

ESTUDIO INTRODUCTORIO EN DONDE SE EXPLICAN SU NATURALEZA Y SUS PROPÓSITOS

I. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

La lupa viene desde hace tiempo ampliando la visión que tenemos en los países de Latinoamérica y el Caribe sobre el análisis económico del derecho.¹ Desde todos los puntos de vista, se hace visible a nuestros ojos el advenimiento de una nueva ciencia del derecho que, sin lugar a duda, será un aporte al fortalecimiento institucional de la región.

El análisis económico del derecho o *Law & Economics*, como se lo conoce en el mundo anglosajón,² tiene sus inicios dentro del marco de la llamada ‘revolución ordinalista’, que definió la ciencia económica neoclásica a partir de los años 30 del siglo pasado, cuando los economistas abandonaron los ordenamien-

¹ Bullard González, Alfredo, *Derecho y Economía, El análisis económico de las instituciones legales*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2006; Huanca Ayaviri, Félix, *Introducción al Análisis Económico del Derecho, Estudio del Derecho y Economía*, La Paz, Druck, 2003; Maqueo Ramírez, María Solange y Granado, Juan Javier del (comps.), *Análisis económico del derecho*, Ciudad de México, Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, 2012. Para una crítica, véase Castillo Freyre, Mario y Vásquez Kunze, Ricardo, *Analizando el análisis, autopsia del análisis económico del derecho por el derecho civil*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

² Un libro reciente hace un distingo entre análisis económico del derecho y *Law & Economics*, donde a pesar del título, se perfila metodológicamente la economía de los costos de transacción, sin mención de la teoría de juegos. Calabresi, Guido, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, New Haven, Yale University Press, 2016.

tos de preferencias cardinales propios de la filosofía utilitarista.³ Bajo la influencia del positivismo lógico del Círculo de Viena,⁴ las pretensiones metodológicas de esta disciplina hicieron que los economistas prescindieran del estudio de todo aquello no observable, considerado propio de la metafísica y no así de la ciencia económica.⁵ De tal forma, la economía neoclásica se construyó sobre la base empírica sólida de las ‘preferencias reveladas’.

Esta actitud metodológica, palpable ya en la obra maestra de mediados del siglo pasado sobre este tema,⁶ llevó a Milton Friedman a considerar que los esquemas explicativos económicos no constituyen nada más que criterios abstractos heurísticos para hacer predicciones, sin la pretensión ontológica del pensamiento racionalista de reproducir la realidad. La realidad es más compleja y los economistas no debían caer en la trampa intelectual de confundir su pensamiento conceptual, ni sus esquemas explicativos —las teorías e hipótesis que sustentan—, con la realidad.

Las pretensiones metodológicas de la economía neoclásica redefinieron el individualismo metodológico desde el ángulo del

³ Los economistas Robert Cooter and Peter Rappoport niegan que la revolución ordinalista haya representado un ‘progreso’ en la economía desde el punto de vista científico. Cooter, Robert y Rappoport, Peter, “Were the Ordinalists Wrong About Welfare Economics?”, *Journal of Economic Literature*, año 22, junio de 1984, pp. 507-530; Hennipman, Pieter, “A New Look at The Ordinalist Revolution: Comments on Cooter and Rappoport”, *Journal of Economic Literature*, año 2, marzo de 1988, pp. 80-85.

⁴ El grupo de filósofos, matemáticos, físicos, sociólogos y lingüistas reunidos en torno a Moritz Schlick, cuya idea rectora fue que “el significado de una proposición es su método de verificación”. Schlick, Moritz, “Meaning and Verification”, *Philosophical Review*, año 45, núm. 4, 1936, p. 341 (traducción mía).

⁵ Lionel Robbins afianzó el cambio de actitud metodológica y Roy Allen y John Hicks le proporcionaron la base técnica en el ámbito microeconómico. Robbins, Lionel Charles, *An essay on the nature and significance of economic science*, Londres, Macmillan and Company, 1932; Hicks, John Richard y Allen, Roy George Douglas, “A Reconsideration of the Theory of Value, I, II”, *Economica*, año 1, pp. 52-76 y 196-219.

⁶ Friedman, Milton, “The Methodology of Positive Economics”, en Friedman, Milton (ed.), *Essays in Positive Economics*, Chicago, University of Chicago Press 1953, pp. 3-43.

positivismo lógico.⁷ Así, los economistas sugirieron que los fenómenos sociales pueden entenderse, conforme a la teoría de elección racional, como resultado de la interacción entre los individuos, ‘como si éstos actuaran de manera racional’, sin que sea para nada problemático lo que hombres y mujeres ‘de carne y hueso’ hiciesen en la realidad —insistiré en el eje vivencial unamuniano⁸—, de forma que el ‘*homo economicus*’ pueda ser usado con fines predictivos, sin la más mínima pretensión de corte racionalista de que este reduccionismo economicista sea una descripción de la realidad humana.

En poco tiempo son diversos los paradigmas sobre los cuales se ha construido la novedosa perspectiva jurídica del análisis económico del derecho. El primero de éstos, a partir de los años 60 del siglo pasado, comprendió la economía de los costos de transacción.⁹ Analíticamente, el concepto de estos últimos es sencillo: no es más que la suma de los valores registrados en el lado izquierdo de una ‘cuenta T’ de doble partida, conocida y aplicada por contadores en cualquier parte del mundo. Los economistas registran todos los gastos que deben llevarse a cabo con el propósito de realizar un negocio jurídico, que podrían desglosarse, cronológicamente, en los gastos de la obtención de la información, de la negociación del acuerdo y, finalmente, los gastos de la ejecución del acuerdo.

Estos ‘costos de transacción’ se relacionan con el derecho precisamente a través del ‘Teorema de Coase’ —por el que el comité noruego del Nobel le concedió a Ronald Coase el galardón de Economía el año 1991—. Si los costos de transacción son

⁷ Ayer, Alfred Jules (comp.), *Logical positivism*, Glencoe, Free Press, 1959.

⁸ “El hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere —sobre todo muere—, el que come y bebe, y juega, y duerme, y piensa, y quiere, el hombre que se ve y a quien se oye, el hombre, el verdadero hombre”. Unamuno, Miguel de, *Del sentimiento trágico de la vida*, Madrid, Renacimiento, 1912, cap. 1.

⁹ Para una visión general, consúltese Williamson, Oliver Eaton, “Transaction Cost Economics”, en Schmalensee, Richard y Willig, Robert (comps.), *Handbook of Industrial Organization*, Ámsterdam, North Holland, 1989, vol. 1, pp. 135-82.

elevados, las normas jurídicas deberán asignar el derecho exclusivo de acceso a un recurso a aquella parte que más lo valora; en cambio, si los costos de transacción son bajos, no importa a quién se le asigne el derecho, pues las operaciones de mercado reasignarán el acceso al recurso para que acabe en manos de quien más lo valora.¹⁰ De esta manera, el Teorema de Coase marcó una línea divisoria entre lo que es derecho y lo que es mercado.¹¹

A fin de los años 90, se creó una nueva analítica relacionada con la expansión en la ciencia económica de la teoría de la interacción estratégica, a la cual se denomina comúnmente ‘teoría de juegos’. Esta metodología surgió a inicios de los años 40 y 50 del siglo pasado, cuando John von Neumann (y John Forbes Nash después) miraron con desdén intelectual a los practicantes de la economía neoclásica por emplear en el siglo XX, regla de cálculo en la mano, los métodos matemáticos propios de la mecánica newtoniana del siglo XVII y, frente al pizarrón y con una tiza en la mano, pretendieron actualizarla con los métodos probabilísticos de la mecánica cuántica.¹²

Esta nueva perspectiva de análisis, desde sus inicios, quebró la aspiración científica de la economía neoclásica y de los integrantes de la *Chicago school*. Por ello, Milton Friedman opuso una resistencia férrea y frontal a la introducción de esta metodología en la economía neoclásica —algo que es de conocimiento gene-

¹⁰ Coase, Ronald Harry, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, año 3, núm. 1, 1960, pp. 1-44; *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1988, pp. 95-156.

¹¹ El propio Coase habría de criticar más tarde la definición del ‘Teorema de Coase’ hecha por George Stigler. Stigler, George J., *The Theory of Price*, 3a. ed. New York, Collier Macmillan Publishing, 1966, p. 113. No es que Stigler haya simplificado el análisis de Coase, es irremediamente simple. Cooter, Robert, “The Cost of Coase”, *The Journal of Legal Studies*, año 11, núm. 1, enero de 1982, pp. 1-33.

