficiente de hoy” del propietario con la “decisión eficiente de hoy” del legitimario, esta segunda se convierte en ineficiente pues su derecho es incierto hasta antes de la muerte de su causante. Pero su derecho de propiedad sobre la legítima hace que su decisión ineficiente se proyecte en el futuro hasta cuando sean propietarios. Pero esta última decisión eficiente del propietario causante que ha sido hecha con anterioridad pues no sabemos el momento exacto de nuestra muerte –incertidumbre e información incompleta–, entra en conflicto con la decisión del legislador, que no es propietario. El legislador no es omnipoderoso para actuar, su actuación se encuentra enmarcada dentro de parámetros constitucionales y legales. En el conflicto entre dos decisiones, la más eficiente será la del propietario. El legislador no es propietario de lo que ha decidido separar para los familiares cercanos.

En nada afecta a la sociedad el que no haya legítima pues de esta forma nos aseguramos que las decisiones sean las eficientes, las del propietario –pleno–. En otras palabras, en entornos –o contextos– de incertidumbre e información incompleta –cruda–, la herencia libre es consistente con los derechos de propiedad, primeramente

---

<sup>359</sup> ALCHIAN, Armen A. “Uncertainty, Evolution and Economic Theory”, *The Journal of Political Economy*, vol. 58, n° 3, 1950, pp. 218-220.

asignados a los propietarios, tendiendo a reducir el grado de incertidumbre al proyectar en el presente el futuro –entorno de incertidumbre e información incompleta atenuada–. La legítima si bien es cierto reduce la incertidumbre del legitimario atenta y anula la reducción de la incertidumbre realizada por la los derechos de propiedad en el ámbito privado del propietario. Por consiguiente, la legítima nos devuelve a los entornos con incertidumbre. Los derechos de propiedad privada convierten entornos de incertidumbre e información incompleta en contextos con mayor seguridad y mayor información –ambiente de incertidumbre e información incompleta atenuada–.<sup>360</sup> La legítima hace todo lo contrario.

## **2. Las barreras de entrada al mercado de las herencias en la legítima**

Para ingresar dentro de los sujetos que podemos obtener la legítima se debe o nacer o casarse. Estos dos casos suponen barreras de entrada a este mercado, por lo que el mercado está cerrado a la competencia originando que los consumidores que son los causantes puedan eventualmente no lograr satisfacer sus necesidades de afecto y cariño y de conceder los obsequios mortis causa que estimen por conveniente.

## **3. Costos de transacción, ¿inevitablemente altos?**

Cuando el buen padre decide hacer su testamento, ¿son los costos de transacción tan altos para que exista la posibilidad de pedirle al Estado que intervenga? Quien mejor para reducir los costos de transacción que el propietario para tomar una decisión sobre su casa. Si el problema lo tomamos desde otro punto de vista podemos entender el fundamento de la legítima.

Los costos extremadamente altos se producen como consecuencia de la desheredación de Cenicienta. Cuando todos los vecinos se dan cuenta de los maltratos de los que es víctima Cenicienta por parte de su malvada madrastra que no es otra que la conejita de Play Boy. Si suponemos que tienen como vecinos a caperucita roja y

---

<sup>360</sup> Las elecciones en contextos como los reseñados nos conllevan a pensar en una eficiencia restringida que sería definido como la búsqueda del máximo beneficio según nuestro entorno dado de incertidumbre e información incompleta según nuestras restricciones presupuestarias y de preferencias. De alguna manera siempre estamos limitados por nuestros conocimientos sobre el futuro –incertidumbre e información incompleta–; tecnología; clima, suelo y recursos –ambiente–; restricciones legales, morales. No por ello deja de ser consistente con el postulado de la maximización del beneficio desde el momento en que se busca maximizar nuestro beneficio aún en este tipo de contextos de incertidumbre e información incompleta.

al lobo feroz. Y a ambos les produce el mismo sentimiento de injusticia y es tan grande que caperucita estaría dispuesta a pagar al testador para que no desherede a Cenicienta. Igualmente el lobo feroz estaría dispuesto a pagar para que Cenicienta no fuera desheredada.

Sin embargo, si caperucita roja paga al buen padre, el lobo se beneficiar; igualmente, si el lobo paga, la caperucita se beneficiaría. Las negociaciones entre ellos son imposibles, lo cual significa que los costos de llegar a una negociación son altos, caperucita puede ser devorada por el lobo malo o el lobo puede morir a manos del leñador que la diestra caperucita llama en su ayuda. El Estado interviene para reducir estos costos de transacción y ambas partes queden contentas. Con la legítima, el lobo feroz, caperucita, cenicienta están contentos. Pues el Estado lo que ha hecho es asignar el derecho a la parte que más podía pagar por ellos. La única perjudicada es la conejita de Play Boy.

Y esta moralidad, formada por los sentimientos de caperucita, del lobo y de cenicienta, choca con los derechos de propiedad del causante. Los derechos de propiedad están dentro de su ámbito privado.

#### **4. La influencia de la moralidad en el sistema de derechos de propiedad.**

Al analizar los contratos matrimoniales en China, Steven CHEUNG encontró que los padres tenían derechos de propiedad sobre sus hijos y eran ellos quienes firmaban el contrato nupcial donde de un lado el padre del novio compraba la novia; y del otro, el padre de la novia que vendía a su hija como novia, por alguna módica suma de dinero o una cantidad determinada en especie. Ciertamente, los hijos –sea su hijo o sea su hija– podían fugarse y no cumplir con el acuerdo matrimonial del cual los padres eran los garantes. Esta posibilidad de fuga era un riesgo de incumplimiento contractual que reducía el precio de la novia –*bride price*.

La eficiencia reclamaba que el padre minimizara la posibilidad de fuga de su hija. La eficiencia reclamaba igualmente que no sea el hijo a quien se le redujera la posibilidad de fuga, una sociedad machista y agrícola necesita de la fuerza y rudeza del

hombre. Por lo tanto, una hija obediente y dócil era un buen capital y servía como fuente de ingreso para sus padres.

Los costos de transacción dentro del mercado, como son el costo de hacer cumplir los derechos de propiedad y el costo de transferir estos derechos de propiedad, limitan la potencial maximización de la riqueza. Con la finalidad de reducir estos costos que suponen asegurar contra el riesgo del incumplimiento la sociedad utilizó la moralidad, más precisamente, la ética, fue el amor del hijo y de la hija hacia el padre, es decir, en la *fili pietatis* (*filial piety*), la forma más barata de asegurarse entre los padres que sus hijos no huirían. Y así hacer cumplir sus derechos de propiedad sobre sus hijos. Del mismo modo acontece con la legítima. Tanto los derechos de propiedad de los padres sobre hijos en China como los derechos de propiedad de los hijos respecto de los bienes del padre en Roma descansa en la moral, en la ética, en el *officium pietatis* que fuera conocido primero en Grecia y luego en Roma.<sup>361</sup>

La filial piety implicaba, para los hijos e hijas de padres chinos, una aceptación incondicional a la pareja elegida por el padre. Esta obligación moral de respeto del hijo hacia la decisión del padre generaba fuertes incentivos para domesticar a su hija y así su precio se elevara. De allí los fuertes incentivos para la domesticación –artes domésticas: coser, cocinar, tejer–, la instrucción –inculcar valores socialmente deseables dentro del mercado de novias: decencia, obediencia, honestidad, reserva– y asegurar el cumplimiento del contrato –impedir “una novia fugitiva” a través de un matrimonio a ciegas y la minimización del tamaño de los pies desde los cinco años<sup>362</sup>–. Todo este aspecto moral que apoyaba los matrimonios contractuales chinos, tenían como fundamento el código ético de Confucio.<sup>363</sup>

Del mismo modo la legítima se apoya en la moral, en la ética, en una conducta deseada. Se expresaba que la legítima tiene su origen en el *officium pietatis*. Sin embargo, los romanos la trajeron de Grecia. En Grecia, todo aquel que tenía tierras

<sup>361</sup> D. 28.7.15: “... *nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et*”. Es decir, “... no podemos hacer aquellas cosas que, si se hacen, ofenden nuestra piedad”.

<sup>362</sup> Un zapato de metal impedía el crecimiento del pie desde esa edad. A mayor tamaño del pie, mayor probabilidad de fuga que reducía su precio en el mercado.

<sup>363</sup> CHEUNG, Steven N. S. “The enforcement of Property Rights in Children, and the Marriage Contract”, *The Economic Journal*, vol. 82, n° 326, 1972, p. 651.

era ciudadano. Sólo los ciudadanos eran libres. Luego, los padres debían dejar a sus hijos sus propiedades para que sus hijos también sean ciudadanos de la polis griega. La legítima tenía un sentido de “liberar” –la propiedad lo hacía libre– al individuo y convertirlo en ciudadano.<sup>364</sup> Y en Roma sirvió para la distribución de las tierras en un momento de expansión del territorio romano.<sup>365</sup> En Europa occidental de tránsito al feudalismo, siglos del IV al X, la forma de acceder a los recursos escasos era las guerras y las conquistas, la copropiedad germánica se sustentaba en la relativamente abundante tierra arable de acuerdo la cantidad de población de ese entonces que permitían una copropiedad familiar.<sup>366</sup> En la Edad Media baja la religión católica dictaba la moral a seguir y esta era una de igualdad: “todos somos iguales ante Dios”, “todos los hijos son iguales ante el padre”. La moral católica propugna equidad –entre los hijos– y protección –de los padres a los hijos–. Como vemos, la postura católica semeja bastante al *officium pietatis*. La norma moral que se esconde detrás de la legítima es que la normal moral que se esconde detrás de los derechos de propiedad de los padres sobre sus hijos en China, es el aspecto religioso. Dirigidas para el hijo estos preceptos mandaban: “Ama a tu padre”; el precepto de la legítima, dirigido para el padre, es “Ama a tu hijo”. Un padre que ama a sus hijos no distingue entre ellos, ni tampoco los desprotege. Por lo tanto, la norma moral convertida en ley sería justa pues es natural que los padres amen a sus hijos.

## 5. Racionalidad restringida de la legítima

La legítima se basa en sociedades donde existe un negocio familiar: la agricultura. Este negocio familiar pasa de generación en generación de la generación más vieja a la generación más joven. El negocio de la familia se va dividiendo entre los miembros pero sigue siendo el mismo negocio. Por ello podemos deducir que si bien es cierto que en algunos casos la legítima funciona y trabaja bien se debe al hecho que los negocios familiares siguen siendo los mismos entre las generaciones nuevas y las antiguas. Sin embargo, ello no sucede en todos los casos pues la generaciones no

<sup>364</sup> “En la Antigua Grecia, la propiedad de la tierra y la ciudadanía estaban indisolublemente ligadas... sólo los ciudadanos podían poseer la tierra y sólo los propietarios de tierras podían ser ciudadanos... es muy evidente la correlación entre propiedad de la tierra, ciudadanía y participación democrática.” PIPES, Richard. *Propiedad y libertad*, 1ª ed. en castellano, trad. Josefina de Diego (1ª ed. en inglés, 1999). México: Turner – Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 140.

<sup>365</sup> LA CROIX, Summer, “Land Tenure”, *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003, p. 275.

<sup>366</sup> NORTH, Douglass C., & Robert Paul THOMAS. *The Rise of the Western World: A new Economic History*, New York, 1973, p. 782.

coinciden en intereses, los intereses de la generación de los padres pueden diferir de los intereses de la generación de los hijos y de estos, a su vez, de sus propios hijos y así sucesivamente. Para proteger esos casos es necesaria una norma que permita adaptarse al entorno cambiante que vivimos en nuestras sociedades contemporáneas.

