

DEL GRANADO, Juan Javier. 2018. *De iure civile in artem redigendo. Nuevo proyecto de recodificación del derecho privado para el siglo XXI en Latinoamérica y el Caribe (desde el análisis económico del derecho)*, México: UNAM.

Para la recensión de esta obra comenzaré con una descripción, seguiré con un breve planteamiento de lo que en mi opinión la motiva y terminaré con una revisión y juicio de sus contenidos.

Este libro se compone de una parte preliminar y del proyecto propiamente dicho. En la parte preliminar se encuentran el proemio, escrito por el eminentе romanista colombiano-hispalense Fernando Betancourt Serna, autor de uno de los mejores libros de texto de derecho romano disponibles en lengua castellana (2010), además de un novedoso estudio sobre el libro *De interdictis* (1997) en el cual recupera la metodología planteada por Ernst Levy para el estudio *ad hoc* de las *Pauli Sententiae* y lo aplica a esta otra fuente de derecho romano. Aquí, el prologuista se ocupa de la tradición de la enseñanza del derecho romano y de la sistematización del derecho civil en la forma de Código. El texto es breve, pero claro y erudito.

Siguen los agradecimientos, y luego la nota introductoria (en realidad llamada “Estudio introductorio en donde se explican su naturaleza y los propósitos del autor”). En ésta se plantea una historia de los estudios de *L&E* (*Law & Economics*, o AED, esto es análisis económico del derecho), y con ello en buena medida el basamento teórico en el que se funda el proyecto. Indica, asimismo, posibles adaptaciones, celebra la eficiencia del derecho romano y señala los antecedentes del proyecto concreto.

En la segunda parte, la del proyecto en sí, se plantea el articulado concreto. Como se advierte por el propio título de la obra, *De iure civile in artem redigendo. Nuevo proyecto de recodificación del derecho privado para el siglo XXI en Latinoamérica y el Caribe (desde el análisis económico del derecho)*, principalmente en la parte final, el contenido mismo está visto y ajustado conforme a los postulados del análisis económico del derecho (AED), pero con un sustrato importante de derecho romano. La exposición recupera numéricamente la tripartición, pues se divide en tres libros, a saber: libro I *De las personas y el*

patrimonio, libro II *De la propiedad y sus cambios* y libro III *De las obligaciones y de la intermediación comercial, financiera y bursátil*.

Para valorar adecuadamente esta obra, creo menester señalar que se inscribe directamente en el seno de la discusión de la crisis por la que atraviesa el derecho civil, misma que fue denunciada (como recuerda Fernando Betancourt en el proemio que abre la obra) por Álvaro D'Ors (1952; 1973). Por ello, son forzosas reflexiones de diversos niveles.

Dicha crisis se presenta de manera amplia. Se advierte, lo mismo como síntoma que como una casi espontánea manera de solucionarlo, a través del fenómeno de la hiperconstitucionalización. En el contexto mexicano, y por las características propias del juicio de amparo, pero acentuadas con las reformas de 2011, se comienza a advertir una veta creativa en los tribunales que reajustan y reinterpretan el derecho civil desde los conceptos y categorías que son propias del derecho constitucional o que son por lo menos ajenas al arsenal conceptual propio del derecho privado. En el mismo sentido, tribunales de otras partes amplían y a veces distorsionan categorías aparentemente consolidadas del derecho civil, dando lugar a nuevas instituciones o subcategorías que aíslan e independizan los (sub) sistemas jurídicos, u obligan a replantear el sentido de otras instituciones, ora por el contacto y asimilación de figuras procedentes de otros sistemas jurídicos, ora por buscar dar una solución novedosa a hipótesis anteriormente no contempladas.

Otra manifestación de la crisis se advierte en las propuestas, en buena medida aún pendientes de realización, sobre la denominada “justicia cotidiana”. Se trata de un modo provvisorio y que ataca un aspecto administrativo, pero que en mi opinión no concreta una solución sustancial, y que aún está pendiente en muchos aspectos.