¹² Neumann, John von y Morgenstern, Oskar, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, Princeton University Press, 1944, pp. 6, 45, 147; Nash, John, “Equilibrium points in n-person games”, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, año 36, núm. 1, 1950, pp. 48-49; Nash, John, “Non-Cooperative Games”, *The Annals of Mathematics*, año 54, núm. 2, 1951, pp. 286-295.

ral—, por considerar que la teoría de juegos viola los postulados metodológicos elementales de la revolución ordinalista.¹³

La teoría de juegos supone la reducción al ámbito atemporal de las matemáticas de las decisiones estratégicas y contingentes de los seres racionales en el tiempo, lo cual, desde el punto de vista analítico, resulta altamente complejo.¹⁴ Al desarrollar el campo de estudio de la teoría de juegos—que ha cosechado un amplio reconocimiento en nuestro tiempo—, los economistas se encontraron al borde de lo que puede esquematizarse matemáticamente. La aplicación de la teoría de juegos desde esta perspectiva se tornó compleja e incierta.¹⁵ De por sí, en el estudio empírico de la economía experimental, los esquemas explicativos de la teoría de juegos arrojaron predicciones poco certeras, si no erróneas la mayor de las veces.¹⁶ No obstante, y a pesar de estas dificultades, lo cierto es que en la actualidad la teoría de juegos está en expansión.

¹³ El propio von Neumann no dejó de exteriorizar su preocupación al verse obligado a reintroducir la utilidad cardinal e, incluso, la comparación interpersonal de la utilidad, como presupuestos indispensables en la solución general de los juegos de suma cero con dos jugadores, como manifiesta en una carta a Morgenstern el 16 de octubre de 1942, citada en Mirowski, Philip, “What Were von Neumann and Morgenstern Trying to Accomplish?”, en Weintraub, Eliot Roy (comp.), *Toward a History of Game Theory*, Durham, Duke University Press, 1992, p. 142.

¹⁴ Para que se aprecie la complejidad inherente a la teoría de juegos, basta recordar la exclamación atribuida al físico Murray Gell-Mann, “Imagínese lo difícil que sería la física si los electrones pudieran pensar”, citada en Page, Scott, “Computational models from A to Z”, *Complexity*, año 5, núm. 1, 1999, p. 36 (traducción mía).

¹⁵ Para un recuento de las dificultades que se presentan al aplicarse la teoría de juegos, véase Kreps, David, *Game Theory And Economic Modelling*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 91-132.

¹⁶ En particular, la toma de decisión frente al riesgo, y más aún, bajo incertidumbre, diverge de las predicciones de la teoría de la utilidad esperada. Allais, Maurice, “Le comportement de l’homme rationnel devant le risque: critique des postulats et axiomes de l’école Américaine”, *Econometrica*, año 21, núm. 4, 1953, pp. 503-546; “The Foundations of a Positive Theory of Choice Involving Risk and a Criticism of the Postulates and Axioms of the American School”, en Allais, Maurice y Hagen, Guy (comps.), *Expected Utility Hypotheses and the Allais Paradox*, Dordrecht, Reidel, 1979, pp. 27-145.

Así llegamos al segundo paradigma del análisis económico del derecho, constituido por la llamada ‘teoría del diseño de mecanismos’¹⁷ —por la que Roger Myerson, junto a Leonid Hurwicz y Eric Maskin, en lo que va de este siglo, compartieron el galardón Nobel de Economía el año 2007—. De conformidad con la misma teoría, los costos de transacción son reemplazados por el análisis riguroso de la compatibilidad de los incentivos superando así las asimetrías de información.

Se trata de una derivación de la teoría de juegos que intenta generalizarla y por ende representa un paso más allá en el análisis de la interacción estratégica. La postura tradicional de la teoría de juegos parte del análisis de un juego dado —con los jugadores, el orden de juego, las conductas estratégicas posibles y los pagos definidos—, y luego encuentra el conjunto óptimo de los perfiles de estrategias que elegirán los jugadores.¹⁸ En cambio, la teoría del diseño de mecanismos opera en sentido inverso, como la *reverse mathematics*, esa línea de investigación en el amplio espectro de las matemáticas modernas, que se configura en su intersección con la filosofía y que se ocupa de sus fundamentos. En vez de la deducción de teoremas a partir de unos axiomas dados —como se ha venido haciendo desde Euclides en el siglo IV antes de la era común—, los matemáticos modernos tratan al revés de descubrir los axiomas esenciales para la demostración de unos teoremas dados. De la misma manera, la teoría del diseño de mecanismos comienza por la fijación de un objetivo social específico al que se quiere llegar y a continuación busca las reglas de juego conducentes a lograrlo, e invierte el procedimiento normal de la teoría de juegos. Cabe destacar que, en el análisis económico del derecho, con el ‘Teorema de Myerson-

¹⁷ Para una descripción general, véase Myerson, Roger Bruce, “Mechanism design”, en Eatwell, John *et al.* (comps.), *The New Palgrave: Allocation, Information, and Markets*, Nueva York, Macmillan Press Limited, 1989, pp. 191-206.

¹⁸ Con la aplicación de diversos conceptos de solución entre los que podemos enumerar la eliminación iterativa de estrategias dominadas, el equilibrio Nash y el equilibrio Nash de sub-juego perfecto.

Satterthwaite¹⁹, los economistas ya no marcamos la separación entre el derecho y el mercado. Por el contrario, reconocemos la concurrencia de ambos.

Hurwicz trazó los primeros esbozos de la teoría del diseño de mecanismos cuando buscaba un marco formal en el que puedan tratarse los temas surgidos en el debate sobre el cálculo económico bajo el socialismo.²⁰ En ese encuentro entre economistas de la primera mitad del siglo pasado, los socialistas lograron imponerse²¹ —hay que admitirlo—, al probar que el problema del cálculo económico es exactamente el mismo para la acción dirigista del consejo de programación estatal, que asigna los recursos por prueba y error, que bajo el tanteo walrasiano entre los participantes del mercado libre. Los neoclásicos aceptaron el argumento teórico y se vieron obligados a retroceder de la posición dogmática del planteamiento inicial de Ludwig von Mises sobre la supuesta inviabilidad de una economía socialista.²² Como única salida posible, les quedo puntualizar una observación de índole práctica que entonces no era del todo evidente. Notaron la dis-

¹⁹ Myerson, Roger B. y Satterthwaite, Mark A., “Efficient Mechanisms for Bilateral Trading”. *Journal of Economic Theory*, año 29, núm. 2, 1983, pp. 265-281.

²⁰ Hurwicz, L., “Optimality and informational efficiency in resource allocation processes”, en Arrow, Kenneth *et al.* (comps.), *Mathematical Methods in the Social Sciences*, Stanford, Stanford University Press, 1960, pp. 27-47; “On informationally decentralized systems”, en Radner, Roy *et al.* (comps.), *Decisions and Organization*, 1972, pp. 297-336; Hurwicz, Leonid y Reiter, Stanley, *Designing Economic Mechanisms*, 2006, p. 1.

²¹ Lange, Oskar, “On the Economic Theory of Socialism”, en Lippincott, Benjamin Evans (comp.), *On the Economic Theory of Socialism*, Nueva York, MacGraw-Hill, 1964, pp. 55-143; “Sobre la teoría económica del socialismo”, en Lippincott, Benjamin Evans (comp.), *Sobre la teoría económica del socialismo*, trad. de Antonio Bosch Domenech, Barcelona, Ariel, 1969, pp. 61-150.

²² Mises, Ludwig Heinrich Edler von, “Die Wirtschaftsrechnung im sozialistischen Gemeinwesen”, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, año 47, 1920, pp. 86-121; *Die Gemeinwirtschaft, Untersuchungen über den Sozialismus*, Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1932; *El socialismo: análisis económico y sociológico*, trad. de Luis Montes de Oca, Hermes, México, 1961; Hayek, Friedrich August von (comp.), *Collectivist Economic Planning: Critical Studies on the Possibilities of Socialism*, London, Routledge, 1935, pp. 87-103.

persión de información y la incompatibilidad de incentivos entre los particulares y el estado,²³ premisa de la que partió la teoría del diseño de mecanismos.

En el escenario nuevo del teatro geopolítico del siglo XXI, es preciso que reconozcamos ya que ni China es un país socialista,²⁴ ni los Estados Unidos de América del Norte son un país capitalista.²⁵ El socialismo de mercado y el capitalismo de estado son las dos caras de la misma moneda, dos lados equivalentes del mismo metal. Así como la ‘mano visible’ del estado chino crea espacios de mercado para descentralizar la actividad económica, la ‘mano invisible’ del mercado estadounidense fragua empresas mercantiles que son nada más ni nada menos que economías centralmente programadas.²⁶ Todos tenemos que afrontar con seriedad y apertura el mundo nuevo que cambia exponencialmente y que nos pide que cambiemos al mismo ritmo. En este lance, la teoría del diseño de mecanismos ofrece un criterio metodológico para hacer frente a las dificultades del presente y para superar las políticas del pasado —de ambos lados del espectro ideológico—, que en el momento tal vez nos parecieron transitoriamente prometedoras, pero que a la postre resultaron ser desastrosas.

