

refundido para el siglo XXI

Controversia 6

Con economía, la población intenta alcanzar sus fines con el menor gasto posible de medios,^A y procura la mayor acumulación de riqueza.^B Me atrevo a pensar que <riqueza> se refiere a la disposición en la población de cooperar. En esta era de inexorable mundialización económica, la riqueza permite al individuo obtener la satisfacción de los deseos propios gracias a la cooperación del prójimo *auf der ganzen Welt*. Hasta cierto punto, la riqueza supone una fuerza de negociación sobre la voluntariedad —el esfuerzo concertado de todos y cada uno de nosotros— para desarrollar el *know-how*, con base en el conocimiento que la sociedad ha acumulado desde tiempos inmemoriales, y para ponerlo a su servicio a fin de dar solución a la escasez. En una economía de mercado, la riqueza es un componente de medios para mantener y alcanzar los fines humanos. Así, el hombre

^A El barón Robbins, *An essay on the nature and significance of economic science* cap. 2 (1932).

^B El juez Richard Posner (1944-), *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, *Journal of Legal Studies* lib. 8 pág. 103 (1979); *The Economics of Justice* págs. 60-87 (1983); *Wealth Maximization Revisited*, *Notre Dame Journal of Legal Ethics and Public Policy* lib. 2 pág. 85 (1985).

Un libro de derecho del siglo XXV,

de carne y hueso se libera,^A mediante la tenacidad y el esfuerzo propios de la constricción de la escasez.^B

Comentamos al respecto que maximizar la riqueza *simpliciter* no es un fin en sí mismo, a no ser que maximice la probabilidad de que la población disponga de los suficientes medios económicos para conseguir complejos fines propios. Por ello, el carácter instrumental de los medios económicos atañe directamente a la cuestión de la distribución de riqueza. Damos por sentado que es posible encontrar una fórmula para impulsar la cooperación humana, que nace de una fructífera e insólita relación de carácter estratégico; no se puede negar que esta cooperación

^A Stigler, Wealth, and Possibly Liberty en *The Journal of Legal Studies* lib. 7 pág. 213 (1978).

^B Ante el vertiginoso avance tecnológico que define la época actual, puntualicemos que el producir valor privado y social es el acto revolucionario *par excellence*. Al liderar en los siglos XII-XIII y XVIII-XIX las revoluciones jurídica e industrial, las clases burocrática —la cual a Marx se le olvidó por completo— y burguesa establecieron el buen gobierno y ampliaron la productividad de la sociedad. Así, la noción marxista decimonónica, que veía en la clase obrera al sujeto revolucionario, perdió de vista muy pronto la evolución real de esa clase cuyas reivindicaciones y luchas reformistas le habían procurado, ya a fines del siglo XIX, la consecución de un avance social notable. Cfr. Eduard Bernstein (1850-1932), *Die Voraussetzungen des Sozialismus und die Aufgaben der Sozialdemokratie* (1899).

refundido para el siglo XXJ

permite a la población hacer frente a los problemas acuciantes de la vida, sobre la base del envío de sucesivas señales político-jurídicas para aplacar la violencia, precisamente, como veremos a propósito en nuestro estudio del estado de derecho y del orden de pandectas, para facilitar y apoyar de forma debida los procesos de negociación en el mercado.



Cabe resaltar que cualquier acuerdo entre los integrantes de un grupo que desean maximizar su riqueza debe otorgar a cada individuo los derechos de acceder a, por lo menos, una porción de bienes igual a la que podría arrebatar si usase su fuerza o capacidad de violencia. Dentro de un grupo, puede acordarse que los bienes se distribuirán entre ellos a partir de cualquier principio, ya sea en forma igualitaria o mediante el otorgamiento de una mayor proporción a aquel que es más veloz, a aquella que es más atractiva, o incluso a quien es más productivo. Puede que, por decirlo —teniéndose una norma social *τοῦ καλοῦ καὶ δίκαιου*— se aclare que *pacta sunt*

Un libro de derecho del siglo XVIII

servanda.^A Sin embargo, si a alguno de ellos le correspondiere menos de lo que podría sacar si emplease su fuerza, éste dejaría de lado el acuerdo y se llevaría la parte del león.^B Cada cual puede ver que, al flexionar los músculos^C, la modélica economía de John Umbeck (1945-) termina por corroborar lo que dijo Trasímaco en la *Πολιτεία* (370 A. de J.C.) de Platón: el poder de decisión colectiva termina por coincidir con el poder del más fuerte, «τοῦ κρείττονος συμφέρον». ^D Las relaciones de mera fuerza, que no pueden dejar de subsistir, se transforman en relaciones de derecho; la norma jurídica tiende a ser sustituida por el derecho del más fuerte. Nada extraño si aceptamos el principio nietzscheano «*in dem furchtbaren*

^A O «*aliena rapere conuincitur, qui ulera necessaria sibi retinere probatur,*» *Concordia discordantium canonum* dist. 42 cap. 1; nótese el origen en el derecho canónico de la frase de que la propiedad privada es un robo, que se atribuye a Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865), *Qu'est-ce que la propriété?* (1840). Ya veremos más adelante cómo el derecho canónico malogró al derecho romano, sembrando una confusión de manicomio en el *ius commune*.