Para enfrentar los retos que supone esta crisis, me parece que, adicional a lo señalado, existen dos propuestas con miras de completitud que pueden identificarse: por una parte, el neopandectismo, que recupera la experiencia jurídica romana y la aprovecha para reconstruir las bases interpretativas del derecho presente, procediendo cautelosamente; por la otra, el análisis económico del derecho (AED) o *Law & Economics* (*L&E*), que supone un método (o un conjunto de métodos) y el uso de herramientas económicas para reinterpretar el derecho, desde una base que llamaríamos “formal”. Dicha formalidad determinó que los estudios de

AED tuvieran un enfoque ahistórico,¹ o incluso, dada la generalización implícita, necesitara prescindir de los contextos y de la complejidad y particularidades materiales de las sociedades estudiadas, en buena medida determinado esto por su raíz universalista en los presupuestos liberales de microeconomía.

Acerarse a los estudios del AED supone una doble dificultad. Por una parte, supone una literatura bastante desarrollada, tanto en cantidad como en complejidad (ya que si bien en sus desarrollos iniciales, y quizás en los cuales tuvo mayor impacto, hacen uso de las matemáticas usuales de la microeconomía, desarrollos posteriores hacen uso de matemáticas más sofisticadas, por ejemplo, la teoría de juegos); por la otra, los principales desarrollos de este enfoque han sido realizados en los Estados Unidos, y lo han hecho sobre instituciones y problemáticas del *Common Law*, por lo cual resulta fundamental tener un conocimiento adecuado del sistema jurídico de referencia.² No obstante la penetración que desde hace algunos años los estudios de AED han tenido en los países de tradición jurídica romanística,³ en muchas ocasiones la aplicación suele ser meramente instrumental y señaladamente parcelada o parcializada.⁴ Para tener una visión global y sustantiva que permitiera ver una adecuada integración de los postulados del AED en un orden normativo, no había una obra adecuadamente comprensiva.⁵ En todo caso, desde una perspectiva cercana pero con significativas diferencias, lo cual la hace solo analógica y margi-

¹ Pero sólo “tuvieran”, ya que hay una moderna tendencia a acercar los estudios de *L&E* a derechos históricos y a la historia misma de derechos antiguos. Una revisión interesante de la progresión y cambio de los estudios del *L&E* y de su incursión en el estudio de los derechos de la antigüedad se encuentra en Maganzani (2018).

² El “AED al nacer en el commonlaw (*sic.*) no puede ser utilizado en un sistema de derecho continental...”, señala, por ejemplo, Rodolfo Armando Román Benites (2012).

³ “(El) movimiento AED se ha fortalecido, tanto en su país de nacimiento, como en otros países” señala Pierluigi Chiassoni (2013, 9) e indica “Véase por ejemplo los ensayos dedicados al AED en diferentes países de Europa que se encuentran en la *Encyclopedia of Law & Economics*, dirigida por B. Bouckaert y G. De Geest de la Universidad de Gand (<http://encyclo.findlaw.com/>)”. Allí, efectivamente, pueden encontrarse artículos como *L&E* en Italia, *L&E* en Serbia, etcétera. A ello se pueden agregar muchos trabajos, de los cuales refiero los de Jesús Antonio Bejarano (1999) y de Eleonora Rodríguez Lozano (2016).

⁴ Pienso, por ejemplo, en la tesis de Camilo Bernal García (2003), también a Hugo A. Acciari (2006); Diego M Papayannis (2009); J. Verón y F. Roldán Bulnes (2005); Francisco Marcos (2015).

⁵ Salvo que se considere Germán Coloma (1999).

nalmente equiparable, diversos escritos de Hayek y la obra de Bruno Leoni servían para establecer de una manera cabal el rediseño del derecho que supone el enfoque microeconómico supraordinado al derecho. Pero faltaba una visión concretizada, una “traducción” de los cálculos y de los presupuestos teóricos al plano normativo: un aterrizaje en el lenguaje mismo del derecho. Esto es, en buena medida, *De iure civili in artem redigendo*.

El lector que se acerque a esta obra encontrará un proyecto ambicioso y provocador. Lo sabe el autor y de ello previene en el “Estudio introductorio”. Cabe decir que, tratándose de un código, requiere de una lectura peculiar.