Un sistema de herencia libre no perjudicaría aquellos negocios donde la legítima sí funciona pues según el trabajo de MENCHIK nos dice que los propietarios en un sistema de herencia libre no dejarán de ser menos igualitarios con sus hijos.<sup>367</sup> Desde que las personas son libres de decidir qué hacer con sus vidas los padres dejan de tener potestad y poder sobre sus hijos mayores de edad: el hijo, como toda persona, tiene derecho a elegir su propia profesión, arte o industria y a desarrollarla sin impedimento.<sup>368</sup>

La legítima tiene costos de transacción cuando nos referimos a los costos de hacer cumplir la legítima. La conducta de los hijos matrimoniales consistente con el postulado de la maximización del beneficio es aquella que trata de evitar la legítima de los hijos extramatrimoniales pues un hijo adicional es una porción menos de la riqueza del padre. Ahora bien, los hijos matrimoniales para hacer cumplir su legítima necesitan incurrir en una serie de costos. Todo derecho de propiedad tiene como límite los costos de transacción. Si es más costoso vigilar el cumplimiento de su derecho de propiedad, no recibirán su legítima, ergo, la legítima no beneficiaría a todos los hijos por igual. Nuestra propuesta, lo reconocemos, es radical, pues quizás la mejor manera de igualar el asunto no sea darle mayores ventajas a uno y otro hijo sino ponerlos en igualdad de condiciones: que ninguno de los dos hijos tenga derecho sobre los bienes del causante, ni los matrimoniales ni los extramatrimoniales.

Hasta antes que Gutenberg inventara la imprenta en el s. XV, los únicos que podían leer e interpretar las escrituras sagradas eran los eclesiásticos. Por ese entonces existía una sola verdad: la verdad divina que es Dios. Con la difusión del conocimiento surge el Protestantismo y la Reforma. Aquí se inicia la lucha contra el despotismo de una sola verdad y la defensa de la pluralidad.

---

<sup>367</sup> MENCHIK, Paul L. "Primogeniture, Equal Sharing, and the U.S. Distribution of Wealth", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 94, nº 2, 1980, p. 314.

<sup>368</sup> De este modo podemos explicar la gran cantidad de ventas realizadas en Cañete y Mala en la zona de Lima donde las tierras dejadas en donación fueron inmediatamente vendidas por sus herederos pues ellos dejaron de ser agricultores –que era la actividad económica de sus padres-causantes.



Este fundamento moral de la legítima no es compatible con la libertad. La libertad nace con la pluralidad. Ahora podemos ser libres de no amar a nuestros hijos y de distribuir nuestros bienes según nuestras preferencias, creencias, sentimientos, gustos, etc. En una palabra, a nuestro libre albedrío.

Encontramos diferencias entre ambos supuestos. Por un lado si bien es cierto el contrato matrimonial chino se funda en la moral "Ama a tus padres", ésta tiene una finalidad económica cual es la reducción de los costos de hacer cumplir los derechos de propiedad. Por el otro, la legítima tiene como fundamento el mandato moral de "Ama a tus hijos" que reduce los costos de transacción pero en sociedades agrícolas y donde no existía la noción de libertad que aparecería más tarde en el s. XVII como respuesta al absolutismo monárquico. La legítima es eficiente en sociedades sin economías de mercado y sin la noción de libertad. La libertad anula la moral y los mercados introducen costos de transacción. Ergo, en una economía de mercado donde los derechos de propiedad se sustentan en la libertad la legítima, con su fundamento en la moral, debe dejar de existir.

En resumen, la legítima asegura que el hijo siga con el negocio familiar. Reduce los costos de hacer cumplir al hijo con sus deberes de seguir con el negocio de la familia.

La propiedad familiar de China agrícola se basaba en dos grandes reglas: la regla de antigüedad –*seniority rules*– y la regla de parentela –*kinship rules*–. Cuando el negocio es el mismo entre las generaciones que entran y las generaciones que salen existe la tendencia de mezclar los derechos de familia con los derechos de propiedad. De esta manera, la herencia era distribuida de una manera complicada de acuerdo a la antigüedad del miembro de la familia y a su posición dentro de la misma. Asegurar el cumplimiento de los derechos de propiedad dentro de la familia suponía importantes costos. Nuevamente la costumbre redujo estos costos facilitando los derechos de propiedad dentro de la familia. "But given the non-pecuniary and non-slavery aspects which existed in a *family*, the observed practices in China might very well have been efficient". Dadas sus restricciones, la solución era eficiente.

De hecho en China la moral fue eficiente pero de ello no se deduce siempre seguirá siendo eficiente. Quizás unir los derechos de familia a los derechos de

propiedad no sea la solución más eficiente hoy en día, aún cuando algún día en el pasado lo fue, la diferencia se encuentra en nuestros contextos socio-económicos. Y sobre todo constitucionales, la libertad permite al individuo independizarse de su familia y eso también implica que también nuestro patrimonio puede desligarse de la familia. Y esto conlleva a un distanciamiento entre el derecho de familia y el derecho de propiedad.

En conclusión, la eficiencia depende del contexto de restricciones dentro del que opera la sociedad. Conocer este contexto nos llena de *experiencia* y nos permite ser prudentes en muchas acciones. De este modo podemos distinguir algunas variables dentro de la eficiencia de la legítima: modo de producción, población, abundancia o escasez de los recursos, desarrollo tecnológico –economías externas–, familia, clima y suelo. Esto es coherente con una maximización limitada de la riqueza que se origina en la racionalidad limitada antes señalada. Las limitaciones son el contexto específico en el que se desenvuelven los agentes en tiempo y lugar con factores que lo condicionan para lograr su eficiencia que es el máximo aprovechamiento de los recursos, minimizando el desperdicio.

## VI. EFICIENCIA Y JUSTICIA: ¿CONTRARIOS?

Nosotros planteamos que no hay diferencia entre eficiencia y justicia. Este punto de vista, no es particular, también es compartido por Mitchell POLINSKY.<sup>369</sup> Este autor se plantea la pregunta de si, en verdad, hay algún un conflicto entre la búsqueda de la justicia y la búsqueda de la eficiencia. La justicia como la eficiencia son polisémicas. Nos acercamos a la eficiencia cuando el costo de producir un producto adicional iguala al beneficio que supondría venderlo. Del mismo modo, podemos decir que la justicia es dar a cada quien hasta el límite en que los costos de darle algo adicional sea igual al beneficio de darle ese adicional. La justicia en un caso por ejemplo entre dos personas, A y B, que se presentan ante el juez C imparcial al

---

<sup>369</sup> POLINSKY, A. Mitchell. *Introducción al análisis económico del Derecho*, 1ª ed., trad. J. M. Álvarez Flórez. Barcelona: Editorial Ariel, 1985.

conflicto, está dada por una solución que se encuentra en un punto donde el beneficio para A iguale el costo para B.

Cada planteamiento de eficiencia tiene su correlato en la justicia. Así si se concibe la eficiencia en sentido Pareto, la justicia en sentido Pareto sería una solución que se encuentre en un punto tal que no se pueda beneficiar a A sin perjudicar a B. De igual modo, si consideramos la eficiencia compensativa o Kaldor-Hicks entonces la justicia es aquella solución que causa mayores beneficios sobre los perjuicios de aquel que pierde, es decir si se tendría que compensar a quien pierde el que gana también tiene a su favor algún beneficio que hace eficiente la figura y por lo tanto justa.

En el planteamiento de POLINSKY la justicia es entendida como equidad y "alude a la distribución de la renta entre los individuos. En otras palabras, la eficiencia se relaciona con «tamaño del pastel», mientras la equidad dependerá de cómo se reparta".<sup>370</sup> En países de tradición romano germánica, como la nuestra parece ser esta nuestra meta, preocuparnos más de cómo se va a repartir antes de ponernos a discutir quién preparará el pastel, quién cosechará los granos, quien laborará la tierra, quién invertirá. Lo que importa es qué tamaño de pastel le tocará a cada uno.

Y este pensamiento no es consistente con la escasez de los recursos y los incentivos para el esfuerzo, el trabajo, el ahorro y la inversión. Si bien es cierto que en el *common law* tienen como objetivo, no la justicia, sino la eficiencia y por eso se preocupan de otorgar derechos de propiedad a las personas con la intención de incentivar la acción humana de búsqueda de la felicidad en el entendido que el individuo está en la capacidad de saber qué es lo que le produce placer. Mientras que nuestro medio se prefiere la justicia, entendida como justicia conmutativa y justicia distributiva, es decir, una justicia aristotélica.

Los efectos de darle importancia a la distribución es que sabiendo cómo se va a dividirse el pastel se reparte incentivos entre las personas para el esfuerzo y el trabajo. Tenemos tres motivos para dudar de que esta solución sea la adecuada en un mundo de recursos escasos. El primer motivo es que si hay diez personas y a cada una se le asigna un décimo del pastel, sus labores también deben repartirse en diez por

---

<sup>370</sup> POLINSKY, op. cit., p. 19.

ciento, pero la natural inclinación del hombre lo hace trabajar menos, pues sabiendo que ya tiene asegurado su pedazo de pastel sabe que aún haciendo menos siempre recibirá su ración, entonces trabajará menos de lo que se espera de él, esto indudablemente tendrá consecuencias en el tamaño de pastel, esta medida no internaliza el esfuerzo, con el consiguiente perjuicio para toda la sociedad.

El segundo motivo es que no motiva el trabajo. Si una persona no trabaja, alguien debe hacer su trabajo para que el pastel siga teniendo las mismas medidas en las que se planificó, pero si el trabajador número diez decide no trabajar, el trabajador número nueve tampoco querrá trabajar por el más y decidirá no trabajar, de igual manera el número ocho, pues con su trabajo se benefician dos que no trabajan y así hasta que ninguno trabaja y si ninguno trabaja no habrá pastel para repartir. La legítima elimina los incentivos para el trabajo de los coherederos desde el momento que dice que toda inversión en la propiedad será a favor de todos los herederos. El tercer motivo es que no se conocen las necesidades de las personas, si definimos a la libertad tal como conciencia de la necesidad, entonces los individuos no serían libres porque hay alguien que sabe mejor que ellos cuáles son sus necesidades, de la misma manera como una madre lleva a su hijo a comprarle ropa, aún en contra de los gustos de su hijo, de igual manera se comporta quien decide lo que es mejor para otros.

En resumen, la medida de la distribución no internaliza el esfuerzo e incentiva la inactividad reduciendo al mismo tiempo la libertad del individuo.

### **A. Visión utilitarista de la justicia y la libertad**

La función de utilidad depende del libre albedrío. La maximización de la utilidad depende de la libertad del sujeto. Por lo tanto, la legítima se convertiría en una limitación a nuestra maximización. Pero esta sería una maximización limitada no por factores como los que ya hemos examinado sino por factores legales que podemos cambiarlos de forma tal que reconciliemos los derechos de propiedad con la libertad maximizando llevando al máximo nuestra utilidad dentro del contexto en el que nos movemos. La función del Estado es ese, finalmente, proteger y defender los derechos de propiedad.

Toda distribución supone un costo y alguien que ha de costearlo. Y el gran error de los distribucionistas es que realizan todo un sistema de distribución sin llegar a dar la solución del problema de cómo costearlo y la gran solución es el Estado. Ello quiere decir que quien ha de pagarlo serán los bolsillos de los contribuyentes.

Desde el punto de vista utilitarista un acto o práctica es bueno o justo en la medida en que tiende a maximizar la felicidad, ordinariamente definida como el excedente del placer sobre el dolor.<sup>371</sup> En palabras de Eugene Bardach, “¿De dónde proviene nuestra concepción de las «leyes justas»? las investigaciones en el campo del *derecho y la economía* argumentan que se debe en gran medida al deseo de las sociedades de maximizar el bienestar económico de todos”.<sup>372</sup>

Particularmente ROEMER considera que el derecho puede cumplir con dos funciones al mismo tiempo, pues por un lado promueve la eficiencia y por el otro cumple con la justicia. Estas son dos funciones, son distintas. Y aún cuando fueran distintas, para este autor “No hay necesariamente una exclusión recíproca entre esas metas”<sup>373</sup> aún cuando señala que muchas veces en la realidad existe conflicto entre la eficiencia y la justicia, pero ante este posible conflicto la solución estaría en realizar un “intercambio transaccional (*trade off*)”.<sup>374</sup>

El análisis utilitarista costo-beneficio –influencia importante en Estados Unidos–, contrasta con la visión dominante de los filósofos europeos, en la tradición de KANT, los individuos autónomos no pueden ser utilizados en aras de fines sociales. Consecuentemente, la tradición cultural europea no ofrece una base firme para el uso instrumental del derecho.<sup>375</sup>

Como afirma ROEMER, nuestra tradición jurídica aún sigue resistente al AED debido a nuestra concepción filosófica de KANT. Esta filosofía domina gran parte de nuestro pensamiento al igual que el pensamiento de HEGEL. Con la globalización los valores se van haciendo cada vez más relativos, de esta manera, nuestra manera de pensar debe cambiar y no preguntarnos por la naturaleza jurídica de la legítima sino

---

<sup>371</sup> ROEMER, op. cit., p. 28, nota 65.