El nuevo paradigma del análisis económico del derecho, ligado a la teoría del diseño de mecanismos, de reciente aparición, aún atraviesa por un proceso de aceptación que no se ha consolidado plenamente.²⁷ En la actualidad, hay investigadores que

²³ Hayek, Friedrich August von, “The Use of Knowledge in Society”, en *Individualism and Economic Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1948, pp. 77–91; véase *ibidem* pp. 119-208.

²⁴ Coase, Ronald Harry y Wang, Ning, *How China Became Capitalist*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2012.

²⁵ Epstein, Richard Allen, *How Progressives Rewrote the Constitution*, Washington, D.C., Cato Institute, 2007.

²⁶ Coase, Ronald Harry, “The Nature of the Firm”, *Economica*, año 4, núm. 16, noviembre de 1937, pp. 386-405; *The Firm, the Market, and the Law*, *cit.*, pp. 33-55.

²⁷ Un ejemplo representativo de este paradigma lo encontramos en una obra de reciente aparición, Posner, Eric Andrew y Weyl, Eric Glen, *Radical*

siguen atados a los esquemas mentales o conceptuales anteriores. La mayoría de los juristas permanecen uncidos a los esquemas explicativos de la economía de costos de transacción, como si nada hubiera ocurrido en el análisis económico del derecho desde los años 90 del siglo pasado. Otros se han dedicado a los patrones teóricos restrictivos de la economía conductual, violatoria de los presupuestos básicos de la teoría de elección racional.²⁸ Al fin y al cabo, como precisó hace unos años mi admirado amigo, el recientemente fallecido economista Fred McChesney, “la economía conductual pone su énfasis procedimental en aquellos experimentos de laboratorio, cuyo propósito parece ser probar la realidad de los presupuestos neoclásicos, pero no así los resultados predichos a partir de esos presupuestos”.²⁹ La capacidad de predicción es la condición indispensable que necesita exigir la disciplina económica si ha de aspirar a ser una ciencia verdadera y práctica de útiles aplicaciones. Vaya por delante un concepto en mí fuertemente arraigado, la convicción de que la teoría de elección racional debe evaluarse, no por la realidad de sus presupuestos teóricos (que no lo son), sino por las predicciones verificables que esta teoría hace posible.

Markets, Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society, Princeton, Princeton University Press, 2018. Como era de esperarse, una de las hipótesis de este libro ya ha generado cierta controversia. Wyman, Katrina, “In Defense of the Fee Simple”, *Notre Dame Law Review*, año 93, 2017, pp. 1-50.

²⁸ Una ponencia reciente pretende contraponer el análisis económico del derecho ‘neoclásico’ con el análisis económico del derecho ‘conductual’, como si se tratase del cambio de paradigma que se dio en el siglo XX entre la mecánica newtoniana y la mecánica cuántica, al sugerir que “así como la mecánica newtoniana se descompone cuando miramos a los elementos constitutivos del universo (las partículas subatómicas), la economía neoclásica se descompone cuando miramos a los elementos constitutivos de la sociedad (la persona individual)”. Hubbard, William H. J., “Quantum Economics, Newtonian Economics, and Law”, *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, núm. 799, 2017, p. 17 (traducción mía).

²⁹ McChesney, Fred Sanderson, “Behavioral Economics: Old Wine in Irrelevant New Bottles?”, *Supreme Court Economic Review*, año 21, 2013, pp. 50 y 51 (traducción mía).

II. LA TRADICIÓN JURÍDICA PROPIA DE LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE

Sin embargo, propongo que los esquemas explicativos de la teoría de elección racional deberán en todo caso corregirse, suplementarse y complementarse con los estudios de área contextuales. Esto es así porque, en un entorno de juego bayesiano y cuasilineal que supone utilidad transferible —lo advierto, por honestidad intelectual—, los economistas no conocemos de antemano el conjunto de los mecanismos de incentivos compatibles o veraces, de complejidad computacional abarcable, con presupuesto equilibrado, estrictamente eficientes en términos de Pareto u orientados a la maximización del bienestar de la sociedad, y con expectativas racionales individuales, aparte de aquellos que devela el método comparativo dentro del campo de la historia del derecho.³⁰

La incertidumbre obliga al investigador a pensar de una manera no lineal, sino recursiva. Una vez que han fracasado todos los esfuerzos por formular una metodología unidimensional de la ciencia social, las estrategias eclécticas parecen más atractivas. Es una actitud abierta que ya demuestra el historiador del derecho crítico del método coasiano Brian Simpson, quien recomienda combinar la ojeada lateral del zorro proverbial de Arquíloco, que sabía muchas cosas exiguas, con la visión frontal del erizo, que contempla un solo panorama vasto.³¹

³⁰ Aun con la aplicación del principio de revelación, por el que no estamos obligados a enumerar todos los mecanismos. Myerson, Roger Bruce, “Incentive-compatibility and the bargaining problem”, *Econometrica*, año 47, 1979, pp. 61–73; “Optimal coordination mechanisms in generalized principal-agent problems,” *Journal of Mathematical Economics*, año 10, 1982, pp. 67-81; *Game theory: analysis of conflict*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 257 y 258.

³¹ Simpson, Alfred William Brian, “‘Coase v. Pigou’ Reexamined”, *The Journal of Legal Studies*, año 25, núm. 1, enero de 1996, pp. 53-97; “An Addendum: [A Response to Law and Economics and A. W. Brian Simpson by R. H. Coase]”, *The Journal of Legal Studies*, año 25, núm. 1, enero de 1996, pp. 99-101; confróntese *Reflections on ‘The Concept of Law’*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 125.

De iure ciuili in artem redigendo toma los esquemas explicativos sinópticos de la teoría del diseño de mecanismos y los contextualiza en el ámbito concreto de la tradición jurídica propia de Latinoamérica y el Caribe, lo que Fernando Betancourt Serna o Alejandro Guzmán Brito han denominado como el *ius commune iberoamericanum*³² o *mos latinoamericanus*,³³ que incluye un cruce sincrético entre culturas jurídicas distintas y aproximaciones al derecho alejadas entre sí.³⁴

III. LA EFICIENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En este marco resulta fuera de toda duda que, a comienzos del siglo XXI, en todos los países de Latinoamérica y el Caribe deben generarse alternativas para hacer que el derecho funcione mejor y sea más eficiente; alternativas que deberán ser oportunamente debatidas, legisladas y eventualmente aplicadas y cumplidas. A tal fin la economía debe trabajar codo a codo con el análisis económico del derecho.

³² Betancourt Serna, Fernando, “La recepción del *ius commune* en Iberoamérica”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 21, octubre de 2018.

³³ Guzmán Brito, Alejandro, “Mos Latinoamericanus iura legendi”, *Roma e America: Diritto romano comune*, año 1, 1996, pp. 15-20.

³⁴ Mirow, Matthew, *Latin American law: A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, Austin, University of Texas Press, 2004; “The Power of Codification in Latin America: Simon Bolívar and the Code Napoleon”, *The Tulane Journal of International and Comparative Law*, año 8, 2000, pp. 83-116; “Borrowing Private Law in Latin America: Andres Bello’s Use of the Code Napoleon in Drafting the Chilean Civil Code”, *Louisiana Law Review*, año 61, 2001, pp. 291-329; “The Code Napoleon: Buried but Ruling in Latin America”, *Denver Journal of International Law and Policy*, año 33, 2005, pp. 179-194; “Codification and the Constitution of Cádiz”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Alejandro Guzmán Brito*, Carvajal, Patricio-Ignacio y Míglietta, Massimo (comps.), vol. 3, Alessandria, Edizioni dell’Orso, 2014, pp. 341-363; Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica, Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

Un proyecto ambicioso como el que nosotros presentamos, busca reprivatizar, recodificar y desconstitucionalizar el derecho privado en Latinoamérica y el Caribe. Los tecnócratas latinoamericanos y caribeños que privatizaron las economías de la región en los años 90 del siglo pasado se olvidaron de que sus sistemas jurídicos habían sido socializados, decodificados y constitucionalizados durante gran parte del siglo XX. El análisis económico del derecho puede lograr posicionar al derecho privado nuevamente en el centro del ordenamiento jurídico, espacio que hoy ocupan la constitución política del estado y el derecho público.