^B La ley de la jungla, Esopo (590-520 A. de J.C.), *Μύθοι* (560 A. de J.C.)

^C Might makes rights: a theory of the formation and initial distribution of property rights en *Economic Inquiry* lib. 19 pág. 38, 40 (1981).

^D *Πολιτεία* lib. 1

refundido para el siglo XIX

Gespräche der athenischen und melischen Gesandten»;^A
 según la advertencia de los atenienses a los melios que
 esbozó Tucídides (472-396 A. de J.C.): los fuertes
 hacen todo lo que está en su poder y los débiles ceden,
 «δυνατὰ δὲ οἱ προέχοντες πρὸς σπουσὶ καὶ οἱ
 ἀσθενεῖς συγχωροῦσιν».^B

La creación de riqueza, la fuerza creadora en lo
 económico, no puede separarse de debates en torno a
 su distribución ni mucho menos de los marcos jurídico
 y político de la sociedad basados en la violencia; esto
 está fuera de toda duda y discusión.^C De modo que,
 para comprender cómo serán distribuidos los recursos
 de una sociedad, bien entre los individuos, bien entre
 los grupos o clases que la integran, debe sopesarse la
 habilidad variable para usar la fuerza. La inclinación de
 la población a establecer nuevas relaciones o normas en

^A *Menschliches, Allzumenschliches* lib. 1 pág. 92 (1878).

^B *Ιστοριαί, ξυνέγραψε τὸν πόλεμον τῶν Πελοποννησίων καὶ
 Ἀθηναίων* lib. 5 (396 A. de J.C.).

^C Es preciso advertir que una norma social no puede decirse
 que existe, en la acepción puramente positiva del término, a no
 ser que sea mínimamente efectiva, Cooter, *Decentralized
 Law for a Complex Economy: The Structural Approach to
 Adjudicating the New Law Merchant*, *University of
 Pennsylvania Law Review* lib. 144 pág. 1643, 1664 (1996).
 Cooter modela la moral sobre la eficacia de los mecanismos
 informales de repartición del castigo social.

Un libro de derecho del siglo XVIII,

la sociedad depende de la capacidad que tenga para usar la violencia. Alexis de Tocqueville (1805-1859) otorga bastante importancia a este factor. En las notas que preparaba para escribir un segundo volumen de *l'Ancien régime et la révolution*, dijo: «*Une révolution profonde dans l'art de la guerre: C'est une des grandes caractéristiques de la Révolution française. Un grand chapitre sur ceci*». ^A A partir de esta época, los avances en el desarrollo της τέχνης του πολέμου han logrado que exista una mayor igualdad entre la población. En la lucha darwiniana por la supervivencia, estos avances bélicos llegan a estar, tarde o temprano, al alcance de todos. Desapareció la coyuntura de la hueste de conquistadores, a caballo y cubiertos con corazas, que batía a diez mil indios: «Y en verdad, que no fue por nuestras fuerzas, que éramos pocos, sino por la graxia de Dios que es mucha». ^B Michel de Montaigne (1533-1592) utilizó el termino «*imechaniques viles victoires!*» para describirla. ^C El fenómeno actual de la igualdad, si bien no se manifiesta en el campo de batalla, por lo

^A *L'Ancien régime et la révolution lib. 2 (1859).*

^B Anónimo, *Conquista del Perú llamada la Nueva Castilla (1534).*

^C En un ensayo lleno de envidia insana, *Des Coches, lib. 3 ens. 6 (1588)*. Resurge entonces la leyenda negra de la Conquista. La visión negativa y despectiva de la península ibérica, cultivada en el resto de Europa, fue una maniobra propagandística propiciada por los estados rivales.

refundido para el siglo XXJ

menos se refleja en el escenario urbano y rural de la lucha de clases.^A Con ello, el número de hombres militantes en cualquier movimiento ha ido adquiriendo cada vez mayor importancia. De esta observación experimental deducimos el siguiente principio, que sustenta las relaciones de poder de una democracia: en toda conflagración social, la mayoría es la que predomina.^B

Cabe trasladar este principio a los términos de la teoría de señales. Para hacer <creíble> la amenaza de uso de la fuerza, es más efectiva la proclamación que emite la mayoría de la asamblea de representantes del pueblo que la coacción de un grupo de terroristas en función de una docena de atentados con bombas. Vaya por delante nuestra firme convicción de que la violencia social rara vez constituirá una amenaza creíble.^C El

^A William McNeill (1917-), *The Pursuit of Power: Technology, Armed Force and Society since A.D. 1000* (1982).

^B Esta última precisión supone un dato positivo y verificable aun si no por las simulaciones en el laboratorio: se ha demostrado empíricamente a lo largo de la historia y está apoyada por hechos observables tan bien comprobados como los sucesos capitales de la Revolución Francesa. Cfr. Georges Lefebvre (1874-1959) *La Révolution française* (1951); Albert Mathiez (1874-1932), *La Révolution française* (1922).