<sup>372</sup> BARDACH, Eugene, es un comentario al libro de Andrés ROEMER en la contratapa.

<sup>373</sup> ROEMER, op. cit., p. 39.

<sup>374</sup> ROEMER, op. cit., p. 39. En el mismo sentido HIRSCH (citado por ROEMER, op. cit., p. 40) para quien “la formulación de reglas jurídicas sensatas debe avanzar considerando ambas metas [eficiencia y equidad], y no sólo la eficiencia asignativa. Ello constituye una tarea formidable”.

<sup>375</sup> ROEMER, op. cit., p. 86.

para establecer cuál es su función y qué efectos tiene en la economía o en nuestro desarrollo económico. Es la globalización la que nos va uniendo en pensamiento.

Así, en palabras de George L. PRIEST,

... no tengo duda que con el tiempo dado el impulso de la globalización el mundo entero estará más orientado hacia el mercado y esta es la razón por la cual se debe seguir estudiando análisis económico del Derecho, cuanto más globalización tengamos más importante será el análisis económico del Derecho.<sup>376</sup>

La importancia del AED está directamente relacionada con el proceso de integración que estamos viviendo. La integración de mercados, los convenios bilaterales, multilaterales, como por ejemplo con los Estados Unidos, y el Tratado de Libre Comercio hacen cada vez más importante el uso de herramientas que provengan del AED. Y es que como lo dice PRIEST, Estados Unidos tuvo más suerte que el Perú, pues su colonizador, Inglaterra, introdujo una filosofía de libre mercado y de utilitarismo. Mientras que España introdujo una manera de pensar semejante a la socialista.<sup>377</sup>

Si la distribución no tuviera costos, entonces sería preferible a la búsqueda de la eficiencia. Lamentablemente toda distribución tiene costos debido a las elevadas e importantes asimetrías de información con las que cuentan aquellos que realizan la distribución y sobre todo los gustos, preferencias y convicciones de aquellos a quienes distribuye. A parte de estos costos de búsqueda de información cabe agregar además los costos de coordinación de la administración de esta distribución pues alguien debe cuidar que uno u otro no reciban más de lo que le toca en la distribución. Y toda corrección, en virtud de equidad, de esta distribución cuesta.

Así POLINSKY manifiesta:

... podemos volver a la cuestión de si las normas legales *deberían* utilizarse en esas situaciones para fomentar la justicia distributiva. La respuesta a esta pregunta depende en parte del «coste» del uso de normas jurídicas para redistribuir la renta respecto al coste del uso de las transferencias o impuestos. La redistribución

---

<sup>376</sup> "Cuanto más globalización tengamos más importante será el análisis económico del Derecho". Entrevista a George L. PRIEST". En: *Thémis – Revista de Derecho*. Lima: PUCP, diciembre 2004, p. 291.

<sup>377</sup> "Estados Unidos tuvo más suerte que Perú, debido a que nuestro colonizador tenía un sistema de mercado mientras Perú fue colonizado por España que no lo tenía y tenía un sistema patrimonial parecido al socialista". "Cuanto más globalización tengamos más importante será el análisis económico del Derecho". Entrevista a George L. PRIEST". En: *Thémis – Revista de Derecho*, n° 49, segunda época. Lima: PUCP, diciembre 2004, p. 294.

mediante normas jurídicas puede resultar costosa en el sentido de que puede hacerse preciso elegir normas ineficientes para alcanzar el objetivo deseado.<sup>378</sup>

Del mismo modo, agrega más adelante POLINSKY:

Puede haber casos en que no sea costosa en este sentido la redistribución mediante el sistema jurídico... la elección de la titularidad y del medio con que protegerla puede servir para redistribuir el ingreso sin provocar una solución ineficiente del litigio... Pero, en general, no todas las normas jurídicas serán eficientes, con lo cual será necesario, muchas veces, elegir una norma ineficiente para propiciar la equidad.<sup>379</sup>

POLINSKY sostiene que si la redistribución no fuera costosa entonces sería eficiente realizar una redistribución haciendo uso de normas jurídicas, sin embargo, en la realidad ninguna redistribución es barata.

Por ejemplo, en los accidentes de automóviles que afecten a conductores y peatones, no existe, probablemente, una estrecha correspondencia entre la renta de una parte y el que dicha parte sea conductor o peatón. Quizá sea más probable que las personas con rentas más elevadas sean conductores que peatones, pero hay sin duda muchos conductores de bajos ingresos y peatones de ingresos elevados. Por ello, los sistemas de responsabilidad aplicables a los accidentes de tráfico no son instrumentos muy precisos para lograr la redistribución de la renta.<sup>380</sup>

Del mismo modo como acontece si se quiere distribuir utilizando las normas de responsabilidad civil podemos decir que si se premia la legítima por evitar que el testador, en ejercicio de su libertad de testar, prive a los familiares cercanos de los medios necesarios para vivir honestamente, entonces, esta intención de distribución puede chocar con la realidad ya que muchas veces estos familiares cercanos cuentan con recursos que hacen muchas veces innecesaria la legítima con la finalidad de proporcionarle un honesto vivir. Porque no todos los familiares cercanos son personas sin recursos ni todos los causantes tienen los recursos necesarios para dejar recursos lo suficientemente grande para asegurarles a sus familiares cercanos que sobrevivan.

Un efecto redistributivo peor sería que los bienes de aquellas personas que dejaran de serlo pasen a formar parte del patrimonio de todos, es decir, del Estado y luego este lo distribuiría. Aquí se logra el máximo nivel de redistribución pero la eficiencia de un sistema de recursos escasos es pésimo, ¿quien plantaría un árbol

---

<sup>378</sup> POLINSKY, op. cit., p. 129.

<sup>379</sup> *Ib.*

<sup>380</sup> *Ib.*, p. 130.

sabiendo que el beneficiario no sería él? Entonces, o nadie planta árboles o si se los planta se os cortan muy jóvenes, dejando así de obtener el mayor provecho del mismo cuando haya crecido lo suficiente. Pierde la sociedad con estas decisiones. Y si igualamos el trabajo con la propiedad. La distribución ha afectado la propiedad.

Como conclusión general POLINSKY subraya el hecho que el sistema jurídico no puede satisfacer a la vez dos objetivos tan dispares unos de otros como la eficiencia y la equidad.<sup>381</sup>

Si el familiar recibe los dos tercios de la herencia es porque lo manda la ley . no hay correspondencia entre la circulación de la riqueza que precisa que los bienes se muevan de las manos que menos los valoran a quienes más los valoran. Este puede subvalorar el bien, y venderlo a otra persona que los subvalore, con lo que los bienes si bien es cierto cambiarán de manos a las manos que más los valoren, el camino elegido no necesariamente será el más eficiente, pues el camino hacia los usos que más le den valor supone un más largo recorrido y el recorrido supone costos de transacción importantes. Como no hay un sacrificio por los bienes conseguidos esta propiedad propensa a usos ineficientes.

### **1. Hacia una concepción de justicia**

Uno de los conceptos más huidizos de la historia sería la justicia, otro de los conceptos difíciles de definir sería la libertad. El problema no está es saber lo que en verdad son sino de trabajar con ellos pero dando una definición antes de lo que nosotros entendemos por esos conceptos y cómo construimos nuestra teoría a partir de esos conceptos. Cuando no se la define entonces el concepto de vuelve abstracto y se vuelve inmaterial y no sabemos a qué nos referimos cuando utilizamos estas palabras, son como palabras casi mágicas que tratan de eliminar toda discusión académica. En este sentido, en las líneas que siguen vamos a plantear nuestras concepciones al respecto.

Pues bien, lo que Ronald COASE hizo, sobre todo, fue romper con el círculo vicioso del razonamiento. Su investigación fue más allá de los «principios

---

<sup>381</sup> *Ib.*, p. 137.



trascendentales» sobre los cuales se desarrollaba la economía y se fue al «hecho». Del mismo modo, nosotros hemos intentado dirigirnos al hecho cuando nos preguntamos ¿por qué existe la legítima? Y nos encontramos que “justificación” es encontrar el motivo que da justicia a la legítima. Y ¿qué es justicia? Por qué la legítima sigue presente entre nosotros cuando existieron voces que se alzaron sobre su ineficiencia ya a fines del s. XIX y comienzos del s. XX.<sup>382</sup>

La justicia en un juego de roles y de expectativas pero que finalmente debe tender a un punto medio entre ambas posiciones, que puede estar más cerca de uno o de otro o a igual distancia de ambas, todo depende de la sociedad y su tiempo.

En un conflicto de intereses que surge entre A y B. Tanto uno como el otro llega a su razón propia (razón A y razón B) que creen que es su posición justa. De todas formas A llega a una hipótesis que A la cree cierta pues según su manera de ver su hipótesis refleja los gustos, preferencias y creencias de la sociedad, según A, él ha podido, con su acción, conciliar las preferencias mientras que B no lo ha hecho así. De igual manera piensa B respecto de A, pues B también ha llegado a una hipótesis B que también la da por cierta y que cree fervientemente que refleja los intereses conciliados dentro de la sociedad. Pero ambos son perspectivas subjetivas y está influenciada por las emociones de cada uno en las cuales se inclinan a favorecer sus propios intereses. Esta posición justa o razón de cada uno de ellos mira en un 80% sus propios intereses y en un 20% los intereses del adversario. La creencia de estar actuando en justicia está en creer, fruto de la ceguera quizá de su parcialidad, que su posición toma en cuenta ambas posiciones. Es una cuestión de la justicia ubicarse en ambos puntos de vista. Y que la razón o solución que cada uno presenta es a la que llegaría cualquier miembro de la sociedad que lograra estar en ambas posiciones a la vez. El juez intenta conciliar estos intereses en conflicto.

El caso se presenta al juez para llegar a una razón imparcial. El juez, que es ajeno al conflicto, y tiene una visión menos emotiva del asunto; y por lo tanto más objetiva, trata de conciliar los intereses en conflicto dentro de la sociedad para llegar a esta razón debe llegar a conocer los gustos, preferencias, sentimientos y creencias de la sociedad. El juez debe tomar una decisión y para ello debe tomar en cuenta cómo

---

<sup>382</sup> Ver: RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX*. Lima: PUCP, 2006.

decidirían los demás miembros de la sociedad si se encontraran en la misma posición de uno y otro lado. El derecho es ciencia y es arte a la vez. Ser juez es en parte ser científico y ser artista. Para resolver estos casos se necesita de un 80% de ciencia y de un 20% de creatividad donde esta creatividad es responsable del 80% del éxito de la decisión. Por lo tanto en un mundo de especialización el juez debe ser ante todo creativo y manejar con destreza su sentimiento de conciliación de los intereses divergentes en la sociedad y eso asegura el ochenta por ciento de las sentencias y con una reducción de los conflictos dentro de la misma sociedad.

En este sentido, cuando la justicia social se la utiliza para reivindicar los derechos de aquellos que son menos eficientes, en consideración no de su eficiencia o aporte a la sociedad sino en su sentido de dignidad del ser humano. Cuestiones éticas se mezclan con la eficiencia. Darles un pedazo del pastel puede afectar nuestra estructura de incentivos, aún cuando esta acción no se vea nada reprochable sino que se les da un pedazo no porque hayan contribuido a crearla sino por son seres humanos, son dignos de recibir un pedazo del pastel. Todos somos seres humanos pero nos distinguimos por nuestro trabajo.

Nada en la naturaleza nos es dado por ser seres humanos, sino por utilizar nuestra fuerza, nuestro intelecto, nuestra razón. Es nuestro trabajo lo que nos da derecho a disfrutar del pastel que hemos horneado, con la harina que hemos obtenido al moler nuestros granos que hemos cosechado luego haberlos sembrado y cuidado. La dignidad no incentiva ni crea una estructura adecuada de incentivos para el aprovechamiento económicos de los bienes escasos.