Creemos que un código de derecho privado basado en prometedores principios económicos, no sólo podrá servir como modelo para legisladores y codificadores, sino que además ayudará a refinar y acercar las ideas del análisis económico del derecho a los juristas de la región. Un código civil al estilo matemático de la moderna economía neoclásica, con modelos estilizados y complejos, comprensible sólo por un puñado de juristas versados en la teoría del diseño de mecanismos no serviría a nuestro propósito. Será más útil un código que incorpore los conceptos claves del análisis económico del derecho a la doctrina jurídica a un nivel básico y comprensible por todos los lectores. Así, las ideas fundamentales, y sus implicaciones, deberán poder expresarse en proposiciones claras y distintivas, sin el lenguaje cada vez más arcano y matemático de la disciplina.³⁵

Con estas palabras preliminares no pretendo delinear el plano que seguirá el proyecto que presento en este volumen. La ambición que me anima es que la arquitectura jurídica del nuevo código quede transparente en el orden de éste, para que pueda apreciarse el diseño del sistema de derecho privado que plantee cara a los desafíos actuales y futuros de Latinoamérica y el Cari-

³⁵ Los trabajos matemáticos y de economía avanzada podrán ser publicados en revistas científicas arbitradas e influirán sobre los tratadistas que comenten la nueva recodificación que inspire este proyecto.

be, siendo hasta tal punto clara la estructura jurídica apuntalada desde la óptica económica, que en la región pueda aprovecharse plenamente la lectura del nuevo código civil en la enseñanza del análisis económico del derecho.

Sin duda, el estudioso verificará una especie de apego a la concisión en la redacción del código, que se presenta por de más escueto en su articulado, y acaso criticará la estrechez del proyecto, cuando lo insustancial es más bien lo innecesario según el pensamiento de Jean Domat,³⁶ y el conjunto de las disposiciones en el código está dominado por el sistema, el orden y la precisión. Que el texto sea sucinto y completo a la vez, es precisamente la virtud distintiva del proyecto, a la que deberá aunarse la claridad expositiva de los temas que aborda, con una recurrencia mínima a tecnicismos propios de la jerga económica, lo cual puede explicarse si se toma en cuenta el objetivo para el que ha sido elaborado. Como venimos acostumbrados a la legislación minuciosa y exhaustiva —tan complicada como dilatada—, del sistema actual en el que una enorme cantidad de normas, reglamentos, sistemas y procedimientos escritos rigen cada materia económica, al ver un cuerpo elemental y sistemático de normas jurídicas, lo confundimos con lo que no es derecho, cuando acaso es ese ciempiés dirigista el patituerto acá.

El contenido y la razón de ser de la obra que presento es la recodificación del ordenamiento jurídico privado y refleja el reconocimiento cada vez mayor de la necesidad de desarrollar un enfoque coherente e integrado en materia de ciencia jurídica, que le dé robustez a la *ars iuris* del antiguo ideal ciceroniano.³⁷ El objeto que me he propuesto ha sido ofrecer al público un proyecto sucinto y completo a la vez, en el que esté dispuesto un conjunto de principios que dan vida a un cuerpo doctrinal sistemáticamente integrado y ordenado —en el que “el todo no es la

³⁶ Domat, Jean, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, t. 1, 3a. ed., París, Chez la Veuve Cavelier, 1771, prefacio.

³⁷ Cicerón, Marco Tulio, *De oratore*, I.xli, en *Acerca del orador*, t. 1, traducción de Amparo Gaos Schmidt, México, Universidad Autónoma de México, 1995.

suma de sus partes sino la interrelación de las mismas” según la observación de Bernhard Windscheid—,³⁸ conforme a la teoría del diseño de mecanismos.

Lo que sí es verdad —y esto hay que reconocerlo—, es que los procesos codificadores del siglo XIX no estaban listos para la tarea ingente de desentrañar el meollo del derecho privado y llegar al fondo jurídico y económico de las relaciones entre los particulares. Poco pudieron haber aprovechado Andrés Bello, Dámaso Vélez Sarsfield o Augusto Teixeira de Freitas del manual para codificadores de Florencio García Goyena con sus referencias a cuerpos legislativos anteriores.³⁹ Es evidente que, en pleno siglo XXI, al fin puede verificarse el adelanto de la ciencia jurídica, y en la distribución de cada materia he seguido un orden enteramente nuevo. Las críticas vendrán desde todos los puntos cardinales, pero el estudioso no podrá acusarme de ser como los demás y no haber incorporado ninguna novedad al orden de las pandectas. Por el contrario, pongo a consideración del público que resulta preocupante constatar en el mundo jurídico actual esa otra pobreza, que es la de las ideas. He querido por este medio provocar, por consiguiente, el debate académico, y a la par facilitar el conocimiento del análisis económico del derecho.

No hubiese convenido un código farragoso y complejo al estilo del proyecto del cónsul Cambacérès,⁴⁰ que difícilmente tendría aplicación práctica por el exceso de detalle y peor si utilizase un léxico económico difícilmente inteligible. Ello haría difícil de seguir con fluidez el proyecto y desanimaría al lector de informarse sobre el contenido económico del derecho privado. Tampoco es dable en pleno siglo XXI seguir insistiendo en la aplicación de las

³⁸ Windscheid, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. 1, 6a. ed., Frankfurt am Main, Druck von Gebrüder Kröner, 1887, sec. 1 (traducción mía).

³⁹ García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, 4 ts., Madrid, Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852.

⁴⁰ “Troisième projet de Cambacérès”, en Fenet, Pierre-Antoine (comp.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, Imprimerie d’Hippolyte Tillaud, 1827, pp. 178-326.

mismas fórmulas, con atención a las preocupaciones inmediatas de la academia, pero sin lograr la conformación de un cuerpo de normas coherente finalmente en el marco de la nueva economía. Antes, al contrario, en las páginas de este volumen ofrezco al público un proyecto recodificador radicalmente nuevo y heterodoxo —un flexible, actualizado y útil ‘panomio’ en el léxico de Jeremy Bentham—,⁴¹ que subvierte el orden establecido y desafía a los jurisprudentes de hoy.

IV. LA CONCURRENCIA DEL DERECHO EN EL CRECIMIENTO ECONÓMICO

En los albores del nuevo siglo, los economistas de ayer verdaderamente tienen poco o casi nada que ofrecer, poco o casi nada que decir, sobre los procesos endógenos que llevan a sostener el crecimiento económico en la sociedad,⁴² aparte de algunos estudios empíricos comparativos de las tradiciones jurídicas de los países y sus orígenes,⁴³ y el puñado de las tesis jurídicas que, en pleno siglo XXI, nos parecen trilladas y comunes, que hacen referencia a la necesidad de velar para que se respete la propiedad y se cumplan los contratos, dentro de la vigencia del estado de derecho.⁴⁴

⁴¹ Bentham, Jeremy, *An introduction to the principles of morals and legislation*, t. 2, 2a. ed., Londres, William Pickering, 1823, p. 272.

⁴² Barro, Robert Joseph y Sala-i-Martin, Xavier, *Economic Growth*, 2a. ed., Cambridge, Massachusetts Institute of Technology Press, 2004.

⁴³ López de Silanes, Florencio *et al.*, “The Economic Consequences of Legal Origins”, *Journal of Economic Literature*, año 46, núm. 2, junio de 2008, pp. 285-332; “The Quality of Government”, *Journal of Law, Economics & Organization*, año 15, núm. 1, marzo de 1999, pp. 222-279; “Law and Finance”, *Journal of Political Economy*, año 106, núm. 6, diciembre de 1998, pp. 1113-1155; “Legal Determinants of External Finance”, *Journal of Finance*, año 52, núm. 3, julio de 1997, pp. 1131-1150.

⁴⁴ Prado, Mariana y Trebilcock, Michael, “Path Dependence, Development and the Dynamics of Institutional Reforms”, *University of Toronto Law Journal*, año 59, núm. 3, pp. 341-380.

Por otra parte, un proceso sostenido de crecimiento económico, con la constante mejora del nivel de vida de la población, lejos de ser la norma, parece haber sido algo excepcional en la crónica histórica. Si pudiéramos dar vuelta atrás a las páginas del tiempo, descubriríamos que los hombres y mujeres casi siempre hemos vivido al margen de la supervivencia, dedicando nuestros esfuerzos a arañar lo que podíamos de la naturaleza para lograr la mera subsistencia.

Así, al graficar a través del tiempo el nivel de vida de la población humana, observaríamos, prácticamente, una línea horizontal a lo largo de la cual la familia humana, si bien logró progresivamente poblar casi toda la superficie terrestre, no advirtió un incremento vertical en las condiciones materiales de su existencia. Excepcionalmente encontraríamos un pequeño vértice de bienestar material alrededor del II siglo antes de la era común, calidad de vida que no será igualada prácticamente hasta fines del siglo XVIII. Desde entonces recién veríamos un movimiento levemente ascendente en el plano vertical de las condiciones materiales de la existencia humana, que sólo en el siglo XX se hará notorio. Estos periodos de mejora de las condiciones materiales de la vida humana corresponden, aproximadamente, al auge económico que se vivió durante la *pax romana*, y a los procesos de desarrollo tecnológico que se desataron a partir de la revolución industrial.