^C Reinhard Selten (1930-), Spieltheoretische Behandlung Oligopolmodels mit Nachfrageträgheit, *Zeitschrift für die Gesamte Staatswirtschaft lib.* 121 pág. 301, 667 (1965); Reexamination of the Perfectness Concept for Equilibrium

Un libro de derecho del siglo XXV,

recurrir a la violencia contra la sociedad, proceso negativo de carácter destructivo que desencadena lamentables sucesos, así como tragedias personales y colectivas, es costoso para el actor social, que no ha podido lograr su objetivo, sin tener en cuenta que, al perdurar la situación de ruptura violenta, la sensibilidad de la población a la misma disminuye, en tanto se detiene su actividad económica, como habíamos señalado al comienzo del libro.

El presente estudio se encuentra vinculado al análisis que hace Eric Posner (1965-), relacionado con el ejercicio del voto, a pesar de que sólo habrá una pequeña probabilidad de que un voto pueda influir decisivamente en los comicios. «*The signal here is the act of voting in the voting booth, not the vote in favor of one person or another*».^A Sin embargo, es preciso reconocer que nadie puede afirmar seriamente que las

Points in Extensive Games, *International Journal of Game Theory* lib. 4 pág. 25 (1975). No consideramos el grado de la violencia, sino lo fundamental de su efectividad, en el valor de la amenaza. *Une interprétation au contraire les différents modèles proposes par James de Nardo* (1949-), *Power in Numbers, The Political Strategy of Protest and Rebellion* pág. 35-40, 188-228 (1985).

^A Law and social norms 22 (2000); Symbols, Signals, and Social Norms in Politics and the Law, *The Journal of Legal Studies* lib. 27 pág. 765 (1998); Símbolos, Señales y Normas Sociales, *Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* lib. 2 (2007).

refundido para el siglo XXJ

elecciones no sirven para lo que en principio están destinadas: llevar al poder por la vía democrática a los representantes de las mayorías políticas. Ése es precisamente el aspecto sobre el que hacemos mayor hincapié en este estudio, y en todo caso la moción votada por mayoría en la asamblea representativa resulta una señal clara y fácil de entender que una mayoría de la población ha apoyado la iniciativa. La mayoría, segura que prevalecerá y que tendrá la victoria en su poder, se animaría a lanzarse a la aventura y se aprestaría a recurrir a la violencia. La verdadera fuerza de la mayoría es implícita y se funda en la legitimidad de lanzar la amenaza contra la minoría que, mediante el uso de la jerga de la teoría de juegos, se hace «creíble» en previsión al no sorprendente resultado de una lucha social. Bajo tales condiciones, parece ser que la sociedad no tiene otra salida que rendirse ante lo inevitable. Sólo así se logra evitar que la ruptura violenta se desencadene entre la población. Lo anterior implica, repetimos, la aceptación de lo inevitable; la sociedad actúa como si aquel destino fuese inmodificable y, por ende, termina aceptando la iniciativa para atajar el paso avasallador de la violencia. Ahora bien, si el número de militantes apegados a una causa resulta indicativo del posible resultado de la lucha social, el concitar la casi unanimidad de la población será un presagio inequívoco de lo que va a ocurrir. Sin embargo, una causa rara vez podrá determinarse con la voluntad, voto o consentimiento de todos; por el

Un libro de derecho del siglo XVI

contrario, sucede que las más veces se adoptan las decisiones con el solo apoyo de la mayoría; *refertur ad uniuersos, quod publice sit per maiorem partem*.^A Así, la sola aplicación del principio de mayoría resulta suficiente para resolver un sangriento conflicto. Por ende, la sociedad contemporánea acepta el principio de mayoría, o al menos le presta conformidad, no por el carácter moral o la prudencia que demuestra, «*in quantum enim in ea sunt prudentes, habet prudentia et virtutem*»,^B sino por la banalidad del poder que reside en la mayoría para dominar por la fuerza a la minoría, «*In quantum autem multi habet potentiam*». ^C Al desnudar la legitimidad del principio de mayoría a sus características agónicas esenciales, demostramos que, en un conflicto social sobre un bien rival, existe comunicación entre las partes, y sugerimos que el razonamiento jurídico, reducido a su más elemental

^A Domicio Ulpiano (170-228), *ff. De diversis regulis iuris antiqui* l. CLX. Cabe destacar que esta frase fue arrancada de su contexto primitivo en el derecho privado, y transplantada al derecho público, por el docto tratatista de los Concilios del siglo XV, Francisco de Zabarella (1339-1417), *Tractatus de Schismate* (1408).

^B Pedro de Alvernia (1240-1304), *Questiones super politicum cap.* 13 (1275).

^C La celebre observación de Hannah Arendt (1906-1975) sobre la banalidad del mal, en *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* (1963), puede emparejarse con estas palabras.

refundido para el siglo XXJ

expresión, no es más que una orden investida de legitimidad puramente positiva —no planteada en términos del discurso racional o de ninguna racionalidad comunicativa,^A sino de una amenaza creíble del inminente uso de violencia— que es acatada por el receptor, que reacciona a la señal variable y acepta los términos dictados por el emisor a cambio de la paz.