De esta forma es como debemos resolver el problema de la legítima. Justicia no es solo respetar la posición de los familiares cercanos, sino también conciliarlos con los intereses de los propietarios-causantes. Darles libertad de elegir su heredero, al mismo tiempo que darles a los herederos la posibilidad de pedir judicialmente, un apoyo económico al heredero.

Justicia es un proceso en el cada interés individual es engranado dentro de una maquinaria que llamamos sociedad. De allí que no hay justicia sin sociedad ni sociedad sin justicia. Porque la justicia es algo humano, muy humano. La justicia es el proceso complejo mediante el cual se busca un punto de equilibrio de los intereses en

conflicto dentro de la sociedad. En este punto las partes no se quejan, están conformes. En otras palabras, justicia es hallar un punto de equilibrio que produce paz entre los intereses contrapuestos dentro de la sociedad.

Ciertamente, tanto la justicia como la eficiencia nos conducen a la felicidad pues supone la conciliación de los intereses rivales dentro de la sociedad. La maximización de los propios intereses de los individuos en un contexto de mercado, sea cual sea este (matrimonio, criminal, del afecto, aborto, etc.), son convenientemente encausados en el mercado y tienen a la eficiencia del sistema y hacia su mejor funcionamiento que cuando se ponen obstáculos para la maximización de los intereses de un individuo. La felicidad o resolución de conflicto o situación de paz es el punto de equilibrio de las fuerzas antagónicas que surgen dentro de la sociedad.

## **2. El derecho en un supuesto de abundancia de recursos**

Un mundo sin Derecho es un mundo donde los recursos abundantes. Mientras los recursos sean escasos hay la necesidad de la cooperación. La cooperación se origina de la necesidad de crear y mantener una armonía de intereses, o, en último lugar, de resolver los conflictos intereses.<sup>383</sup> La eficiencia para COMMONS es la victoria contra la escasez fruto de la cooperación.<sup>384</sup>

Siendo la eficiencia un principio universal fruto de la cooperación que triunfa sobre la escasez, Gary S. BECKER ha sostenido, y con acierto, que el AED ha tenido éxito por dos razones. La primera, dice el Premio Nobel, es que usa principios universales, siendo estos tres: (1) la gente maximiza su propio beneficio, de la mismo forma que evitarse un perjuicio es un beneficio, igualmente, minimiza sus costos; (2) los mercados, explícitos e implícitos; (3) eficiencia.<sup>385</sup> La eficiencia, al igual –diríamos– que la justicia, hacen mejor todo cambio político, legal o económico.

---

<sup>383</sup> COMMONS, John R. "Institutional Economics: Comment by Professor Commons", *The American Economic Review*. Vol. 22, n° 2, 1932, p. 267.

<sup>384</sup> "I make efficiency also a universal principle because it overcomes scarcity by coöperation". COMMONS, John R. "Institutional Economics: Comment by Professor Commons", *The American Economic Review*. Vol. 22, n° 2, 1932, p. 267.

<sup>385</sup> BAIRD, Douglas G. "The future of Law and Economics: Looking Forward", *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, n° 4, 1997, pp. 1134-1136.

Desde que los recursos son escasos, *i.e.* limitados, la libertad está, también, limitada. Con la era de la industrialización y la modernización, los individuos dejaron en gran medida la economía feudal de las tierras agrícolas. Ahora, en la era industrial y moderna los padres invierten en formar el capital humano de sus hijos. De esta manera se llega a decir:

Investment in human capital of the young provides parents an incentive to distribute some portion of their wealth prior to their own passing. At the same time, with longer average life expectancy, parents must also accumulate as much wealth as possible in the expectation of lengthy retirement spells. For young people, however, the larger number of occupational opportunities in industrial economies helps to minimize the impact of inheritance outcomes: in modern economies, economic success depends more on individual effort and talent than it did in the past.<sup>386</sup>

Subrayamos esta última parte donde se señala que en las economías modernas, el éxito económico depende más del esfuerzo y el talento que de lo que se ha heredado del pasado. He aquí que si se pretende negar una tesis de libertad testamentaria sobre la base que generaría situaciones de iniquidad, debemos notar que esta pretendida desigualdad no existe por cuanto en una era del Conocimiento lo que importa es el conocimiento; la enseñanza, la educación se adquiere con los Alimentos y éstos se producen con anterioridad a la legítima.

Si la sociedad es un tejido social, este mediante el uso diario, el vivir unos con otros, los intercambios, los roces sociales hacen que este tejido en alguna manera se vaya desgastando y hasta que se logra romper. Cuando se rompe entonces decimos que hay un conflicto de intereses. Los intereses son como las vueltas de los tejidos que hace el hilo para mantenerse engarzado. De este modo, el derecho sirve como la aguja que en un primer momento tejió los intereses. Estos intereses parecen un hilo pues todos se dirigen a un mismo fin: su propio beneficio.

A la aparición de un conflicto de intereses, el derecho nuevamente hace aparición para nuevamente zurcir esos intereses con otra aguja, como el juez. La primera aguja, de tejer, es el legislador, que debe tener representatividad de los intereses al interior de la sociedad. Del mismo modo, el juez debe idear una

---

<sup>386</sup> WEGGE, Simone A. "Inheritance Systems", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003, p. 81.

conciliación de los intereses de la sociedad y dar soluciones justas, de este modo zurcir el tejido roto o conciliar el conflicto.

Por eso en una sociedad con pluralidad de intereses tendría una justicia más abstracta, pues conciliar todos estos intereses nos lleva al territorio de los principios y solo se fundaría en algo abstracto y alejado de una resolución de caso. Dependiendo de o de los grupos que busquemos sus intereses lograremos que la justicia sea abstracta o concreta. Mientras más dividida esté la sociedad más abstracta será la justicia, por el contrario, mientras más unida esté la sociedad la justicia será más concreta. La experiencia demuestra que las sociedades con intereses comunes progresan más rápido y tienen una mayor prosperidad económica. La unidad de intereses significa que sus intereses son bastante similares lo suficiente como para formar un hilo y este pueda ser tejido por el derecho.

Mientras más variada sea la sociedad, el punto de equilibrio de los intereses que llamamos justicia será más abstracto pues será algo general que los una, por ejemplo, entre un revolucionario que quiere destruir el gobierno y otro que quiera mantenerlo el punto en común será el beneficio del pueblo, ambos están de acuerdo en que el beneficio del pueblo está por encima, solo que difieren en los medios. De tal modo, «beneficiar al pueblo» sería justo pero esta norma es abstracta pues aún siguen siendo los medios de cómo beneficiar al pueblo algo en conflicto. Por lo tanto, en un país donde existe tan variedad de personas e intereses desde el campesino de los Andes peruanos hasta el próspero banquero de la capital sus intereses respecto de qué hacer con su propiedad estaría representado por algo tan abstracto como que cada uno sabe mejor lo que le conviene. La libertad es lo que en estas circunstancias genera justicia.

Como hemos podido notar, la justicia se aproxima o se iguala a la libertad en poblaciones, como la peruana, variada y dispersa. Una regla simple como la que menciona Richard EPSTEIN en su libro *Reglas simples para un mundo complejo* es la más adecuada en este caso, que deje en libertad –como significa la propiedad: derecho de disposición de sus bienes *mortis causa*– a las personas. Si entre los mismos abogados existe dificultad en entender las posiciones sobre la naturaleza de la legítima

–*pars bonorum* o *pars hereditatis*– más complicado se le hace a la persona común, a la de a pie decidir cómo repartir su patrimonio.<sup>387</sup>

Esta complejidad de la legítima tiene dos consecuencias. La primera, los abogados son más necesarios para que la gente teste, con lo que se incrementa los costos de transacción y colocan ciertas barreras a la confección de testamentos, pues quienes no pueden pagar un abogado escasamente tienen propiedades para repartir. Y, como segundo punto, que la gente deje de testar y que sea sus herederos quienes inicien un proceso de sucesión intestada..

La dignidad del hombre se basa en reconocer su libertad. Es la libertad la que protege al hombre de un ser utilizado, como medio y no como fin.

La justicia puede ser vista desde dos puntos de vista. Desde el punto de vista ético y desde el punto de vista económico. Por lo tanto, la equidad unida a la justicia supone una distribución equitativa, es decir, que en un contrato, si el bien para A, que es su propietario, vale 80 y para B 120, la justicia, según la equidad, exige que el precio al que se llegue sea de 100, así hay una equidad en las ganancias, A gana 20 y B gana 20. Mientras que la justicia según la eficiencia requiere que ambas partes ganen, no exige esa igualdad pues de todos modos el beneficio social –entendido como la suma de ambos beneficios– sería el mismo. Si el acuerdo sobre el precio es de 90, las ganancias serían para A, 10 y para B, 30, y la suma de ambos beneficios, 40. Si el precio al que llegan es de 110, la suma de ambos beneficios sigue siendo 40. Es más fácil que las personas lleguen a acuerdos como estos a que lleguen a ese punto neutro pues supone que las personas expresen sus valores internos. Y eso en las personas adversas al riesgo es esperar demasiado.

---

<sup>387</sup> “La respuesta apropiada a las sociedades más complejas debe ser una mayor confianza en las normas legales simples, y la exclusión de reglas antiguas, frecuente y fácilmente descartadas como curiosas reliquias de la extinta época de las carretas.” Véase: EPSTEIN, Richard. *Reglas simples para un mundo complejo*. Sería perverso de nuestra parte recordar que en el Perú aún sigue utilizándose carretas haladas por mulas, caballos o jumentos. Pero la complejidad del Perú no está en lo avanzado que está, sino en la gran variedad de modos de vida.

### 3. El momento histórico de coincidencia entre eficiencia y equidad

La legítima se acomodaba perfectamente a esta Edad Media, pues si los hijos seguían la profesión, oficio de los padres entonces era necesario que ellos recibieran su legítima, pues a ellos les importaba: era, ahora con la desaparición de su padre, su profesión u oficio. La suerte del padre es la suerte del hijo. Parece hasta una fatalidad. Sin embargo, en los tiempos actuales muchas veces los padres pueden tener hijos que sigan sus mismas profesiones u otras. Los hijos son libres –aunque muchas veces la moral que existe entre las relaciones paterno-filiales afecta mucho la decisión– para decidir su propio futuro.

A more compelling case against tenancy can be made on the grounds of equity rather than efficiency. Whether it is fair for some people to be able to live off the work effort of other simply because they own land depends in large part on cultural norms. For centuries (one example is the Middle Ages) one's ultimate position in life was more or less predetermined at birth by the occupation of the father. If your father was a tenant, you were likely to become a tenant or a tenant's wife. If your father was a butcher, baker, or candlestick maker, you would probably follow the same occupation. As long as this rule was perceived as legitimate, no social unrest over the issue of tenancy arose only when it was possible to act on it.<sup>388</sup>

La libertad, ha afectado profundamente la legítima desde que fue creada en una sociedad esclavista, pasando por una sociedad feudalista. Todas estas sociedades con dominio del padre sobre el hijo, esta dependencia no es de derecho natural, pues ante esta *naturalidad* se ha levantado la voz de la modernidad, del renacimiento, del siglo de las luces y con ello de la libre determinación de cada uno de los individuos.

Así arreglos institucionales que fueron eficientes en la edad media no lo son hoy en día. Incluso acuerdos que fueron eficientes en la misma edad media variaron de acuerdo a un cambio poblacional, crecimiento o de mortalidad.<sup>389</sup> La revisión de la historia económica nos muestra que los acuerdos a los que llegan las partes, depende de la época en la que viven y de la sociedad en la que se desarrollan tanto como de las circunstancias cambiantes. Y en toda esta generalidad existe la

---

<sup>388</sup> ALSTON, Lee. J. "Tenant Farming", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 5, New York: Oxford University Press, 2003, pp. 99-100.

<sup>389</sup> Ver: NORTH, Douglass C., & Robert Paul THOMAS. "The Rise and Fall of the Manorial System: A Theoretical Model", *The Journal of Economic History*, vol. 31, n° 4, 1971, pp. 777-883.

constante búsqueda de la eficiencia, pues un acuerdo que beneficiaba al señor feudal en una época con gran oferta de trabajo deja de serlo luego que la peste visita Europa, donde debe ceder su posición de ventaja con la finalidad de conseguir trabajadores para sus tierras y como compite con otros señores feudales para atraer para sí la poca fuerza laboral concede mejores ventajas hasta el límite en que una concesión adicional iguale el perjuicio de no tener trabajadores.