Por consiguiente, al repasarse la historia humana, se desprende que el mundo romano de la antigüedad y la época moderna compartieron algún factor que constituyó un catalizador para el crecimiento económico vertical, más allá del desarrollo tecnológico. Ese factor común parecería consistir en el desarrollo de cierto tipo de sistema de derecho privado, que abre las compuertas de la liberalización económica, otorgándole un campo de autonomía al sector privado, pero además que cuenta con el apoyo de instituciones jurídicas complementarias de heteronomía que salvaguardan y tutelan el libre albedrío.

Si observamos la manera como fueron construidas las sociedades antiguas —por ejemplo, la egipcia o la china, que duraron

miles de años—, éstas fueron articuladas desde el eje cultural e intelectual del derecho público. Como ya era de conocimiento de los romanos, el derecho público regula las relaciones jurídicas dentro del estado o de éste con los particulares. El derecho privado regula, en cambio, las relaciones jurídicas entre los particulares.⁴⁵ Como se desprende del proyecto que hoy presentamos, la arquitectura del derecho privado está conformada, propiamente, por el derecho de personas, cosas y obligaciones, más un puñado de instituciones que apoyan a los mercados comercial, financiero y bursátil.

Cabe destacar que el derecho privado sitúa, como el principio ordenador de las relaciones humanas, a la denominada ‘heterarquía’. Por reconocer que es extraño este neologismo de raíces griegas, a fin de facilitar su comprensión, sin duda convendrá que lo relacione con otro concepto ampliamente definido por el economista Friedrich von Hayek: el ‘orden espontáneo’. A fines del siglo XIX Carl Menger había tomado el concepto de una relación reduccionista de la filosofía comtiana sobre el sustrato biológico de la vida social,⁴⁶ y a principios del siglo XX Wilhelm Röpke acuñó el término al sostener el argumento revelador que en la economía impera el “orden a pesar de la anarquía”,⁴⁷ pero fue Hayek el que le dio un sentido aleccionador al orden espontáneo y lo convirtió en el eje central que atraviesa toda su obra,⁴⁸

⁴⁵ Kaser, Max, “Ius publicum und ius privatum”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, año 103, núm. 1, 1986, pp. 1-101.

⁴⁶ Menger, Carl, *Untersuchungen über die methode der socialwissenschaften, und der politischen oekonomie insbesondere*, Leipzig, Verlag von Dunker & Humbolt, 1883, lib. 3, cap. 1, pp. 139-152.

⁴⁷ Röpke, Wilhelm, *Die Lehre von der Wirtschaft*, 1937, p. 19; *Economics of the Free Society*, trad. de Patrick Boorman, Chicago, Henry Regnary Company, 1963, p. 4 (traducción mía).

⁴⁸ En 1949 repara en cómo se da la interacción espontánea entre un desmedido número de personas, cada una de las cuales posee sólo un conocimiento fragmentado, y a partir de 1960 emplea el término. Hayek, Friedrich August von, *Individualism and Economic Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1949, p. 50; *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960, p.

concepto que él ejemplifica a partir del mercado, que lo caracteriza con otro neologismo extraño de raíces griegas —quizá ingenuo, y prematuro en todo caso—, ‘nomocrático’, por estar el mercado gobernado por las normas formales de conducta tanto del campo del derecho privado, como del derecho penal.

Los economistas austriacos no llegaron, sin embargo, a desempaquetar enteramente el concepto del orden espontáneo, ni a precisar su interrelación estrecha con el campo jurídico, mientras que, en pleno siglo XXI, el análisis económico del derecho puede precisar el mismo con una exactitud que sorprende. En pocas palabras: la heterarquía emerge porque el régimen jurídico propio del derecho privado opera —con la puesta en marcha de mecanismos no dictatoriales—, como un sistema de comunicación y un sistema de incentivos que hace posible descentralizar el orden social, de tal manera que las personas *con información* son las que toman las decisiones, y las personas *con incentivos* son las que realizan las acciones, en la economía.

Inversamente, con la lupa en la mano, podemos examinar someramente por qué, en el siglo XX, resultó difícil impulsar el crecimiento económico a través de la intervención del estado. El régimen jurídico propio del derecho público, en cambio, opera por medio de la jerarquía normativa —con la puesta en marcha de mecanismos dictatoriales—, por los que las personas quedan subordinadas entre sí en una cadena de mando, en la que se transmite la dirección de arriba hacia abajo y la información de abajo hacia arriba, lo que hace posible centralizar el aparato del estado; en donde, con demasiada frecuencia, los gobernantes a quienes se les confía o delega la dirección, *carecen de información*, y los burócratas que reciben mandatos legislativos para la ejecución de los programas y proyectos de interés social, *carecen de incentivos*. El dirigismo estatal acarrea una colosal pérdida social: la no aplicación a la asignación de factores productivos de ese

230; *Law, Legislation and Liberty, Rules and Order*, vol. 1, Chicago, University of Chicago Press, 1979, p. 125; véase *ibidem* pp. 43–46, 98, 104–105 y 112.

poderosísimo sistema descentralizado de información productiva y distributiva que se llama el *precio de mercado* y, conjuntamente, de ese poderosísimo sistema de incentivos que se llama *la competencia de mercado*.

En efecto, el orden jurídico privado es de una utilidad de tal magnitud para la vida humana que resulta difícil de concebir la misma sin la intermediación de las instituciones básicas que lo conforman. Por ello, los linderos propietarios y los vínculos obligacionales del derecho privado llegan a parecernos connaturales. Sin embargo, ni la propiedad ni las demás instituciones del derecho de cosas, ni los contratos o delitos ni las demás instituciones del derecho de obligaciones —vale la pena recordarlo, al voltear los ojos a la historia de las ideas—, estribaron en el derecho natural. Al elaborar en el siglo XVI los conceptos del orden de las pandectas o de la *oconomia iuris*, los autores de la escolástica tardía consideraron más bien a estas instituciones de orden de derecho natural secundario, o lo que era lo mismo, de derecho de gentes primario. Aquellos autores entendieron que lo que caracteriza intrínsecamente al ser humano, en contraste a los otros animales, es su flexibilidad y capacidad para la adaptación e, incluso, la transformación de su propia naturaleza, por lo que no debía sustraerse del derecho positivo a las instituciones que conforman el derecho privado.⁴⁹

Sólo por medio de las instituciones del derecho privado le fue posible al hombre y mujer ‘de carne y hueso’ alcanzar un trato en condiciones de igualdad con sus congéneres, sin que medien relaciones de subordinación de unos a otros. Tampoco debe ser sorprendente el sostener que, por una especie de artillugio propio del derecho privado, la persona humana pudo liberarse de la ig-

⁴⁹ Granado, Juan Javier de, *Oconomia iuris: un libro de derecho del siglo XVI, refundido para el siglo XXI*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010; Merio Scattola, “Before and After Natural Law,” en Hochstrasser, Tim y Schröder, Peter (comps.), *Early Modern Natural Law Theories: Contexts and Strategies in the Early Enlightenment*, Berlin, Springer, 2003, pp. 1-30.

nomina y la infelicidad —tan anacrónica como injustificada—, de la división en castas, estamentos y clases sociales.⁵⁰

En la crónica de la historia humana, todo el andamiaje del derecho privado puede localizarse a partir de un momento en particular, allí donde el derecho positivo lo ha engendrado. El mismo irrumpe a mediados del V siglo antes de la era común, con el derecho romano, a partir de la promulgación de las XII Tablas y del desenvolvimiento del derecho honorario que ‘ayuda, suple y corrige’ al derecho civil.⁵¹ Y es preciso señalar que ninguna civilización en la historia ha alcanzado mayor éxito en cuanto a su expansión política y su desarrollo económico que Roma.⁵²

V. LA EFICIENCIA DEL DERECHO ROMANO

Si lo que se trata es de adaptar al análisis económico del derecho a los usos y costumbres de la región, respetando las tradiciones intelectuales imperantes en ella, el quid de la cuestión radicará en retornar al estudio del derecho romano como medio para introducir el análisis económico del derecho en Latinoamérica y el Caribe. Aunque parezca extraño, el derecho romano es susceptible de fusión con el análisis económico del derecho, por lo que con este proyecto de recodificación del derecho privado también renovaré y actualizaré a la par el derecho romano. Claro está que lo que busco, en último término, es extender la aplicación de la metodología económica a órdenes jurídicos diversos a los del *common law* y, por lo tanto, ensanchar la esfera de acción de los postulados en que tradicionalmente se apoya la disciplina.

⁵⁰ Todavía podemos ir más allá: el derecho privado transformó a la persona humana en un nuevo ser, y a la sociedad humana en una nueva creación.

⁵¹ Papiniano, 2 “De definiciones”, D 1.1.7(1), en *El Digesto de Justiniano*, t. 1, traducción de Álvaro d’Ors, *et al.*, Pamplona, Aranzadi, 1975.

⁵² La República romana llegó a convertir al mar Mediterráneo en una laguna a su interior.