En la literatura de apoyo a la legitimidad del principio de mayoría, mucho se comenta sobre el teorema del jurado de Condorcet.^B Sin embargo, dicho teorema, con un uso inexplicable de las <leyes de la probabilidad>, establece la pretensión epistemológica falaz de que la mayoría tiene una mayor posibilidad de poseer la verdad, a la vez que la trillada <Verdad> claramente no existe sino como una aspiración de corte racionalista innegable;^C cabe reconocer que la misma

^A El programa de investigación del filósofo alemán Jürgen Habermas (1929-), desarrollado a lo largo de su vida, constituye un descomunal desatino cuya evidencia nos duele enfatizar. *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus* (1973); *Theorie des kommunikativen Handelns* (1981); *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates* (1992).

^B Duncan Black (1908-1991), *The Theory of Elections and Committees* págs. 156-84 (1958).

^C Una de estas aporías es que el racionalismo moderno conduce a la producción industrial de la muerte, sea por los campos de

Un libro de derecho del siglo XXG,

monserga, como el resplandor del sol o la esencia misma de una proposición irrefutable, es capaz de imponer una tiranía que más bien sumirá al mundo en una etapa negra de su historia. No vamos a tratar indulgentemente a aquéllos que siguen la torcida ideología de que la inteligencia es un privilegio de pocos, que el conocimiento debe ser un bien reservado. Antes bien, hay un punto en el que las masas pasan a ser irreflexivas e irresponsables:^A en tanto carecen de una herramienta idónea para agrupar e integrar la información privada dispersa, y no concentrada, dentro de un grupo humano, lo que supone bien complejos mecanismos de agregación,^B capaces de centralizar una información disímil y desordenada, con el fin de evitar que el criterio individual cediese al instinto de manada. De esta manera, estamos llegando a constatar a principios del siglo XXI que tanto los mercados como la política y el derecho son mecanismos de incentivos y de comunicación, sin que por ello

concentración, los gulags o el gas Zyklon-B. La <Verdad absoluta> no existe y esto sí es absolutamente cierto.

^A El concepto <sociedad de masas> ha sido objeto de numerosos libros en el último siglo. Verdaderos clásicos, como *La rebelión de las masas* (1930) de José Ortega y Gasset (1883-1955), presentan las dinámicas más negativas de la conducta colectiva.

^B Considérese ese poderosísimo sistema descentralizado de información y asignación productiva que se llama sistema de precios.

refundido para el siglo XXJ

debamos pensar que el mercado, la política o el derecho operan exclusivamente con criterios de racionalidad discursiva.

En los últimos cuarenta años en el país del norte, han aparecido una gran cantidad de trabajos en el terreno de la elección pública. Desde una perspectiva economicista de grupos de interés, o grupos de presión, esta literatura parecería deslegitimizar, en el ámbito del derecho público, las principales instituciones del estado de derecho. La preocupación de esta literatura se centra en los problemas de agencia. En lugar de repetir la literatura existente sobre el tema, el análisis que presentamos no ahonda en los problemas de agencia. Pretendemos modelar el poder de la mayoría para legitimar de manera puramente positiva tanto el derecho legislativo como el judicial, mediante un análisis penetrante y sugestivo del conflicto humano en su agonal y lúdica realidad. Las principales instituciones que crean las leyes de la sociedad pueden modelarse sin recurrir a legisladores elegidos por el sufragio popular o jueces que no lo son. Y por si alguien albergara alguna duda al respecto, *der Landesgemeinde* suizo ó *το δικαστήριο* ateniense constituyen ejemplos aleccionadores. Al dejar de considerar a los agentes de poder, quedan reveladas con total claridad las relaciones de poder que subyacen en la sociedad.

Un libro de derecho del siglo XIX,

Pero volvamos atrás: si la capacidad de violencia *a main armée* de las clases mantiene las relaciones de poder, ¿cómo llega la sociedad a prescindir de la violencia? La pregunta podemos formularla de otra manera: ¿de qué modo aplacamos la violencia de los demás? La paz es un ideal que todos deseamos. Respecto a ella, en la Iberoamérica del siglo XIX, el intelectual altopereño, Luis Mariano Guzmán (1834-1901), propone: «La paz no se predica, ni se pregona. La paz es un modo de ser social; es la manifestación más significativa del bienestar general. Donde el individuo sufre, nunca habrá paz, a pesar de todas las modificaciones oficiales, de todos los discursos, de todas las homilías de la prensa, por boca de sus más acreditados oradores».^A

De modo que, para evitar que un individuo nos agravie, será necesario proporcionarle dinero. Sin embargo, si hubiera que sobornar a todos y cada uno de los individuos de la comunidad para que no nos agraviaran, ninguna cantidad de dinero que consiguiéramos reunir sería suficiente para contenerlos, puesto que cada uno de los individuos trataría de exigir de nosotros todo lo que tenemos.^B

^A *Bolivia y sus disensiones intestinas* 65 (1874); *Estudios sobre la paz en Bolivia* (1876).