Aunque paradójico, cuando los recursos son escasos y la población los necesita, entonces entre ellos surge el acuerdo, *i.e.* si existen derechos de propiedad es porque los recursos son escasos y las personas han llegado a un acuerdo, pero si los recursos son abundantes entonces las personas no llegan a un acuerdo y tomar decisiones en forma conjunta es más caro que el beneficio de tomar dicho acuerdo. Como afirma Richard PIPES, “donde la tierra es escasa, la población local está obligada a crear formas de resolver pacíficamente los conflictos en torno de ella”.<sup>390</sup> Los recursos escasos también es la base de la política, así parece afirmarlo PIPES cuando sostiene que “La sobreabundancia de tierras en la Rusia anterior al siglo XIX... condujo a una falta de desarrollo de todas aquellas instituciones que, en regiones donde la dotación de tierra es limitada, conducen a la aparición de sociedades civiles”.<sup>391</sup>

Cada sociedad enfrenta problemas y trata de resolverlos del mejor modo posible dadas sus restricciones. Lo perjudicial es cuando estas repuestas a necesidades pasadas siguen aplicándose inercialmente. Este nos parece que es el supuesto de la legítima: una simple aplicación inercial de la legítima.

La justicia y la eficiencia pueden ser armonizadas por los jueces y los legisladores. En un conflicto entre A y B, la justicia se origina cuando ambos llegan a un acuerdo que es, implícitamente, mutuamente beneficioso para ambos. Por consiguiente, la solución de los operadores del Derecho responde a un criterio de maximización del beneficio. Cuando es el juez o el legislador quien decide debe ser sensible o “dócil” a los gustos, preferencias, sentimientos de los grupos dentro de la sociedad y llegar a encontrar un punto que maximice la aprobación de los miembros de la sociedad y que al mismo tiempo formen parte de distintos grupos representativos de

---

<sup>390</sup> PIPES, Richard. *Propiedad y libertad*, 1ª ed. en castellano, trad. Josefina de Diego (1ª ed. en inglés, 1999), Turner – Fondo de Cultura Económica. México, 2002, p. 215.

<sup>391</sup> *Ib.*



intereses. El criterio a seguir es lograr ubicar un punto en el que “todos estarían de acuerdo”. La idea en este sentido es maximizar el beneficio social, si se diese un conflicto entre A y B, en esencia el trabajo del juez y del legislador sería maximizar el beneficio social:

$$(\text{beneficio de A}) + (\text{beneficio de B}) = \text{maximización del beneficio social}$$

Este es el mejor camino para maximizar la aprobación –preferencias– que le permitiría ser reelegido. Comprobamos que también está bajo el criterio de maximización del beneficio.

Por otro lado, la equiparación de la justicia con la equidad se utiliza cuando se intenta igualar los beneficios de ambas partes:

$$(\text{beneficio de A}) = (\text{beneficio de B})$$

Los legisladores elegirán la solución que más les reditúe aprobación y preferencias del público. Cuando el valor compartido por el público sea la igualdad, entonces realizando este tipo de medida obtendrá la preferencia del consumidor de políticas. Incluso aquí existe el criterio de maximización del propio beneficio.

Conocer los gustos, preferencias, sentimientos, creencias, valores, etc., requiere de una labor de mercado para conocer al consumidor y puede variar de sociedad en sociedad, de tiempo en tiempo dentro de una misma sociedad. Pero lo más importante es que el criterio de la maximización del beneficio está presente. Lo que nos dice Ronald DWORKIN es que:

Algunos filósofos niegan la posibilidad de un conflicto fundamental entre equidad y justicia porque creen que una de estas virtudes deriva de la otra. Algunos sostienen que la justicia no tiene otro significado aparte de la equidad, que en la política, al igual que en la ruleta, suceda lo que suceda a través de procedimientos legítimos, es justo. Ese es el extremo de la idea denominada justicia como equidad. (1) Otros afirman que la única prueba de equidad en la política es la prueba de resultado, es decir, que ningún procedimiento es justo a menos que produzca decisiones políticas que cumplan con una prueba independiente de justicia. Este es el extremo opuesto, de equidad como justicia. (2) La mayoría de los filósofos políticos (y creo que la mayoría de las personas) piensa que la equidad y la justicia son en cierto grado independientes una de otra, de modo que a veces

las instituciones imparciales producen reglas injustas e instituciones no-imparciales, decisiones justas.<sup>392</sup>

El pensamiento de Ronald DWORKIN es coherente con nuestra postura desde que la política implica maximización del beneficio tratando de llegar a una justicia que abarque los gustos, preferencias y sentimientos de un sector de la población importante que le asegure la reelección. Mientras que justicia significa representar todos los intereses en un punto de equilibrio donde todos los intereses puedan sentirse representados y de esta forma se asegura el compromiso de los participantes, en este caso, de la sociedad. Coincidimos con Ronald DWROKIN cuando dice que no toda política es una representación de la justicia. Concilia intereses pero lo hace en su propio beneficio. Por eso un juez que es elegido por sufragio popular estará dispuesto a producir reglas injustas pero que maximicen su beneficio al ganar la simpatía de cierto grupo de votantes que puede asegurar su reelección. Del mismo modo, una empresa puede llegar a decisiones justas cuando toma decisiones basadas en la participación de todos aquellos que forman parte de la misma.

Nos fuimos al «hecho» y descubrimos que la legítima perdura pues existe el efecto de inercia de la conciencia de la justicia. La justicia no es una sola sino que está asociada. Según nuestro planteamiento la igualdad de justicia-eficiencia con justicia-equidad es la que originó en la mente de las personas la perfección y justeza de la institución de la legítima. Un contexto propicio para el surgimiento de la legítima tierras abundantes, y necesidad de dividir los bienes en aras de una igualdad distributiva de la riqueza –disfrutar de la abundancia, por igual.

Cuando se produce esta igualdad (justicia-eficiencia=justicia-equidad) debido a los contextos económicos la equidad y la eficiencia llegan a ser lo mismo de allí que quede en la mente de las personas que la equidad es justa quedando en la sombra la eficiencia. Incluso cuando desaparece el contexto en el cual surgió la legítima sigue en el consciente imaginativo de la población esta igualdad que la legítima es justa.

---

<sup>392</sup> DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, 1ª ed. en español (1ª ed. inglesa de 1986), trad. Claudia Ferrari. Barcelona: Editorial Gedisa, 1988, p. 133.

En este trabajo no tratamos de presentar una explicación de los principios de *justicia* sino que hemos tratado de explicar «cómo funciona». Y cómo la justicia implica una serie de cuestiones sociales –gustos, preferencias y valores– que se pasa por alto y solo se la menciona sin aplicarla muchas veces. La decisión a la que llega el juez y el legislador existen elementos valorativos socialmente generados. Cuando estos valores son pasados por alto, entonces, la consecuencia es una falta de legitimidad. Como sostiene COHEN:

Una teoría verdaderamente realista de las decisiones judiciales tiene que concebir cada decisión como algo más que una expresión de personalidad individual, tiene que concebirla como algo que es al mismo tiempo, y ello es más importante, una función de fuerzas sociales, es decir, un producto de determinantes sociales y un índice de consecuencias sociales. Una decisión judicial es un acontecimiento social. Como la sanción de una ley federal, o el equipamiento de los autos de policía con radios, una decisión judicial es una intersección de fuerzas sociales: de tras de la decisión hay fuerzas sociales que actúan sobre ella para darle una dirección; más allá de la decisión hay actividades humanas afectadas por ella. La decisión pierde sus dimensiones de significación social cuando es contemplada simplemente en el momento en que es dictada. Sólo investigando detrás de la decisión en busca de las fuerzas que la misma refleja, o proyectando más allá de ella las líneas de su fuerza en el futuro, llegamos a una comprensión del significado de la decisión misma.<sup>393</sup>

Resaltamos el hecho que lo que nosotros llamamos “los intereses que se encuentran dentro de la sociedad” y que nos sirve para sostener que la justicia se forma de conciliar estos intereses coincide con lo que reconoce COHEN como las «fuerzas sociales». Las consecuencias de una decisión judicial, según COHEN, dependen de las fuerzas sociales actuales –las cuales el juez descubre– y de las fuerzas sociales pasadas –que ya se encuentran en la norma jurídica y el juez interpreta–. Esta decisión judicial necesita de una doble conciliación. La primera, se basa en la conciliación de los intereses dentro de la sociedad –momento actual– en la cual la decisión está en juego. La segunda, cuando se ha hallado ese punto de equilibrio, conciliar ese resultado con los intereses, gustos y preferencias de las fuerzas de su sociedad conciliados y que tienen como resultado la norma jurídica. Esta doble conciliación le asegura al juez o al legislador que su decisión goce de aprobación por la opinión pública –que finalmente son también «votantes».<sup>394</sup>

---

<sup>393</sup> COHEN, Félix S. *El método funcional en el Derecho*, trad. Genaro R. Carrió (Publicado en la *Columbia Law Review*, vol. 35, n° 6, 1935). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 118-119.

<sup>394</sup> De allí que COHEN llegue a afirmar que “El derecho es una proceso social, un complejo de actividades humanas, y una ciencia jurídica adecuada tiene que ocuparse de la actividad humana, de acusas y efectos, del pasado y del futuro.”

Adicionalmente, según COHEN, “La descripción jurídica es ciega sin la luz orientadora de una teoría de los valores.”<sup>395</sup> Esto quiere que cuando la justicia está apartada de estos valores es cuando la justicia se hace más abstracta –impide su aplicación en la práctica. Como sucede en nuestro derecho romano-germánico. Esta abstracción es lo que ha permitido que figuras como la legítima sigan siendo consideradas como justas, cuando el contexto que las apoyaba ha cambiado.

Entonces con el aporte de COHEN podemos sostener que existen dos formas en que la justicia puede llegar a ser abstracta. La primera que esté alejada de los valores y la segunda que la sociedad esté dividida de tal manera que haga imposible un punto de equilibrio sino hasta llegar a postulaciones de principios. Esta división puede ser múltiple –unidades atomizadas tan variadas y tan distintas unas de otras– o puede estar dividida en solo dos intereses pero que son tan contrapuestos que el punto de equilibrio se aleja hasta el plano de los principios.

## **B. La legítima frente al cambio social**

La herencia, como institución jurídica, es una de las instituciones económicas de las más importantes en los tiempos históricos debido a que se encuentra involucrada con la asignación de uno de los principales recursos escasos en las economías feudales como es la tierra.<sup>396</sup> Los sistemas hereditarios son el reflejo, como todo sistema jurídico, de las tradiciones, cultura y valores políticos, *i.e.* es fruto de las preferencias, gustos, sentimientos de los grupos de interés dentro de una sociedad. Esta manera de pensar, de sentir, de preferir básicamente está relacionado con el modo de producción. Cuando el modo de producción cambia, lleva al sistema jurídico, político y social a un cambio en la misma magnitud.

La herencia, como institución, según Douglas NORTH son un ejemplo de las restricciones humanas diseñadas con la finalidad de proveer una estructura y una

---

COHEN, Félix S. *El método funcional en el Derecho*, trad. Genaro R. Carrió (Publicado en la *Columbia Law Review*, vol. 35, n° 6, 1935). Buenos Aires: Abeledo-Perrot., p. 121.

<sup>395</sup> *Ib.*, p. 135

<sup>396</sup> Ver: WEGGE, Simone A. “Inheritance Systems”, *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003, p. 77.

organización para el proceso de transferencia de propiedad y preparar a la siguiente generación para la actividad económica.<sup>397</sup>

Toda regla y toda norma sobre las herencia sirve para reducir la incertidumbre respecto de las transferencias intergeneracionales de riqueza y la naturaleza de cómo los padres invertirían en sus hijos. De forma tal, que el tipo de sistema utilizado por la sociedad tiene consecuencias tanto económicas como culturales. El derecho de sucesiones afecta las relaciones paterno-filiales o intergeneracionales.