Así, puede ser leído sin más como código, según lo manifiesta en el título: esto es como uno que podría ser adoptado tal cual. La valoración individual que se realice, en consecuencia, dependería de estimar su articulado desde una interpretación sistemática. Posteriormente señala que podría ser tomado como “código modelo”. En esta última vertiente vendría considerarlo no alejado de esfuerzos semejantes de integración o de unificación del derecho civil, concretamente destinado a la región señalada en el título. Pero, en virtud de las grandes modificaciones que presenta respecto de la sistemática misma, es también posible verlo como un “modelo de código”, esto es una estructura desde la cual reentender y reconsiderar las instituciones mismas y su pertinencia dentro del sistema de derecho privado en la perspectiva de *L&E*. De ahí, pues, el título: *de iure civili in artem redigendo*, recordando a Cicerón, a la obra perdida de Cicerón que sistematizaba el *ius civile*.⁶ El punto no deja de ser interesante. La romanística ha insistido, por ejemplo, en la importancia que tuvo la ordenación muciana y luego la gayana, que toman como punto de partida en la ordenación de las materias (*prima pars potissima pars*), el primero la sucesión, y el segundo la persona. El orden es también sentido, y si se considera que el cambio de paradigma es tal que dicho orden es ya inoperante, deficiente o insuficiente, es también necesario que entre en consideración.

Por ello, creo que comprensivamente en buena medida puede estarse como una labor de traducción, no lingüística, sino de una “lógica operativa” a otra. Ello depende, desde luego, de una inversión de términos a los que ordinariamente estamos acostumbrados: esto es, que la finalidad de eficiencia económica no sea acogida en términos instrumentales

⁶ La noticia de esta obra es tomada de Gelio N.A. 1.22.7

sino fundamentales; diríase, pues, retomando a Polinsky, que la norma eficiente es necesariamente justa.

Había dicho anteriormente que el lector que se acerque a esta obra ha de enfrentarse con una pieza ambiciosa y provocadora. Lo primero porque, como señalaba, se propone dar una visión global no ya de las instituciones del derecho civil sino del conjunto —que se antoja inasible— del derecho privado;⁷ lo segundo, porque en la presentación de las materias hay continuas sorpresas. Llama la atención que se establezca el código complementado con el *Corpus Juris Civilis* y con la opinión de los especialistas del AED como el ordenamiento privado en sí.⁸ No es sorpre-

⁷ Esto nos lleva ya a considerar los contenidos mismos del proyecto. Por una parte, sigue la tendencia de recodificación, esta vez reabsorbiendo radicalmente las materias de derecho privado; en este punto, si se toma como modelo el Nuevo código civil y comercial de la nación argentina que reintegra el derecho comercial y el civil, la propuesta del autor hace lo mismo, pero incorporando el bursátil y el financiero. La aspiración común de la escuela del *L&E* por un derecho mínimo en tanto derecho de orden exógeno, se representa bien en el reducido número de páginas y la gran amplitud de materias comprendidas (a menos, claro, que se contabilicen también las del CJC).

⁸ Pues en el tema de la integración del derecho, el autor considera que el orden jurídico de derecho privado se integra por el Código (*i. e.* el código modelo *De iure civile in artem redigendo*) y se complementa por el *Corpus Juris Civilis*, la determinación de la interpretación de la norma queda determinada por lo que señalan los estudiosos del *L&E*.

Conviene pensar con cuidado que en ello hay de algún modo una inspiración, pero también una modificación del esquema romano, en la dicotomía *ius-lex/auctoritas-potestas...* En buena medida la distinción romana *ius-lex* parecería “análoga” (¿forzadamente análoga?) a la distinción establecida por Hayek (1994, 72) entre *kosmos* y *taxis*, esto es entre los órdenes espontáneos y los órdenes artificiales: “El orden creado que hemos denominado exógeno u ordenación puede también ser calificado de estructura, orden artificial u organización, término este último especialmente adecuado cuando se trata de un orden social dirigido. Por su parte, el orden autógeno o endógeno queda debidamente especificado mediante la expresión orden espontáneo. El griego clásico tuvo la fortuna de disponer de vocablos diferentes para designar estos dos tipos de orden *taxis* para el creado (por ejemplo, el orden de batalla), y *kosmos* para el espontáneo (término que originalmente aludía al adecuado orden de un Estado o de una comunidad)”. A dicho esquema dicotómico puede posteriormente encontrársele reinterpretado en las obras de Oakeshott (telecraci-nomocracia) y, con mayor precisión de Leoni (derecho-legislación), como bien advierte Fernando Escalante (2015) en su *Historia mínima del Neoliberalismo*. Aquí pues el código, como se lo entiende tradicionalmente, tendría que ser ejemplo de orden artificial, y los dictados del *L&E* como la visión del orden natural. Solo que este código es ya una traducción de dicho orden natural, y en todo caso aparece como presupuesto que el derecho romano de alguna manera lo sigue también. En consecuencia, parecería que existen órdenes naturales distintos y de distinto valor, que pueden entrar en conflicto. La prevalencia en todo