^B En el ejemplo no hay exclusividad donde todos los individuos son capaces de agraviarnos y se plantea el problema

refundido para el siglo XXJ

Tendríamos que regatear con cada individuo y jamás dispondríamos de la suficiente cantidad de dinero como para realizar la transacción con todos los componentes de la sociedad. Frente a esta realidad, lo que necesitamos es una institución que nos lleve a conseguir un acuerdo de paz, con las concesiones que se requieran. Planteamos que el sistema de gobierno mayoritario permite dispersar la amenaza de violencia a la que nos enfrentamos, proveniente de la comunidad entera, mediante la realización de un número limitado de transacciones con un poder único: una reducción de los costes de transacción.^A El gobierno de la mayoría monopoliza las relaciones de poder, lo que resuelve el problema estratégico que enfrentamos, y sirve para establecer el mercado de la paz.

Hemos constatado que la paz social está vinculada a los derechos y a las transacciones económicas. Por consiguiente, partamos de la fórmula propuesta por Ronald Coase (1910-) en *The Problem of Social Cost*,^B quien desde la perspectiva del economista nos ofrece dos análisis agudos: primero, que el concepto de daño es recíproco, y segundo, que los derechos son en

estratégico que el pago dado a un individuo no aleja la amenaza que tenemos por parte de los demás.

^A El gobierno se instituye, justamente, a fin de que se reduzcan los costes de transacción, y no para ocasionar los mismos.

^B *The Journal of Law and Economics* lib. 3 pág. 1 (1960).

Un libro de derecho del siglo XVI

realidad factores de producción.^A Si estos conceptos nos resultan confusos, para dejar en claro nuestro parecer, señalemos la nomenclatura, e incluso demos un sentido más amplio al lenguaje económico que emplea Coase.^B Para revelar las ideas en que Coase se extiende, así como aquéllas que no consiguió desarrollar, vamos a apuntar la siguiente terminología. En primera instancia, en la noción de daño, Coase encuentra implícitos tanto costos como beneficios. Por medio de este análisis, hallamos evidente, al igual que Coase, que el daño es *recíproco*. Cualquier individuo que infringe mi derecho me ocasiona un daño; cuando yo, en uso de mi derecho, lo excluyo a él, también le causo un perjuicio, al privarle de sacar provecho de una actividad económica. Sin embargo, diferimos de Coase, en que no podemos aseverar que el daño sea *proporcionalmente recíproco*. Vemos en la realidad que los

^A En términos económicos, los derechos de propiedad autorizan a los titulares a excluir a otras personas de determinados factores de producción. Esta exclusividad permite a las personas que administren y multipliquen *suum res* y produzcan la riqueza social. Harold Demsetz (1930-), *Wealth Distribution and the Ownership of Rights*, *The Journal of Legal Studies* lib. 1, págs. 223, 229-32 (1976).

^B El Doctor Angélico, al seguir al Estagirita en tantos puntos, se anticipa al análisis económico de los derechos de propiedad que abordamos más adelante, cuando recalca «*potestatem procurandi et dispensandi res*», *Summa Theologiæ prima secundæ* *quest. 66* (1266).

refundido para el siglo XXJ

beneficios de una actividad productiva tienden a estar más concentrados, mientras que los costos tienden a estar más dispersos, a través de las propiedades.^A Por ejemplo, el ruido generado por el funcionamiento de una planta industrial, al dispersarse por el aire, traspasa los límites de la propiedad en que ésta se encuentra y constituye una molestia para la población que vive en los alrededores; asimismo, la actividad de la planta produce gases que contaminan el medio ambiente en que todos coexistimos.^B El hecho de que los beneficios estén concentrados explica que éstos se puedan aprehender. En el ejemplo anterior, si la actividad es el ensamblado de partes metálicas, una vez finalizada queda un lote de máquinas que tienen un determinado valor. Si los costos estuviesen concentrados, podrían ser aprehendidos y pagados por aquella persona que genera una actividad productiva. Si volvemos al ejemplo, el ruido y los gases, por ser volátiles, se dispersan y no existe ninguna forma de evitar que sean producidos; *hæc apprehensio difficilis est*. Que los costos de una actividad productiva no sean aprehendidos por su causante, y que la sociedad en general deba cargar

^A Hagamos un distingo entre externalidad en donde hay divergencia entre los costos e ingresos sociales y privados, y la externalidad económica.

^B Abrevando en las pandectas, nos encontramos con el famoso caso de la fábrica de quesos, *ff. De rescindenda venditione et quando licet ab emptione discedere l. XVIII*.

Un libro de derecho del siglo XIX,

con el perjuicio, supone la destrucción de la *reciprocidad proporcional* entre el daño social-privado. Los costos y beneficios privados, antes que los costos y beneficios sociales, sirven de catalizador de la participación particular en actividades productivas del sector privado. Cuando los costos no son aprehendidos resulta una externalidad negativa. Ésta no existiría, está claro como el agua, si los costes de transacción fuesen nulos y si pudiéramos pagar a los demás por soportar los costos dispersos como consecuencia de la actividad.