La propiedad sobre la tierra en la sociedad esclavista como en la sociedad feudal ha estado relacionada con el "status social"; la tierra, entonces, confería un prestigio social (*land is class*), y desde que así fuera concebido se estableció ciertas barreras de entrada a esta sociedad con privilegios que funcionaban a manera de obligaciones. En general, este círculo social selecto y privilegiado se encontraba cerrado y la entrada a este círculo solo podía ser por, principalmente, matrimonio, herencia, concesión regia, diplomacia o guerra.

Como vemos, los herederos son especialmente importantes en sociedades feudales. De tal forma se tiene: "Descent groups can also be an important influence on the nature of inheritance because different lineage systems sometimes favor particular offspring over others in the intergenerational transfer of properties and rights."<sup>398</sup> La legítima recuerda este sistema cerrado de privilegios. La legítima forma una barrera de entrada a la propiedad de los bienes.

Los romanos no conocieron la libertad. Referirnos a la libertad en los tiempos de Roma es interpolar un concepto que nace a comienzos del s. XVII a un Imperio que tuvo sus orígenes casi dos mil años antes. Sería como llamarle Fórmula 1 a la competencia de coches halados por caballos entre los romanos. Ellos conocieron el *dominium* que es el derecho de alienar la propiedad y adviértase que nosotros no tocamos el tema de la libertad para disponer de la propiedad. Solamente es un derecho para alienar la propiedad aún cuando este recaía, en sus primeros albores a

---

<sup>397</sup> Ver: NORTH, Douglas C. "Institutions", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, n° 1, 1991, 97-112.

<sup>398</sup> WEGGE, Simone A. "Inheritance Systems", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003, p. 77.

un derecho de alienar al hijo, a la esposa, al esclavo, al buey, a la mula a la mansión, entre otras cosas. No existía en Roma, ni existió –ni podía existir– una *libertad* testamentaria, sino simplemente fue la aplicación del *dominium*, su derecho para alienar la propiedad, en forma gratuita o a condición de un pago.

Con las conquistas romanas por parte de Roma, los territorios romanos se hicieron más extensos. Esta propiedad no era de los romanos, sino de Roma, mientras que el territorio de Roma era de los romanos, propiedad quiritaria.<sup>399</sup> La propiedad quiritaria era de *dominium*, derecho a alienar, mientras que los territorios anexados por Roma eran dados a los romanos y sobre los cuales las leyes romanas fueron interviniendo. Así apareció la legítima, ante la abundancia de los recursos que antes eran escasos, como la tierra, ahora el Imperio mientras se extendía la tierra iba siendo más abundante. Por eso resultaba justo que los testamentos no deshereden a sus hijos. Pues estos nuevos territorios eran de propiedad de Roma y los romanos la tenían como propietarios condicionados a las leyes de Roma.

### **C. Breve historia económica de la legítima en el derecho romano**

La aparición de la legítima en Roma está relacionada con el aumento de las tierras. La legítima está relacionada con la cantidad de los recursos disponibles, cada vez más abundantes debidas a las guerras y conquistas que realizaron los romanos en el s. II a.C. Así se lee:

In the second century BCE, wealthy Roman families received leases of newly conquered lands and were able to consolidate lands of some farmers serving in the army into ranches and large farms known as latifundia. Centered around a central villa, these lands were typically worked by slaves from conquered territories or by tenants at will. With the establishment of the Pax Romana in the first century CE, supplies of slaves from conquered territories declined, and latifundia managers responded by dividing the latifundia into smaller parcels and leasing them to small holders (*coloni*). In other instances, small landowners commended themselves and

---

<sup>399</sup> PIPES, Richard. *Propiedad y libertad*, 1ª ed. en castellano, trad. Josefina de Diego (1ª ed. en inglés, 1999). México: Turner – Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 143. Diferencia el *ager Romanus* del *ager Publicus*, el primero “podía tenerse como propiedad absoluta (conocida como propiedad quiritaria) y sólo la podían poseer los ciudadanos romanos. No estaba sometida a impuestos.” Mientras que el *ager Publicus* era la “tierra conquistada por los romanos... sí estaba sujeta a impuestos (a una especie de tributo): podía arrendarse o colonizarse pero, al ser propiedad estatal, no podía poseerse en su totalidad.”

their land to latifundia in exchange for protection against central government exactions and invading tribes.<sup>400</sup>

Necesitamos descomponer el surgimiento de la legítima en tres fechas importantes. La primera fecha es el s. V a.C., ley de las XII Tablas. La segunda fecha en el s. II a.C. que es el comienzo de la expansión romana debidos a la guerra y conquista tanto de territorios como de esclavos. Y nuestra tercera fecha de en el s. I a.C. con la aparición de la lex Falcidia.

Entre el s. V a.C. y el s. II a.C. Roma ocupaba una pequeña extensión y sólo existía la propiedad quiritaria (*Ager Romanus*), es decir, Roma tenía una tierra limitada y escasa. En este período la religión doméstica limitaba moralmente al propietario para que el fuego, el rito religioso del hogar de adoración a los ancestros, sea transmitida de padres a hijos. Mientras que en el ámbito jurídico el *dominus* era prácticamente ilimitado. Se tenía incluso derecho de vida y muerte sobre el hijo; el *dominus* era para los romanos lo que para nosotros era la propiedad e incluía en ella a los hijos y junto con ellos a la esposa, las herramientas de labranza de la tierra, la tierra de cultivo, los árboles, los esclavos, los sirvientes, etc. En conclusión, la escasez de tierras en este período no hace nacer en la conciencia social romana la necesidad de limitarla mediante la legítima.

El período comprendido entre el s. II a.C. y el s. I a.C., época de expansión aparece junto al *ager romanus* el *ager publicus*. El *ager publicus* era el nombre que se le daba a las nuevas tierras conquistadas de las que no habían pertenecido a los ancestros romanos. Este *ager publicus*, por lo tanto, no estaba sometido a los límites de la religión doméstica como sí lo estaba el *ager romanus*, por eso configuraba un "dominus disminuido" porque la propiedad le pertenecía a Roma, entonces este *ager* sí tenía la posibilidad de ser limitado, pues no había sido forjada por los ancestros sino por Roma. En este contexto de creciente abundancia de los recursos la opinión del pueblo romano consideró injusto que los paterfamilias desheredaran a sus hijos, no era justo que el paterfamilias teniendo recursos abundantes a su muerte deje de proveer los recursos necesarios para que sus hijos vivan honestamente.

---

<sup>400</sup> LA CROIX, Summer, "Land Tenure", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003, p. 275.

Este es el contexto jurídico-económico en el cual surge la *lex Falcidia*, 40 a.C., como antecedente de la legítima. Un contexto de abundancia y creciente incremento de los recursos, con una propiedad disminuida y sin el vínculo con la tierra anterior como sucedía con el *ager romanus* donde la casa mantenía el espíritu de los dioses protectores de la familia: los ancestros.

Fue la Pax Romana<sup>401</sup> la que originó la división de las tierras debido a que dejó sin esclavos que eran la fuerza laboral más barata para trabajar los grandes latifundios que se crearon con la expansión de Roma. Por lo tanto, la legítima nació del sentimiento de justicia debido a la abundancia de las tierras.

Ante tanta abundancia de tierras, la preferencia romana se inclinó por permitir que los hijos disfrutaran luego de la muerte de su paterfamilias de una parte del bienestar dejado por su causante. Las tierras eran abundantes y no tenían el mismo sentimiento que la tenían con la tierra dentro del territorio romano. El nuevo territorio romano iba generando nuevo sentimiento que no era muy fuerte por lo que el *dominus* permitía disponer de la propiedad según el leal saber y entender de los propietarios, tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

Este hecho fue ayudado por la falta de esclavos, en donde la tierra era dividida entre los colonos y donde la legítima también jugó un rol importante pues también servía para reducir el tamaño de los grandes latifundios romanos que por falta de fuerza laboral no eran eficientemente trabajadas.

Dentro de este contexto económico-jurídico podemos afirmar que la legítima respondió a los intereses de los familiares cercanos y la justicia mandaba que en la abundancia los bienes sean compartidos, al fallecimiento del paterfamilias, en por lo menos una cuarta parte por los hijos. Desde el s. II a.C. eran las guerras y la conquista la forma de acceder a la propiedad de tierras y de esclavos. La legítima responde a un proceso de expansión de los recursos.

---

<sup>401</sup> La *Pax Romana* que duró desde el año 96 al 235 d.C. no previó más esclavos pero al mismo tiempo Roma alcanzó su máxima extensión en el s. II d.C.



#### **D. Incentivos económicos del sistema de derechos de propiedad y de herencias en la historia económica**

Podemos concluir con LIBECAP que “Historically, they often [property rights] have moved across categories in a process of institutional adjustment as economic and political conditions have changed”.<sup>402</sup> Los derechos de propiedad son arreglos institucionales que se ajustan al cambio la base económica del modo en que la sociedad produce sus bienes. La legítima es una atenuación de este arreglo institucional. No hay duda que los derechos de propiedad gozan de simpatía y casi nadie los rechaza, estos son arreglos institucionales mayores que los de la legítima. La legítima es un arreglo secundario, incluso terciario, que no goza de una aceptación generalizada. En este caso, para defender los derechos de propiedad privada claros y definidos podemos sostener que la legítima sea eliminada.

¿Cómo puede ser que la legítima influya en el nivel de la producción, inversión y comercio? Nosotros creemos que afecta y mucho. Para explicar nuestra respuesta daremos el siguiente ejemplo: ¿Plantaría usted un árbol que va a crecer durante 100 años y que durante todas las mañanas de su vida usted lo riegue con esfuerzo y sacrificio para que al cabo del centésimo año su vecino lo tale? Presumiendo que usted es un ser racional y que intenta maximizar sus beneficios, su respuesta sería “depende”. Exactamente, la respuesta no es un claro y categórico “no” como ha creído la dogmática civil. Se dice que, solamente, fulano de tal plantaría un árbol si sabe que si hijo lo recogerá. Esta afirmación ya supone una restricción y un control de la voluntad, esta palabra “hijo” si la generalizamos obtenemos que, fulano plantará y cuidará del árbol para que un ser querido por él lo aproveche en el futuro, puede ser su hijo, se esposa, su nieto, su prima o cualquier extraño. Pero en el fondo él planta el árbol pues espera que alguien que él siente muy próximo a él lo aproveche. Y eso es libertad que maximiza el esfuerzo el trabajo.

De otro modo, personas que no amen a sus hijos tendrán fuertes incentivos para no plantar el árbol o que si lo han plantado lo talen aún antes de que se logre su pleno aprovechamiento. Si una persona no amara a sus legitimarios las

---

<sup>402</sup> LIBECAP, Gary. “Property Rights”, *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 4, New York: Oxford University Press, 2003, p. 269.

inversiones se minimizarían. La eficiencia depende de cuestiones morales como el amor, afecto y cariño.

La legítima se originó en una sociedad donde no había el derecho a la libertad, pues no se la conoce, hay otros derechos. Era una sociedad esclavista que veía el esclavismo como una forma natural y justa por la cual los pueblos conquistados pasaban a su poder y servían como fuerza de trabajo. En esta sociedad no existía la noción de libertad más sí de propiedad. Esta sociedad está representada por el Imperio Romano. Si un propietario podría tener entre sus propiedades a sus esclavos, más todavía se podía limitar el derecho de los padres a sus propiedades mediante la legítima. Pero con la aparición de la noción de libertad la legítima debió desaparecer.

La legítima, para existir, necesitaba que no coexistiera la libertad. Una vez que la libertad es protegida por el Estado, esta misma protección debe ser incentivo necesario y suficiente para dejar de regular la legítima.

Sólo nació la idea de la libertad cuando existió una fuerza contraria que hizo surgir la idea: el absolutismo del s. XVII.

Existen situaciones que saltan a las consideraciones de justicia-equidad de los legisladores y es el hecho que las valoraciones no son las mismas. Según las estadísticas en 85% de los herederos venden las tierras que reciben en herencia y es que la reciben de padres agricultores y los descendientes han dejado de serlo la legítima supone una redistribución al azar, es decir, no racional. Debemos regresar a un sistema donde las distribuciones sean reaccionales o basadas en la libertad del individuo y en la protección de sus derechos de propiedad plenos.