Un postulado del análisis económico del derecho ha sido hasta la fecha que el *common law* es eficiente.⁵³ Esta visión de eficiencia económica animó al análisis económico del derecho desde sus inicios, desde que el juez Richard Posner definiera el campo y marcara el objeto de estudio de esta disciplina empírica e interdisciplinaria.⁵⁴ Por tanto, la justificación y el sustento de la hipótesis planteada consumió una ingente cantidad de tiempo y energía de parte de los especialistas en el tema.⁵⁵ A pesar de que algunos permanecen incrédulos,⁵⁶ otros que se han acercado al tema aportaron una serie de argumentos a favor de la postura. La propuesta de que una preferencia por la eficiencia influyó en el ánimo de los jueces angloamericanos, puede verse como una temprana tentativa.⁵⁷ Al fin y al cabo, el juez Oliver Holmes había recomendado que al emitir sus sentencias, los juzgadores angloamericanos deberían de tener presente “lo que es conveniente para la comunidad”.⁵⁸ Otra explicación que se aventuró, alude a los beneficios derivados de la abierta competencia interjurisdic-

⁵³ Posner, Richard Allen, *Economic analysis of law*, 6a. ed., Nueva York, Aspen Press, 2003, pp. 613-615; Rubin, Paul Harold, “Why Is the Common Law Efficient?”, *The Journal of Legal Studies*, año 6, núm. 1, enero de 1977, pp. 51-63; Priest, George, “The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules”, *The Journal of Legal Studies*, año 6, núm. 1, enero de 1977, pp. 65-82

⁵⁴ A lo largo de varias de las ediciones de su texto ha mantenido que “el common law exhibe una profunda unidad que es económica en su carácter” y, últimamente, que “la economía constituye la profunda estructura del common law”. Posner, Richard Allen, *Economic Analysis of Law*, 1a. ed., New York: Little, Brown and Co., 1973, p. 98; *Economic Analysis of Law*, 9a. ed., New York, Wolters Kluwer, 2014, p. 315 (traducciones mías).

⁵⁵ Mercurio, Nicholas y Medema, Steven, *Economics and the Law from Posner to Post-Modernism*, Princeton, Princeton University Press, 1997, pp. 61-67.

⁵⁶ Uno la califica injustamente de “más ingeniosa que convincente”. Cooter, Robert, *The Strategic Constitution*, Princeton, Princeton University Press, 2000, p. 200 (traducción mía).

⁵⁷ Posner, Richard Allen, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, *The Journal of Legal Studies*, año 8, núm. 1, enero de 1979, pp. 103-140.

⁵⁸ Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1881, p. 35.

cional desatada en Inglaterra durante la edad media y la temprana edad moderna, la cual enfrentó a los tribunales del *common law* de Common Pleas, King's Bench y Exchequer y de la *equity* de Chancery, entre sí y contra las autoridades judiciales locales.⁵⁹

Unos investigadores señalan que los tribunales en este sistema son percibidos como más estables y menos corruptos,⁶⁰ o que el mismo *common law* por su naturaleza evolutiva es más estable y, por ende, la doctrina jurídica es menos susceptible de experimentar cambios bruscos o radicales.⁶¹ Otros puntualizan que a diferencia del derecho civil que se impone verticalmente ‘desde arriba’ en el entramado social, el *common law* emerge ‘desde abajo’ por la vía del consenso y la participación, por lo cual este ordenamiento jurídico admite más variantes y se amolda a un mayor número de intereses,⁶² lo cual también hace al sistema jurídico más receptivo de las normas y prácticas informales vigentes entre la población y de los acuerdos sociales que las respaldan.⁶³

La interpretación dominante de la literatura subraya que el proceso evolutivo de depuración que marcó el desarrollo del *common law* —ese proceso paulatino del “*common law*, que se acrisola”, según el testimonio del juez Mansfield en el siglo XVIII⁶⁴—, ostensiblemente favorece la eficiencia, en tanto en cuanto las doctrinas jurídicas ineficientes constituyen un poderoso incenti-

⁵⁹ Zywicki, Todd, “The Rise and Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply-Side Analysis”, *Northwestern University Law Review*, año 97, núm. 4, junio de 2003, p. 1585.

⁶⁰ Cross, Frank, “Identifying the Virtues of the Common Law”, *Supreme Court Economic Review*, año 15, 2007, p. 2.

⁶¹ Manne, Henry Girard, “The Judiciary and Free Markets”, 21 *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1997, p. 21.

⁶² Gordon, Robert, “Hayek and Cooter on Custom and Reason”, *Southwestern University Law Review*, año 23, 1994, p. 454.

⁶³ Cooter, Robert, “Do Good Laws Make Good Citizens? An Economic Analysis of Internalized Norms”, *Virginia Law Review*, año 86, 2000, pp. 1577-1601.

⁶⁴ Omychund contra Barker, Atkyns' Reports, t. 1, 1744, pp. 33 y 34 (traducción mía).

vo para que los litigantes promuevan demandas impugnadoras de las mismas.⁶⁵ Al punto de que el patrón de las demandas que se deduzcan en los estrados judiciales contra éstas, impulsa la evolución jurídica del *common law*.⁶⁶

Otra propuesta reciente de la literatura en torno a este tema sugiere que los tribunales de alzada, al tramitar los recursos de apelación que se interponen, extraen una información detallada y fidedigna atendiendo a lo que la sentencia recurrida de primera instancia establece como la base fáctica del caso. Por lo tanto, los juzgadores en este sistema se ven obligados a introducir distinciones jurídicas para adaptar la doctrina del *common law* a los nuevos entornos del mercado y reflejar la complejidad de la realidad cambiante.⁶⁷

Una explicación que hasta poco no se aventuró, es quizá la más atinada y pertinente, y no lo digo por ser mi contribución a la literatura. El ordenamiento jurídico que resultó de la confluencia histórica del *common law* y la *equity* es eficiente, sencillamente, porque constituye un sistema integrado y coherente de derecho privado, que opera con una lógica interna enteramente distinta a la del derecho público.⁶⁸ Es el carácter paradigmáticamente privado del ordenamiento jurídico anglosajón, producto de su devenir histórico, el que lo dirige hacia la eficiencia. Pues bien, también es eficiente el derecho romano, un ordenamiento jurídi-

⁶⁵ Rubin, Paul Harold, *idem*; Priest, George, *idem*.

⁶⁶ Goodman, John, "An Economic Theory of the Evolution of Common Law", *The Journal of Legal Studies*, año 7, núm. 2, junio de 1978, p. 393-406; Cooter, Robert, y Kornhauser, Lewis. "Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges?", *The Journal of Legal Studies*, año 9, enero de 1980, pp. 139-163.

⁶⁷ Gennaioli, Nicola y Shleifer, Andrei, "The Evolution of Common Law", *Journal of Political Economy*, año 115, núm. 1, febrero de 2007, pp. 43-68; "Overruling and the Instability of Law", 35 *Journal of Comparative Economics*, año 35, núm. 2, junio de 2007, pp. 309-328; Vermeule, Adrián, *Law and the limits of reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 117.

⁶⁸ Granado, Juan Javier del y Mirow, Matthew, "The Future of the Economic Analysis of Law in Latin America: A Proposal for Model Codes", *Chicago-Kent Law Review*, año 83, 2008, p. 304.

co de carácter de igual modo paradigmáticamente privado.⁶⁹ Tal punto de vista se afianza con una claridad inequívoca, si observamos esta cuestión central con las herramientas analíticas de que disponemos gracias a la teoría del diseño de mecanismos, como puede constatarse a través del proyecto que perfiló.

De esta manera, sugiero que los estudiosos del derecho latinoamericano y caribeño podrán valerse del dúctil y milenario derecho romano, evitando los trasplantes de ordenamientos extraños. Los derechos romano vulgar, germánico, bizantino, feudal, canónico, el iusnaturalismo racionalista, las codificaciones decimonónicas del liberalismo clásico y el posterior desenvolvimiento del positivismo jurídico, la pandectística de la *geschichtliche Schule*, la sociología jurídica de la *école de Bordeaux*, así como el establecimiento reciente de la hegemonía del *common law* angloamericano, fueron sólo algunos de los elementos que coadyuvaron a la desnaturalización actual del derecho privado. El análisis económico del derecho servirá para limpiar y depurar estos residuos del orden de las pandectas y así revitalizar el derecho romano.