El análisis económico que estudia las externalidades es *eine galileische Revolution der marxistischen Kategorien der Entfremdung*.^A *Mit anderen Worten: Hat der Marxismus sein Ziel erreicht—und jegliche Relevanz verloren*. Cabe destacar que el concepto marxista de alienación no tiene sus orígenes en Hegel. Un concepto teológico va al fondo del problema de la enajenación: se plantea la distancia entre Dios y el hombre. Ahora le otorgamos un significado económico, quizás más preciso que el del marxismo vulgar de antaño, vigente durante casi toda la centuria pasada en Iberoamérica. Debido a los costos externos, la población se enajena

^A Para una descripción profunda de la revolución de Galilei (1564-1642) en la física, cfr. Edmund Husserl (1859-1938), *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie: Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie* (1936).

refundido para el siglo XXJ

de la propia actividad productiva; no existe capacidad económica para asegurar que el mercado satisfaga los requerimientos que tenemos. En ese sentido, la enajenación resulta del fracaso del mercado, de la externalidad, de la divergencia entre los costos social y privado, y es preciso señalar que es necesaria la intervención estratégica del aparato coercitivo del estado para que la sociedad avance —aunque aquél a menudo no cumpla, como nos recuerda toda la literatura de elección pública, con los fines para los cuales fue instituido y que determinan su legitimidad—.

Coase concluye su ensayo, y la sección que a su parecer es más crucial a su pensamiento, al escribir sobre *le laissez-faire* y sobre diferentes concepciones del mundo ideal. El planteamiento de Coase, como no logra extenderse en el análisis en virtud del cual los beneficios de una actividad productiva están más concentrados que los costos, es incapaz de aclarar la regulación pública de los derechos de propiedad. Al ser incapaz de resolver una cuestión que halla inconveniente, opta por eludirla. «*The whole discussion is irrelevant*», concluye. Sin embargo, como *mein Lehrer* Cooter aclara,[^] —al tratar la negociación sobre los derechos o la lucha por los mismos como un coste de

[^] Cfr. The Cost of Coase, *The Journal of Legal Studies*, lib. 2 pág. 1 (1982) y la respuesta de Coase en *The Firm, the Market and the Law* pág. 162 (1988).

Un libro de derecho del siglo XVIII,

transacción— Coase difiere su análisis y estudio, «*postpones analysing it*».^A Muchas situaciones económicas se caracterizan por la interacción estratégica, y Cooter sugiere que la teoría de juegos es un instrumento idóneo que permite analizar esta interacción.

Puede decirse que, en los últimos años, la «teoría de juegos» ha logrado un avance que representa un salto enorme en el análisis de los conflictos en los que está inmerso el quehacer social. La teoría de juegos tuvo como inspiración la discusión *De bello et ludis* de san Isidoro de Sevilla.^B Sin embargo, cabe destacar que hasta la publicación del libro *Theory of Games and Economic Behavior* (1944) de John von Neumann (1903-1956) y Oskar Morgenstern (1902-1977) no aparece el instrumento de análisis para las situaciones generales.^C La virtud de la teoría de juegos es la elevación de la contingencia decisoria, enraizada en la temporalidad, al universo atemporal y descontextualizado de las matemáticas, ese reino de las exactitudes. Cabe destacar que la teoría de juegos adolece de algunas deficiencias insalvables, endémicas en el pensamiento económico de hoy en día, como la

^A *Law and Unified Social Theory*, en pág. 53.

^B *Originum seu Etymologiarum Libri viginti lib.* 18.

^C *Zur Theorie der Gesellschaftsspiele, Mathematische Annalen lib.* 100 págs. 295-320 (1928).

refundido para el siglo XXJ

falta de una buena teoría de la elección racional bajo incertidumbre. Pero, si tomamos debida cuenta de las limitaciones inherentes a la metodología que estamos empleando, sus modelos resultan útiles y esclarecedores sobre las situaciones estratégicas. La economía neoclásica parte del positivismo lógico del Círculo de Viena, cuya reducción del conocimiento a conocimiento científico ha prohibido propasarse de los límites de lo verificable por la experiencia y, de paso sea dicho, ha dejado a la filosofía sin una región ontológica propia como se refleja en la filosofía analítica en la actualidad. Así, Milton Friedman (1912-2006) establece fehacientemente que los esquemas explicativos de la economía, en sí, no tienen ni contenido ni correspondencia alguna con la realidad; son sólo una reducción abstracta o valoración simplificadora de la realidad que sirve para hacer predicciones que luego deberán someterse a la verificación empírica.^A Esta metodología, rigurosamente aplicada, es lo que marca la diferencia entre el ámbito de la economía y el de la sociología. Por ello, convenimos en que los esquemas explicativos de la teoría de juegos son útiles en tanto arrojan predicciones que puedan verificarse empíricamente.

^A Para una enunciación ya clásica del método de la economía positiva véase *The Methodology of Positive Economics*, en *Essays in Positive Economics* págs. 3-43 (1953). Desde luego, la ciencia que más avanza es la ciencia positiva porque está sujeta al examen de la evidencia y de la propia comprobación.