Hay valoraciones que no son tomadas en cuenta. Si el padre es un gañán y tiene dos hijos. Uno carnicero y el otro gañán. Pueda que el padre quiera dejar la yunta a su hijo gañán pero eso significaría restarle la legítima a su hijo, el carnicero, en beneficio del otro. Así que ante esa perspectiva decide no hacer testamento pues le cuesta más hacer el testamento que disponer de un tercio de uno de los toros sin que el animal muera –aún cuando lo ideal fuera que el gañán pague a su hermano por el otro toro pero significaría descapitalizarse y no tener para comprar un arado después.

De este modo la legítima nos conduce a un desperdicio de los recursos escasos. El gañán-padre ha dedicado tiempo y dinero en la domesticación de la yunta. Primero, al hijo-carnicero no le interesa que la yunta esté domesticada, al hijo-gañán sí. Segundo, al romperse la yunta es difícil volver a unir y domesticar otra yunta, para realizar aquello requiere de inversión y por tanto de financiamiento, por lo que de comprar, como ya hemos visto, el otro toro de la legítima de su hermano le resta capital.

Un sistema de herencia libre podría llegar a ser el mismo que bajo nuestro régimen actual de la legítima. De este modo, el padre puede distribuir la yunta entre ambos hermanos. Ciertamente, la herencia libre no nos asegura que los bienes sean asignados de una forma eficiente que asegure el consumo de aquellos bienes que más los valoran. La intervención del Estado en muchas de las decisiones de las personas que le pertenecen al ámbito privado, como elegir una pareja –quizás al Estado le interese impedir que las mujeres bonitas se casen con hombres feos y viceversa.

La herencia y el patrimonio se originan cuando los padres y los hijos se dedican a las mismas actividades económicas. El campesino inglés que es arrendatario de por vida tiene el derecho de transmitir el arrendamiento a su hijo lo que le da la propiedad del arrendamiento y como tal la propiedad, también, del arrendamiento de su hijo que, también, es campesino.

Es cierto que los padres transmiten a sus hijos pero esto nace de la continuidad de las actividades intergeneracionales. Esta continuidad intergeneracional del interés es el fundamento de la legítima, llegó a practicarse de tal manera que llegó a olvidarse el interés que se encontraba subyacente en toda transmisión –la similitud de intereses–. Cuando la actividad económica del padre coincide con la actividad económica del hijo entonces obligar a transmitirla a sus hijos es eficiente. En algún momento la legítima con su idea de igualdad y justicia fue eficiente.

## CONCLUSIONES

---

Nuestras conclusiones que discurren a lo largo de la obra que presento las puedo resumir en sólo tres:

1. La legítima es una cuestión moral antes que jurídica. El código civil resuelve asuntos éticos. Estos problemas morales suponen un costo elevado que se manifiesta a través del uso del poder judicial y el sistema de registro público. La moralidad del código es ineficiente y es la peor forma de proteger una titularidad de derechos de propiedad mediante una norma. Una regla de inalienabilidad, al proteger derechos basados en la moral no protegen el sistema de mercado que en la práctica debieran inclinarse a favor de la propiedad.
2. El principal problema que aparece al momento de postular la eliminación de la legítima es el sentimiento de justicia que inspira a las generaciones de abogados peruanos forjados sobre la base del derecho natural: cimentado en las relaciones íntimas entre el derecho de familia y el de sucesiones. Es la justicia distributiva el principal inconveniente para que se acepte la eliminación de la legítima. Ni el legislador, ni los autores quieren alejarse del gusto de la gente.
3. La permanencia de la legítima en el código civil no es una cuestión acabada. Retoma hoy en día cauces en las cuáles muchas instituciones del código civil de 1984 pueden ser abordadas desde otra perspectiva, que se rebaza a un estudio multidisciplinario donde el factor económico puede entrar a tallar decididamente de la mano de los estudios de historia, sociología y de la misma dogmática jurídica.

## BIBLIOGRAFÍA

---

### A

- AGUILAR LLANOS, Benjamín. "La transmisión hereditaria del patrimonio familiar". En: *Derecho y Sociedad*, II etapa, n° 13, año IX, PUCP. Lima – Perú, 1998 (junio)
- AHRENS, Enrique, *Curso de Derecho natural o de filosofía del Derecho*, 6ª edición, trad. Pedro Rodríguez Hortelano y Mariano Ricardo de Asensi. París/México: Librería de la Vda de Ch. Bouret, 1894.
- ALCHIAN, Armen A. "Some Economics of Property Rights", *II Politico*, vol. 30, n° 4, 1965.
- ALCHIAN, Armen A. & Harold DEMSETZ, "The Property Right Paradigm", *The Journal of Economic History*, vol. 33, n° 1, *The Task of Economic History*, 1973.
- ALCHIAN, Armen, "Pricing and Society". Occasional Paper n° 17, Westminster: The Institute of Economics Affairs, 1967.
- ALSTON, Lee J., & Bernardo MUELLER. "Property Rights in Land", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 4, New York: Oxford University Press, 2003.
- ARAMBURÚ, Narciso de. «Derecho de testamentificación». En: *Anales Universitarios*, tomo VI, 1872, citado por Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX*, tomo V, volumen 2: «Las instituciones», 1ª edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006.

**B**

BAIRD, Douglas G. "The future of Law and Economics: Looking Forward", *The University of Chicago Law Review*, 1997, vol. 64, nº 4.

BARTHOU, Luis. *Por las sendas del Derecho*, trad. Manuel Marinel Lo. Barcelona: Bloud y Gay Editores.

BARZEL, Yoram. *Economic Analysis of Property Rights*, 1<sup>st</sup> ed., Cambridge University Press, 1989.

BATOR, Francis M. "The Anatomy of Market Failure", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 72, nº 3, 1958.

BECKER, Gary S., "A Theory of Social Interactions", *Journal of Political Economy*, vol. 82, nº 6, 1974.

BECKER, Gary S. & Nigel TOMES, "An Equilibrium Theory of the Distribution of Income and Intergenerational Mobility", *Journal of Political Economy*, 1979, vol. 87, nº 6.

BECKER, Gary S. & Nigel TOMES, "Child Endowments and the Quantity and Quality of Children", *Journal of Political Economy*, 1976, vol. 84, nº 4, Part 2: Essays in Labor Economics in Honor of H. Gregg Lewis.

BECKER, Gary S. "A theory of Social Interactions", *The Journal of Political Economy*, vol. 82, nº 6, 1974.

BERHEIM, Douglas B., SHLEIFER, Andrei & Lawrence H. SUMMERS, «The Strategic Bequest Motive», *The Journal of Political Economy*, vol. 93, no. 6, 1985.

BERNHEIM, B. Douglas, "Dissaving After Retirement: Testing the Pure Life Cycle Hypothesis", In *Issues in Pension Economics*, National Bureau of Economic Research, Chicago: University of Chicago press, 1986.

BERNHEIM, Douglas B., SHLEIFER, Andrei & Lawrence H. SUMMERS, "The Strategic Bequest Motive", *The Journal of Political Economy*, vol. 93, n° 6, 1985.

BEVAN, D. & Joseph STIGLITZ, "Intergenerational Transfers and Inequality", *The Greek Economic Review*, 1979, vol. 1, n° 1.

BIALOSTOSKY, Sara. «Algunos comentarios a la controvertida *querella inofficiosi testamenti*». En: [www.bibliojurídica.com](http://www.bibliojurídica.com).

BONFANTE, Pedro. *Instituciones de derecho romano*, 3ª edición, trad. de la 8ª ed. italiana Luis Bacci y Andrés Larrosa, revisada por Fernando Campuzano Horma. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1965.

BULLARD, Alfredo. «Un mundo sin propiedad. Análisis del sistema de transferencia de propiedad inmueble». En: *Estudios de análisis económico del derecho*, 1ª edición. Lima: Ara Editores, 1996.

## C

CALDERÓN FUXA, Carlos. «La legítima», Tesis para optar por el grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Católica del Perú. Lima, 1941.

CALLE, Juan José. *Actas de las sesiones de la comisión reformadora del Código Civil*, tercer fascículo, sesiones 64-100. Lima: El Progreso Editorial, 1925.

CAMARES FERRO, José M. *Curso de Derecho romano. Instituciones de Derecho privado: obligaciones y sucesiones*, 7ª edición. Buenos Aires: Lex – Editorial Perrot, 1958.

- CASTAÑEDA PERALTA, Jorge Eugenio. *Derecho de sucesión*, 2ª edición, tomo II. Lima, 1975.
- CHEUNG, Steven N. S. "Irving Fisher and the Red Guards", *The Journal of Political Economy*, vol. 77, n° 3, 1969.
- COASE, Ronald H. «The Problem of the Social Cost», *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960.
- COASE, Ronald H. «The nature of the Firm», *Economica*, vol. 4, n° 3, 1937.
- COASE Ronald in The Roundtable Discussion: BAIRD, Douglas G. "The future of Law and Economics: Looking Forward", *The University of Chicago Law Review*, 1997, vol. 64, n° 4.
- COHEN, Félix S. *El método funcional en el Derecho*, trad. Genaro R. Carrió (Publicado en la *Columbia Law Review*, vol. 35, n° 6, 1935). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.
- COLIN, Ambrosio y Henry CAPITANT. *Cursos elemental de derecho civil*, tomo VII: «Derecho Sucesorio-Donaciones-Ausencia», trad. Demófilo de Buen. Madrid: Editorial Reus, 1927.
- COMMONS, John R. "Institutional Economics: Comment by Professor Commons", *The American Economic Review*. Vol. 22, n° 2, 1932.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. «Familia y Derecho». En: *Thémis – Revista de Derecho*, Facultad de Derecho PUCP, segunda época, Año 1, Nro. 2. Lima, 1984.
- CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de derecho civil peruano*, tomo II. Lima: Ediciones librería Studium, 1956.
- COSGEL, Metin M. "Communal Control", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (ed.), vol. 4, New York: Oxford University Press, 2003.



**D**

DAVIES, James, "Uncertain Lifetime, Consumption, and dissaving in Retirement", *Journal of Political Economy*, 1981, vol. 89, n° 3.

DEMSETZ, Harold. «Toward a Theory of Property Rights», *American Economics Review*, No. 57, n° 2, mayo 1967.

DIAMOND, Peter A., and Jerry HAUSMAN, "Individual Retirement and Saving Behavior", *Journal of Public Economic*, 1984, vol. 23, n° 1, Part. 2.

DOMINGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMINGUEZ AGUILA, *Derecho sucesorio*, tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990.

DONAYRE CARBAJAL, Manuela. «La legítima», Tesis para optar por el grado de Bachiller en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Católica del Perú. Lima, 1937.

**E**

ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Derecho de sucesiones*. Lima: Empresa Gráfica Sanmartí, 1950.

ELLICKSON, Robert C. «Adverse Possession and Perpetuities Law: Two Dents in the Libertarian Model of property Rights», *Washington University Law Quarterly*, vol. 64, n° 723, 1986.

**F**

FERNÁNDEZ ARCE, César. *Código Civil. Derecho de Sucesiones*, 1ª edición Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

FERRERO COSTA, Augusto. «La legítima y la porción de libre disposición». En: *Libro homenaje a Rómulo Lanatta Guilhem*. Lima: Cultural Cuzco, 1986.

FRIEDMAN, Milton. "El real almuerzo gratis: mercados y propiedad privada". En: *Thémis – Revista de Derecho*, n° 46, segunda época, PUCP. Lima – Perú, 2003.

FURUBOTN, Eirik & PEJOVICH, Svetozar. «Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature», *Journal of Economic Literature*, vol. 10, n° 4, 1972.

## G

GALBRAITH, J. K. "Hereditary Land in the Third Reich", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 53, n° 3, 1939.

GARDNER, Howard. *Mentes flexibles: el arte y la ciencia de saber cambiar nuestra opinión y la de los demás*. Barcelona: Paidós, 2004.

GARRIDO LECCA, Teodoro. *El sistema de las legítimas y la libertad de testar*, Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho. Lima, 1942.

GORDON, H. Scott. "The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery", *The journal of Political Economy*, vol. 62, n° 2, 1954.