VI. LA LEGISLACIÓN PROPIA CONTRA LOS TRASPLANTES DEL *Law & Development*

Ha llegado la hora en que la tradición civilista puede explotar el método propugnado por el análisis económico del derecho, con independencia del *common law* angloamericano. La ley debe evolucionar para adaptarse a las realidades propias del siglo XXI. Lo que de ninguna manera podrá admitirse es que la nueva metodología se convierta en un simple eje de expansión de la hegemonía cultural del derecho estadounidense más allá de sus propias fronteras. La ‘angloamericanización’ del derecho latinoamericano y caribeño no es lo que busco y debe resistirse, como Europa, por

⁶⁹ Granado, Juan Javier del, “The Genius of Roman Law from a Law and Economics Perspective”, *San Diego International Law Journal*, año 13, 2011, pp. 301-349.

su parte, se opone a la ‘americanización’ del derecho europeo. Por tanto, debemos evitar caer en el error fatal de asociar, sin más, análisis económico del derecho con derecho estadounidense. Mi proyecto busca adaptar el análisis económico del derecho al marco civilista propio de la región. Estoy claro en lo que quiero lograr: reformular y reinterpretar las teorías civilistas a la luz del análisis económico del derecho. Modificar, expandir, refundir y recrear la arquitectura del derecho privado, con el ajuste de normas sustantivas y adjetivas, combinándolo todo de manera novedosa y agregándole conceptos económicos.

Sigue sorprendiendo lo poco que aprendemos del pasado. Los investigadores estadounidenses del nuevo *Law & Development* en los años 90 del siglo pasado siguieron, tras la caída del telón de acero que sobrevino, empeñados en repetir soluciones fracasadas e insuficientes.⁷⁰ Hace un cuarto de siglo, se sumaron con brío renovado a la tarea de trasplantar artificialmente al suelo patrio de Europa del Este las instituciones jurídicas extranjeras que consideraban las mejores prácticas internacionales de gobierno societario (obviamente, las estadounidenses).⁷¹ Y a este paso, consiguieron lo que parecía imposible: seguir desviando el debate al nivel de soluciones improvisadas de la legislación especializada. En México, los economistas no necesitamos mirar más lejos que la reciente Ley de Mercado de Valores, creada en el 2006, para observar un paquete de trasplantes estériles e infructuosos de instituciones gestadas en Estados Unidos de América del Norte, no siempre compatibles con la cultura y la doctrina jurídica o la convicción jurídica común del lugar donde va a abrirse el mercado.

⁷⁰ Trubek, David y Galanter, Marc, “Scholars in Self Estrangement: Reflections on the Crisis in Law and Development Studies”, *Wisconsin Law Review*, año 4, núm. 1, 1974, pp. 1062-1102; Trubek, David, “Law and development: Forty years after ‘Scholars in Self-Estrangement’”, *University of Toronto Law Journal*, año 66, núm. 3, 2016, pp. 301-329.

⁷¹ Trebilcock, Michael y Davis, Kevin, “The Relationship between Law and Development: Optimists versus Skeptics”, *American Journal of Comparative Law*, año 56, núm. 4, mayo de 2008, pp. 895-946.

La ambición de *De iure civili in artem redigendo* será encontrar una solución integral y adecuada del vital problema del crecimiento económico, concertada desde la *lex generalis* del derecho civil y comercial —y hasta del *generalis consensus* de la doctrina—, y no gastar palabras en nuevas intenciones por buscar soluciones provisionales y tentativas, y a la larga poco satisfactorias, con *leges speciales* de carácter sectorial. El proyecto servirá para dejar entrever posibles soluciones en cuanto al diseño de los mecanismos del derecho privado, para enfrentar los desafíos de Latinoamérica y el Caribe en el siglo XXI, dentro de la propia idiosincrasia, cultura y tradición jurídicas de nuestra comunidad; se trata de una versión actualizada de la ingente tarea que, en materia jurídica de signo reformador y de progreso, llevaron a cabo, en los siglos XIX en Alemania o XX en los Estados Unidos de América del Norte, Friedrich Karl von Savigny y Karl Llewellyn, respectivamente, sin perder de vista jamás el espíritu de sus pueblos.⁷²

VII. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CONTRA EL LIBERALISMO CLÁSICO

Nuestra tradición jurídica propia es el resultado de un largo trayecto de evolución histórica, no sólo con atención a los conceptos jurídicos, sino también a los criterios, metodologías y procedimientos. Para facilitar el recorrido hacia una economía más dinámica y productiva, entre las malezas que debemos desbrozar de nuestro derecho privado, está el detrito intelectual de siglos pasados. Después de décadas de descodificación en el siglo XX y del progresivo desguace de los viejos, decimonónicos y liberales códigos,⁷³ hemos perdido de vista cómo, bajo el credo estricto de la ‘autonomía de

⁷² Savigny, Friedrich Karl von, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, t. 1-6, Heidelberg, Mohr & Zimmer, 1815-31; Llewellyn, Karl Nickerson, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little Brown and Company, 1960.

⁷³ Irti, Natalino, *L'età della decodificazione*, Milán, Giuffrè, 1979.

la persona' del siglo XIX, —aquella supuesta “soberanía plena e incondicional del individuo” como la califica Georg Friedrich Puchta—,⁷⁴ los juristas habíamos intentado parapetar todo el andamiaje del derecho privado sobre la base del ‘consentimiento’ y de la ‘culpa’, y sin darnos cuenta, menoscabamos un ingrediente insustituible para que funcione el derecho privado. El derecho romano clásico ampliamente lo había desarrollado; lo conservó, en alguna medida, el sistema del *common law* anglosajón de raíces normando-feudales y canónicas: me refiero a nada más ni nada menos que una dimensión de heteronomía complementaria en las mismas instituciones del derecho privado.

Con la pretensión de la plena autonomía del sujeto moderno del liberalismo clásico, los procesos de amplia codificación decimonónica del derecho civil, tendentes a establecer un sistema jurídico de orden privado completo e integrado en el siglo XIX —que no tuvieron parangón en ninguna otra época—, se equivocaron al privilegiar la *ipsi sufficientia* de la persona humana como sujeto de derecho. Contra la concepción del ser humano en su acepción kantiana o neokantiana, en la que una dimensión de heteronomía se considera como una falta de inteligencia o de decisión y valor del sujeto *sui iuris* para servirse por sí mismo, o hasta para pensar por sí mismo, bajo aquella consigna horaciana de nuestros ancestros ilustrados de ¡*Sapere aude!*,⁷⁵ el análisis económico del derecho pasa a desbrozar, recién ahora, a inicios del siglo XXI, las diversas variantes del concepto de racionalidad restringida. Así, prevalece una visión instrumental, consecuencialista y dinámica sobre las cosas y las obligaciones, según la cual el derecho privado sirve como un sistema de comunicación

⁷⁴ Puchta, Georg Friedrich, *Cursus der Institutionen*, t. 2, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1842, p. 556 (traducción mía).

⁷⁵ Kant, Immanuel. “Beantwortung der Frage: Was ist Auklärung?”, *Berlinische Monatsschrift*, t. 4, núm. 12, diciembre de 1784, pp. 481-494; Foucault, Michel, “Qu’est-ce que les Lumières?”, en Defert, Daniel y Ewald, François (comps.), *Dits et Ecrits*, t. 4, Paris, Éditions Gallimard, 1994, pp. 562-578.

y un sistema de incentivos que —si lo resumimos en pocas palabras, diríamos—, ‘descentraliza al orden social’.

El análisis económico del derecho no nace viciado por una visión inane y obsequiosa frente a la propiedad privada o la libertad contractual —como si fuesen patrones de valor absoluto—, que los debilita u ofusca. Partiendo de una premisa de racionalidad restringida, los economistas del siglo XXI entendemos, quizá con mayor claridad que antes, frente a la crítica de la sociología jurídica bordelés que pretendió transformar los derechos subjetivos del derecho canónico del siglo XIII en funciones objetivas a inicios del siglo XX,⁷⁶ que la persona dispone, en muchos casos, de información y de incentivos incompletos.

Ya en el siglo IV antes de la era común, afloraron las duras críticas procedentes del padre de la economía doméstica al pensamiento de corte racionalista, en el sentido que la familia y la propiedad privada no deberían suprimirse de la sociedad porque los hijos y las cosas comunes no eran atendidos ni cuidados adecuadamente por el estado. En esta línea de pensamiento, el economista Hernando de Soto —quien no se suscribe al pensamiento del análisis económico del derecho—, olvida que el derecho de cosas es más que sólo la propiedad privada, y que la gestión adecuada de los recursos de una sociedad se logra por medio de una concurrencia amplia de instituciones jurídicas, por lo que no deberán tomarse los programas catastrales de ‘titularización’ que él promueve como una prescripción para curar todos los males económicos.⁷⁷ Por otro lado, los economistas Robert Cooter y Hans-Bernd Schäfer —quienes sí tienen una larga tra-

⁷⁶ Mirow, Matthew, “The Social-Obligation Norm of Property: Duguit, Hayem and Others”, *Florida Journal of International Law*, año 22, 2010, pp. 191-226; “Origins of the Social Function of Property in Chile”, *Fordham Law Review*, año 80, 2011, pp. 1183-1217; “Rerum Novarum: New Things and Recent Paradigms of Property Law”, *University of the Pacific Law Review*, año 47, núm. 2, 2016, pp. 183-197.