Un libro de derecho del siglo XXV,

Vale la pena subrayar que la teoría de juegos no tiene como objetivo principal aconsejar nada sobre el comportamiento individual; trata de la acción probabilística en los microgrupos para la obtención de ventajas máximas y de los conflictos de interés que se pueden formalizar en el tiempo y a los que se puedan aplicar presupuestos de la economía neoclásica; cabe destacar que toda una rama de la <teoría de señales> extiende el mismo análisis a los macrogrupos.^A

La serie de situaciones parcialmente hipotéticas que expone Coase constituyen, en términos de la teoría de juegos, un caso limitado de un juego de negociación bilateral, en el cual se cumple estrictamente el supuesto de la información asimétrica, y por ello debe existir algún mecanismo institucional que nos permita dar una solución a este problema estratégico. Según nos refiere la nomenclatura de Coase, las partes están enfrentadas sin solución aparente con una situación de altos costes de transacción, y el mecanismo institucional

^A La teoría de señales se establece en el contexto de la educación superior. Andrew Michael Spence (1944-) concluye que no es posible explicar el salario más elevado en el mercado laboral de los recién titulados por el valor económico del conocimiento que adquieren en la universidad. En cambio, sostiene que, al titularse, están enviando una señal <creíble> a eventuales patrones sobre sus aptitudes. Job Market Signalling, *Quarterly Journal of Economics* lib. 87 págs. 355-74 (1973); *Market signaling: informational transfer in hiring and related processes* (1974).

refundido para el siglo XXJ

conducente al arreglo del problema estratégico deberá ser la decisión del tribunal competente que zanje la controversia. Coase también conceptualiza una situación de bajos costes de transacción, aunque no logra aportar a la discusión, con un mínimo de rigor, ejemplos paradigmáticos de tal situación. Las operaciones voluntarias en el mercado, tan cotidianas que pasan inadvertidas, tal vez le resulten difíciles de reducir a un paradigma esquemático. Sin embargo, estas operaciones en el mercado presentan un caso amplio de un juego de negociación bilateral, en el cual también se cumple estrictamente el supuesto de la información asimétrica, y debe existir algún mecanismo institucional que nos permita dar una solución a este problema estratégico; sólo que aquí el mecanismo institucional, como aclara Cooter, será el mercado competitivo dentro del marco jurídico. Aunque Cooter omite revelarlo, el análisis parte de los presupuestos del teorema de Myerson-Satterthwaite, que aparece como contrapunto al antecedente teorema de Coase.[^] La teoría económica, desde hace apenas un par de años, empezó a analizar este tema de una manera más sistemática y con creciente precisión: la maximización del bienestar entre productores y consumidores en condiciones de competencia perfecta

[^] Véase Roger Bruce Myerson (1951-), Efficient Mechanisms for Bilateral Trading, *Journal of Economic Theory* vol. 29 págs. 265-281.

Un libro de derecho del siglo XXV,

normalmente lo resuelve el mercado con el apoyo del derecho. Por ello, este libro se encauza en la preocupación de advertir todos aquellos mecanismos, no sólo del estado de derecho, sino del orden de pandectas, que superan las asimetrías de información.^A

La economía neoclásica no es el ensalzamiento del mercado, sino algo distinto: es el estudio de cómo dedicar recursos escasos a fines alternativos. Irónicamente, al abordar las complejidades de la interacción estratégica, la matematización no permite ostentar una mayor certeza porque se generan, no un equilibrio único, sino equilibrios múltiples,^B y es imprescindible que esté establecida la dependencia de los pasos en el sendero de la historia para fijar el equilibrio. Desgraciadamente, algunos autores intentan sacar a colación críticas de la economía del equilibrio. Lejos de ser el fin de la economía neoclásica, ésta pasa a poseer un conjunto de herramientas recias, para analizar una realidad contradictoria, ajena a las verdades únicas.

^A La teoría de diseño de mecanismos, que pasa a ser la generalización de la teoría de juegos, pone de manifiesto, con toda claridad, cómo el derecho privado —sin la intervención del estado— hace posible un orden social heterárquico y un mercado descentralizado.

^B Thomas Schelling (1921-), *The Strategy of Conflict* págs. 53-80 (1960).

refundido para el siglo XXJ

Volvamos al anticuario en el histórico barrio de San Telmo, en busca de algún objeto extravagante de una época pasada. Allá, entre arañas de cristal y portarretratos, se ve claramente una vitrina que ostenta una máquina de escribir antigua: no deja de ser interesante la historia del teclado <qwerty> —llamado así por ser las primeras letras del teclado de izquierda a derecha—. Si vemos la segunda fila del teclado, advertiremos la siguiente secuencia: <dfghjkl>, una cadena de consonantes, que no incluye las primeras tres del alfabeto. El concepto original del teclado fue el de ordenarlas, cabalmente, en una secuencia alfabética. Pero, ¿por qué se dispersaron las letras más comunes a sitios lejanos? Con el fácil acceso a estas letras, curiosamente, se alcanzaba una velocidad excesiva, la cual provocaba un desastre mecanográfico: los brazos de la máquina no tenían el tiempo necesario para regresar a su lugar de reposo y se atascaban. Cabe resaltar que ha habido muchos intentos por reemplazar el teclado <qwerty>. De hecho, en 1932, se diseñó uno nuevo conocido como <teclado simplificado Dvorak> que demostró ser ligeramente mejor que el teclado tradicional. ¿Quién se va a molestar en utilizar otro más eficiente, si tan sólo sirve para mejorar, ligeramente, la rapidez de escritura? Valga la oportunidad para reflexionar en el sentido de que, si el ahorro de tiempo fuese más significativo, la gente hubiese adoptado el nuevo teclado. En la actualidad, encontramos que este ejemplo es mal utilizado para

Un libro de derecho del siglo XXV,

sugerir que el mercado no es capaz de producir un resultado eficiente, y que la dependencia de los pasos en el sendero de la historia nos conduce a uno u otro equilibrio que no es necesariamente el mejor.^A Pero ¿quién tendrá la incalificable osadía de asegurar qué es lo óptimo? Esto nunca dejará de ser producto de la elección subjetiva individual de medios y fines con la inversión comprometida en el sendero que hasta ahora se ha recorrido.