## H

HARDIN, Garrett. «The Tragedy of Commons», *Science*, vol. 162, 1968. Visite, página web: <http://www.ine.gob.mx/>

HAYASHI, Fumio, "Why is japan's Saving Rate So Apparently High?", National Beureau of Economic Research *Macroeconomics Annual*, 1986. Cambridge: The MIT Press, 1986.

HEINECCIO, Gottlieb, *Elementos del Derecho natural y de gentes*, trad. del latín P. J. C. catedrático de Derecho en el Colegio de San Cristóbal de Ayacucho, Imprenta de Braulio Cárdenas, 1838.

HOLGADO VALER, M. Enrique. *Las sucesiones hereditarias en el nuevo código civil peruano*, Cusco, 1985.

HURD, Michael, "Savings and Bequest", National Beaurau of Economic Research Working Paper n° 1826. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1986.

## I

IGLESIAS, Juan. *Instituciones de Derecho romano*, volumen II. Barcelona, 1951.

ISHIKAWA, Tsuneo, "Family Structures and Family Values in the Theory of Income Distribution", *The Journal of Political Economy*, vol. 83, n° 5, 1975.

## J

JENKS, Edward, *A Short History of English Law. From the Earliest Times to the End of the Year 1938*, 5<sup>th</sup> ed., Methuen & Co, London, 1938.

JENKS, Edward, *El Derecho inglés*, trad. 3ª ed. inglesa José Paniagua Porras, Editorial Reus. Madrid, 1930.

## K

KOTLIKOFF, Lawrence J. "Intergenerational Transfers and Savings", *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 2, nº 2, 1988.

## L

LA CROIX, Summer, "Land Tenure", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003.

LAMA, Benjamín. «¿Hay o no libertad de testar?». En: *Anales Universitarios*, tomo XX, 1892 citado por Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX*, tomo V, volumen 2: «Las instituciones», 1ª edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006.

LANATTA, Rómulo E. «El derecho de sucesión en el código civil peruano de 1936. Estudio crítico». En: *Separata de la Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Año XXV, Nro. II. Lima: Facultad de Derecho de la UNMSM, 1961.

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de derecho civil peruano*, tomo VII: «Derecho de sucesiones», 1ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 1995.

LIBECAP, Gary. «Property Rights», *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel MOKYR (ed.), vol. 4, New York: Oxford University Press, 2003.

LIBECAP, Gary D. «Natural Resources: Property Rights», *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel MOKYR (ed.), vol. 4, New York: Oxford University Press, 2003.

LLOPIS GINER, Juan Manuel. *Curso básico de derecho de familia y sucesiones*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho, 2003.

## M

MENCHIK, Paul L. "Primogeniture, Equal Sharing, and the U.S. Distribution of Wealth", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 94, nº 2, 1980.

MISES, Ludwig von (Lemberg, 1881 - Nueva York, 1973). *Socialismo. Análisis económico y sociológico*, 3ª ed. castellana, trad., Luis Montes de Oca, Buenos Aires: Western Books Foundation bajo los auspicios del Centro de Estudios Sobre la Libertad, 1967.

MODIGLIANI, Franco, «The Role of Intergenerational Transfers and Life Cycle Saving in the Accumulation of Wealth», *The Journal of Economic Perspectives*, vol 2, nº 2.

MONTÉS PENADES, V. L. "Propiedad", *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1ª ed., vol. III, Ind – Pro, Editorial Civitas. Madrid, 1995.

## O

OLIVEIRA, Pedro M. «Nuestro Código civil no se armoniza con los principios económicos». En: *Anales Judiciales*, tomo XXXI. Lima: UNMSM, 1903 citado por Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y*

XX, tomo V, volumen 2: «Las instituciones», 1ª edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006.

## P

PEJOVICH, Svetozar, «Comment on Paper by Alchian and Demsetz», *The Journal of Economic History*, vol. 33, nº 1, The Tasks of Economic History, 1973.

PICARD, Edmund, *El Derecho Puro*, trad. Alfredo Serrano Jover. Madrid: Librería Gutenberg de José Ruiz, 1911.

PLATTEAU, Jean-Philippe, "Land Inheritance Patterns", *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003.

POSNER, Richard A. *El análisis económico del Derecho*, 1ª ed., trad. Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

POSNER, Richard A. «Savigny, Holmes y el análisis económico del derecho de posesión», *Themis – Revista de derecho*, Nº 48, segunda época, PUCP. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

PUIG T. Esteban Rvdo. «El neoliberalismo: aproximaciones al estado actual de la cuestión». En: *Philosophica*, Revista interdisciplinaria, Nro. 7. Arequipa: Centro de Estudios e Investigaciones Filosóficas *Universitas*, febrero de 1997.

## R

RAMÍREZ VELÁSQUEZ, Manuel. «Libertad de testar». En: *Anales Universitarios*, tomo XXVII, 1899 citado por Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX*, tomo V, volumen 2: «Las instituciones», 1ª edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, tomo I: «El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre», 2ª edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX*, tomo V, volumen 2, 1ª edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006.

ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*, 1ª ed., trad. José Luis Pérez Hernández. México: Itam / Fondo de Cultura Económica, 1994.

## S

SAKURAY ROJAS, Armando. «Naturaleza jurídica de la legítima». Tesis de Bachiller, PUCP. Lima, 1967.

SAMANAMÚ, Francisco. *Instituciones del Derecho civil peruano*, 2ª edición. Lima: Editorial San Martín, 1917.

SILVA SANTISTEBAN, José. *Derecho natural o filosofía del derecho*, 2ª edición corregida. Lima: Librería de Gontier y Baylly, 1858.

SIMON, Herbert A. "Altruism and Economics", *The American Economic Review*, vol. 83, nº 2, Papers and Proceedings of the Hundred and Fifth Annual Meeting of the American Economic Association, 1993.

SOLOKOFF, Kenneth L. & B. Zorina KHAN, "The democratization of Invention During Early Industrialization: Evidence from the United States, 1790-1846", *Journal of Economic History*, vol. 50, nº 2, 1990.

SOTO, Hernando de. "La ley y la propiedad fuera de Occidente: algunas ideas para combatir la pobreza". En: *Themis - Revista de Derecho*, n° 48, segunda época. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima – Perú, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. "Propiedad y constitucionalismo". En: *Thémis – Revista de Derecho*, n° 48, segunda época, PUCP. Lima – Perú, 2004 (julio).

## T

TAPARELLI, Luis. *Curso elemental de derecho natural para uso de escuelas*, 6ª edición, trad. de G. Tejado. Madrid: Librería Católica Internacional, 1871.

TAPARELLI, Luis R.P. *Ensayo teórico de derecho natural apoyado en los hechos*, tomo I, 2ª edición, trad. del italiano, Juan Manuel Orti y Lara. Madrid: Nueva Librería e Imprenta de San José, 1884.

TRACY, Brian. *Máxima eficacia. Un sistema integral de planificación que le permitirá potenciar todas sus capacidades*. Trad. Oscar Molina. Barcelona: Empresa Activa – Ediciones Urano, 2003.

## U

UGARTE DEL PINO, J. Vicente. «La teoría de las constantes jurídicas y la historia del derecho peruano». En: *Derecho*, Nro. XXI. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1962.

## V



VALVERDE, Emilio. *El derecho de sucesión en el código civil peruano*, tomo I. Lima, 1951.

VALVERDE, Emilio. *El derecho de familia en el código civil peruano*, tomo I. Lima: Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942.

VILLARÁN, Manuel Vicente. *Lecciones de derecho natural*. Lima: Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Marcos, 1897.

## W

WEDGWOOD, J. "The Influence of Inheritance on the Distribution of Wealth", *The Economic Journal*, vol. 38, n° 149, 1928.

WEGGE, Simone A. «Inheritance Systems», *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Joel Mokyr (Editor in Chief), vol. 3, New York: Oxford University Press, 2003.

WILLIAMSON, Oliver E. (ed.) *The Economics of Transaction Costs*. Cheltenham: Elgar, 1999.

## Z

ZAMBRANO COPELLO, Rosa Verónica. «La sucesión contractual», tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil. Lima: Escuela de Graduados PUCP, 2002.

ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de sucesiones*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Astrea y Ricardo Depalma, 1983.



# EL OCASO DE LA LEGÍTIMA HEREDITARIA

## RETRATO DE UNA BANALIDAD

MIGUEL ÁNGEL BOLAÑOS RODRÍGUEZ

Resumen de la tesis para acceder al Grado  
Académico de Magíster en Derecho

Conservar en nuestra legislación instituciones legales como la legítima va contra la eficiencia de un sistema legal. Desde que el derecho debe contribuir al desenvolvimiento armónico de la sociedad, es una desventaja para la misma que contenga instituciones que sean fuente de problemas sociales. No es novedad sostener que la legítima sea ineficiente. La intención que rigió la preparación de la tesis se enfoca en el hecho de encontrar las razones del por qué en nuestra realidad jurídica peruana se seguía apreciando a la legítima como la forma más justa de distribución de la masa hereditaria.

Encontramos que según consideraciones iusnaturalistas el fundamento de la legítima, y en realidad de todo el derecho de familia, es el amor. La Legítima protege el amor a la familia. Desde este momento la clásica presunción cobra vida propia: el amor, primero, desciende; luego, asciende y por último, se expande. De manera que existe un deber natural de los padres a cuidar de su familia y del legislador a ocuparse de que los padres la amen. Nuestra tesis se aparta de este pensamiento y reafirmamos que son las personas, como propietarios y personas racionales, las que tienen derecho a autodeterminar su familia y decidir el rumbo de su patrimonio.



Sostienen los que defienden la institución que promueve las relaciones familiares, mientras que la libertad la desarticula; que la legítima refuerza la autoridad paterna para encausar los actos de sus para-nada-juiciosos hijos; y que jurídicamente, la legítima es propia de tradiciones romano-germánicas mientras que la libre disposición es exclusiva del *common law*; desde el ámbito político, afirman sus defensores, la legítima debe existir puesto que en una república no se puede favorecer a la clase aristocrática que vive de la herencia libre al conceder a uno de sus hijos el fundo familiar por entero, en tales miramientos la legítima sería una institución netamente democrática puesto que otorgaría a todos los hijos un trato igualitario.

Desde nuestra postura la legítima no debe existir por los siguientes motivos. El primer presupuesto, porque la legítima se basa en creencias casi supersticiosas que se vuelven un modo de controlar el pensamiento y expresión del individuo libre. La segunda motivación, porque la legítima supone una redistribución de los bienes efectuada con una riqueza ajena convirtiéndose en una manifiesta interferencia estatal en el derecho de propiedad privada. Y el tercer motivo parte del hecho que si bien existen intromisiones estatales eficientes, éstas varían de acuerdo con el tiempo: en algún momento la legítima fue eficiente, pero la sociedad cambió y en este nuevo entorno dejó de ser eficiente.

La legítima, en nuestra tesis, es una cuestión moral antes que jurídica, lo que al ser codificado supone un incremento sensible en el costo social: no es la mejor forma de legislar una institución cuando esta se basa en cuestiones de moralidad que no son seguidos por toda la colectividad. Una regla de inalienabilidad, que supone la legítima, no protege el sistema de mercado. Estamos actuando en contra del mercado, cuando debería ser todo lo contrario. El principal problema, sin embargo, que aparece al momento de postular su eliminación es el sentimiento de justicia que inspira a las generaciones de abogados peruanos forjados sobre la base del derecho natural: cimentado en las relaciones íntimas entre el derecho de familia y el de sucesiones; es la justicia distributiva el principal inconveniente para que se acepte su eliminación.



La tesis se divide en tres capítulos: «La legítima», «Análisis económico de los derechos de propiedad» e «Ineficiencia de la legítima». En el primer capítulo realizamos una aproximación a nuestro objeto de estudio, estudiamos que la legítima, en el Perú, se mueve entre la moralidad y la racionalidad. En el segundo capítulo planteamos las premisas del AED aplicados a la legítima junto con la herencia legitimaria. En el tercer capítulo analizamos los diferentes sistemas hereditarios y los aportes de los profesores Paul L. Menchik (profesor de Economía de la Michigan State University), Laurence Jacob Kotlikoff (profesor de Economía en la Boston University), entre otros economistas que demuestran que en la escena económica la legítima no soluciona ninguna falla de mercado que justifique su presencia en la legislación.