⁷⁷ Soto, Hernando de et al., *El otro sendero. La respuesta económica al terrorismo*, Lima, Editorial el Barranco, 1986; *El misterio del capital: ¿Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo?*, México D.F., Diana, 2001.

vectoria académica centrada en el análisis económico del derecho—, caen en la misma trampa intelectual e intentan reducir el derecho de obligaciones sólo a los contratos, y sin más que el respaldo de estos instrumentos jurídicos, pretenden desvelar las actividades de intermediación en los sectores de comercio, finanzas e inversión. Desarrollándose como preceptores de las cuestiones económicas, ellos ansían la extirpación de la pobreza de las naciones,⁷⁸ pero de forma adversa para con los países en vías de desarrollo, sobrevaloran los derechos de exclusividad inherentes a la propiedad industrial.

La propiedad no tiene más que un valor instrumental para la vida,⁷⁹ y ya es hora de que reconozcamos que la ‘propiedad intelectual e industrial’ ni siquiera es digna de tal apelación.⁸⁰ Dentro de la nueva economía debemos detener el proceso de la ‘propietización’ de la información y vigorizar el dominio público.⁸¹ Es más, la libertad contractual no siempre y en toda circunstancia es de utilidad, ni promueve el crecimiento económico. El agente racional no cuenta con información perfecta sobre lo que le deparará el futuro.⁸² Por ello, las partes de un contrato no pueden prever todas las contingencias *ex post* que pudiesen afectar a cada negocio jurídico, y aun donde podrían anticiparse, por remotas

⁷⁸ Cooter, Robert y Schäfer, Hans-Bernd, *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations*, Princeton, Princeton University Press, 2012.

⁷⁹ Posner, Eric Andrew y Weyl, Eric Glen, “Property is Only Another Name for Monopoly”, *Journal of Legal Analysis*, año 9, 2017, pp. 51-123.

⁸⁰ Adams, Wendy, “Determinate/Indeterminate Duality: The Necessity of a Temporal Dimension in Legal Classification”, *Alberta Law Review*, año 44, núm 2, 2006, pp. 406, 413-415.

⁸¹ Lessig, Lawrence, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, Nueva York, Random House, 2001, p. 161; Lemley, Mark, “Romantic Authorship and the Rhetoric of Property”, reseña de Boyle, James, *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge: Harvard University Press, 1996, en *Texas Law Review*, año 75, 1997, p. 902; Property, Intellectual Property, and Free Riding, *Texas Law Review*, año 83, 2005, pp. 1033-1034.

⁸² Incluso, según los nuevos modos de comprensión del mundo de la mecánica cuántica, en principio, no puede conocerse el presente con todo detalle.

que sean, las más de las veces resulta incompatible con los incentivos de las partes negociar y pactar *ex ante* sobre las mismas.⁸³ En el orden privado, en muchos casos, los contratos serán, pues, incompletos, y el derecho de obligaciones requiere del soporte de variadas instituciones jurídicas.

Donde tanto los actores como los decisores en el aparato productivo disponen de adecuados incentivos e información —y no están ante una situación de incompatibilidad de incentivos o de asimetría de información—, el marco del derecho privado debe afianzar un principio de respeto y fortalecimiento de la autonomía de la persona y de las empresas, pero cuando éstas disponen de información e incentivos que resultan o bien sesgados o bien incompletos, deberá concurrir en el mismo derecho privado una esfera de heteronomía complementaria que salvaguarde y tutele el libre albedrío.

No creo en el desenfreno del ‘mercado salvaje’. Está clarísimo que un mercado no puede funcionar sin la concurrencia de las instituciones jurídicas. Por ello, para que se sostenga e impulse el crecimiento de la economía, las instituciones jurídicas que acompañan al mercado deberán coadyuvar a la descentralización de la toma de decisiones y del emprendimiento de acciones al interior del sector privado. El más avieso y calculador derecho económico —logrado mediante la modernización del aparato del estado—, no podrá tener el mismo impacto positivo en el crecimiento económico de Latinoamérica y el Caribe que los mecanismos propios del derecho privado que este proyecto recupera.

VIII. LOS ANTECEDENTES DEL PROYECTO

En cuanto a la propuesta original del proyecto, la presenté con Matthew Mirow el 30 de abril de 2005, durante el último día de

⁸³ Posner, Eric Andrew, *Contract Law and Theory*, New York, Wolters Kluwer, 2011; “Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?”, *Yale Law Journal*, año 112, 2003, pp. 829-880.

la IX conferencia de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho, que tuvo lugar en las instalaciones del Aula Boalt de la Escuela de Derecho de la Universidad de California en Berkeley. Desde el inicio, insistimos en la codificación civil como medio para adaptar el análisis económico del derecho a los usos y costumbres de la región, respetando las tradiciones intelectuales imperantes en ella.

Tras años de docencia en la materia, me había dado cuenta de que para enseñar esta disciplina era prácticamente necesario abordar el ordenamiento jurídico angloamericano y sus metodologías, ya que la literatura existente gira en torno a los debates intelectuales de esta tradición jurídica extraña. Hasta puede constatarse que los libros publicados sobre el análisis económico del derecho en el continente europeo no son más que una transposición de esta literatura.⁸⁴

Con el pasar del tiempo, al dirigir la capacitación de jueces en la región desde el Law and Economics Center de la Universidad pública de George Mason en Virginia, con programas en el Supremo Tribunal Federal de Brasil en Brasilia y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Ciudad de México, entre otros destinos, me fui convenciendo poco a poco de que este proyecto sería indispensable para civilizar el análisis económico del derecho, o más bien tropicalizarlo en Latinoamérica y el Caribe.

Cuando me tocó presidir esta asociación el 2008, año en el que me trasladé de los Estados Unidos de América del Norte a México, obtuve financiación para una serie de iniciativas académicas de la Fundación Microsoft. Entre éstas estuvo organizar una iniciativa académica de cooperación interuniversitaria y de colaboración entre docentes, notarios, jueces y abogados, cuyo propósito fue aglutinar los esfuerzos de los juristas de los propios países de Latinoamérica y el Caribe, que disponen de un capi-

⁸⁴ Schäfer, Hans-Bernd y Ott, Claus, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlín, Springer, 1986; Mackaay, Ejan y Rousseau, Stéphane, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008.

tal humano infrautilizado, extremadamente competente, íntegro, comprometido, independiente y capaz de articular visiones de futuro realizables que marquen el camino para la región.

Contacté a juristas a lo largo y ancho del continente, y todos mis esfuerzos culminaron en el seminario de codificación civil, que tuvo lugar en Ciudad de México el 30 de mayo de 2008 en las instalaciones del Instituto Tecnológico Autónomo de México. Animado por mis colegas, me dediqué en los siguientes años a la redacción de este código ambicioso y complicado, el mismo que fue presentado por partes.

La primera presentación de los borradores la hice el 16 de junio de 2009, en las instalaciones de la Universitat Pompeu Fabra, en Barcelona. Después siguieron las otras presentaciones: el 18 de septiembre de 2009, en las instalaciones de la Università Luiss Guido Carli, en Roma; el 17 de noviembre de 2009, en las instalaciones de la Universidad del Pacífico, en Lima; el 11 y 12 de febrero de 2010, en las instalaciones de la Escuela Libre de Derecho y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en Ciudad de México, y el 7 de abril de 2010, en mi alma mater, en Chicago.

El libro que doy a luz hoy es la maduración del proyecto a lo largo de diez años. No pretendo que la comunidad intelectual de Latinoamérica y el Caribe lo reciba como lo que suele englobarse bajo el anglicismo de *'soft law'* por su carácter no vinculante, que supone una labor de unificación, síntesis y armonización de normas generalmente aceptadas en una comunidad como los *restate-ments* en el país vecino del norte, pues me he despreocupado del estado actual del derecho en la región, aunque todo mi desvelo ha sido trabajar dentro de la tradición jurídica propia.

Tampoco quisiera que mis lectores, entre ellos docentes, notarios, jueces y abogados, sin dejar fuera a los estudiantes de análisis económico del derecho, confundieran la concepción orgánica del derecho que acoge el proyecto o mi línea de investigación que sigue a Paolo Grossi, responsable de resucitar el ideal del *ius*

commune europaeum.⁸⁵ Más que rescatar un pluralismo jurídico de corte medieval como mi ideal, intento retroceder todavía más atrás en el tiempo, y resucitar la cohesión notable del derecho romano como un sistema paradigmático de derecho privado. Combino esa perspectiva con el más actual análisis económico del derecho, por lo cual mi proyecto es eso, un proyecto, que someto a consideración de la comunidad intelectual para el debate académico.

Juan Javier DEL GRANADO
*Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Nacional Autónoma de México*

⁸⁵ Grossi, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, Laterza, 1995; *El orden jurídico medieval*, trad. de Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Marcial Pons, 1996. Véase Pérez Martín, Antonio, *Historia del derecho europeo*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2013.