A partir de la revolución ordinalista registrada en la década de los años treinta, la tradición hicksiana optó por rehuir a los sistemas cardinales de análisis matemático, y la gran debilidad de la teoría de juegos es la reintroducción de los sistemas cardinales.^B La teoría de juegos, y muchas otras ramas de la microeconomía, hoy en día no respetan la tradición hicksiana. En la actual etapa de quiebre de los paradigmas, la escuela de Chicago requiere reforzar la mirada a sus principios que se encuentran

^A Paul David (1934-), *Clio and the Economics of Qwerty*, *American Economic Review* lib. 75 pág. 332 (1985); Stan Liebowitz (1950-), *The fable of the keys*, 33 *The Journal of Law and Economics* 1 (1990).

^B Cabe precisar que, en la teoría de la elección bajo incertidumbre de Neumann, las predicciones no son invariantes ante cualquier transformación monótona creciente de la función de utilidad. Cooter, *Were the Ordinalists wrong about Welfare Economics?*, *Journal of Economic Literature* lib. 22 pág. 507 (1984).

refundido para el siglo XXI

perfectamente fundamentados en un *ranking* ordinal de la preferencia revelada como el indicador más efectivo de la utilidad individual. No por algo es dable constatar que el esquema explicativo que menos éxito ha tenido en la economía experimental es la teoría de juegos, que ha errado en casi todas sus predicciones.^A

La cooperación está caracterizada por una interdependencia estratégica. El análisis de Myerson-Satterthwaite trasciende al de Coase, y configura un panorama de innovación en economía. El presente trabajo sigue a Myerson y atiende el llamado de Cooter a un análisis económico del derecho público.^B Y busca ahondar en un nuevo análisis económico del derecho privado. Al revalorizarse lo jurídico con el teorema de Myerson-Satterthwaite, hay que advertir que pasamos del análisis económico del derecho, al análisis jurídico de la economía. No es posible una economía de mercado con el mecanismo de precios sin la esfera jurídica en la que el derecho de bienes y el

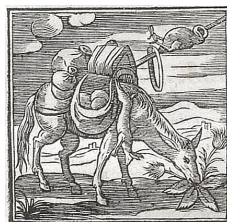
^A Pero no deja de ser una construcción teórica que sí aporta luces sobre el comportamiento estratégico y el desenvolvimiento de las instituciones. Así, el <dilema del prisionero> ha pasado a ser una de las cuestiones filosóficas y políticas centrales de nuestro tiempo.

^B The Minimax Constitution as Democracy, *International Review of Law and Economics* lib. 12 pág. 292 (1992). James Buchanan (1929-), Markets, States, and the Extent of Morals (in Critique of Our System), *The American Economic Review* lib. 68 pág. 364 (1978).

Un libro de derecho del siglo XXV,

derecho de obligaciones, más las instituciones de apoyo a la intermediación comercial y financiera, operan como sistemas de comunicación y de incentivos, que superan las asimetrías de información y afianzan la compatibilidad de incentivos.

Si bien en el presente apartado hemos formulado un nuevo esquema explicativo de la señal política, queda todavía pendiente la tarea de elaborar un esquema propio de descripción de la señal jurídica por medio del análisis temporal, mediante la teoría de juegos, para vislumbrar el distingo entre una <señal sincrónica política> y una <señal diacrónica jurídica>. La dimensión temporal encauza nuestros actos, de ahí que el hombre de carne y hueso reflexione acerca de su pasado y de su futuro y tienda puentes de entendimiento entre generaciones distantes, ora en la memoria colectiva, ora en el razonamiento jurídico. Antes de abordar dicho análisis estratégico de la norma jurídica, desarrollemos con mayor amplitud el análisis económico de los derechos de propiedad y de su regulación pública, que aporta novedad y frescura a algunos términos tan trillados y maltratados en el ámbito del derecho.



refundido para el siglo XXJ

Estas dos palabras de <tuyo> y <mío> proferidas, en el discurso a los cabreros,[^] por el Caballero de la Triste Figura —aquel prodigio salido de la pluma de Miguel de Cervantes Saavedra (1547-1616)—, no deberán quedarse en la mera abstracción, sin hacer patente, concreto, ese bullir de relaciones que los elementos lingüísticos contraen al ser actualizados en el idioma jurídico.



[^] *Segunda parte del ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha* cap. II (1615); cfr. Rafael Álvarez Vigaray (1954-), *El derecho civil en las obras de Cervantes* (2001).