sa, por ejemplo, el amplio espacio dedicado a la propiedad, en proporción con otras materias. Sin embargo, cuando las materias se encuentran fuera del ámbito considerado habitualmente como mercado, su tratamiento es mínimo: familia, sucesiones, por ejemplo. En el título de familia, por decir, algunas instituciones son contractualizadas. Y los contratos en sí tienen un tratamiento peculiar: se rescata y reinterpreta la buena fe en clave de AED, se reincorpora al sistema la *stipulatio* como una herramienta para dar certeza y publicidad a lo contratado y se elimina el principio *rebus sic stantibus*. La función registral queda restringida a una plataforma digital en buena medida operada por el notariado, que ve así ampliado su margen de acción. El proceso, todo el proceso, es reemplazado por el arbitraje.

Son muchas las modificaciones, reducciones y cambios como para ser tratados en una reseña, o siquiera enlistados.

En general, como decía, *De iure civili in artem redigendo* creo que en buena medida se trata de una “traducción”, una traducción académica, lógica, rigurosa, de un sistema a otro sistema. Ello implica que hay términos —y una sintaxis peculiar— que rigen la redacción. Ello también implica que hay conceptos clave que subyacen: reducción del estado, idea de un orden espontáneo natural, eliminación de lo social o su interpretación como composición de individuos. Corresponde a un debate académico y profesional concretar señalamientos, realizar ajustes, sugerir modificaciones: profundizar, en suma. Yo, de momento, celebro la provocación del autor, y la ambición de este trabajo que, espero, consiga avivar inteligentemente una discusión necesaria y aún pendiente entre nuestros enfoques, nuestras disciplinas, nuestros sistemas, y, por qué no, nuestros prejuicios, en aras de lograr conjuntamente el propósito común: un derecho civil justo y eficiente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIARRI, Hugo A. 2006. “El análisis económico del derecho de daños. Elementos para una aproximación”. *Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina*. Número especial sobre Derecho y Economía http://works.bepress.com/hugo_alejandro_acciarri/20/.

caso es la perspectiva del economista, que quizá en cierta manera sustituye la *auctoritas* del jurista.

- BEJARANO, Jesús Antonio. 1999. "El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos". *Revista de Economía Institucional* 1 (1): 155-167.
- BERNAL GARCÍA, Camilo. 2003. En *Teoría de juegos y derecho, una aplicación a la liquidación de la sociedad conyugal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.
- BETANCOURT SERNA, Fernando. 1997. *El Libro Anónimo "de Interdictis". Codex Vaticanus Latinus N° 5766*. Sevilla: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- BETANCOURT SERNA, Fernando. 2010. En *Derecho romano clásico*. Sevilla: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- CHIASSONI, Pierluigi. 2013. *El Análisis Económico del Derecho Orígenes y métodos del Law & Economics en los EE.UU*. trad. Félix Morales Luna. Lima: Palestra.
- COLOMA, Germán. 1999. *Apuntes para el Análisis Económico del Derecho Privado Argentino*. CEMA Working Papers: Serie Documentos de Trabajo núm. 156. Buenos Aires: Universidad del CEMA.
- D'ORS, Álvaro. 1973. "Los romanistas ante la actual crisis de la ley". En *Escritos varios sobre el derecho en crisis*. Cuadernos del Instituto Jurídico Español núm. 23. Madrid: Ateneo.
- ESCALANTE GONZALBO, Fernando. 2015. *Historia mínima del neoliberalismo*. México: El Colegio de México.
- HAYEK, Friederich. 1994. *Derecho, Legislación y Libertad*, vol. I: Normas y Orden, trad. Luis Reig Albiol. Madrid: Unión Editorial.
- LOZANO RODRÍGUEZ, Eleonora (coord.) 2016. *Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano*. Colombia: Universidad de los Andes.
- MAGANZANI, Loretta. 2018. "«Law and Economics» e diritto romano". En *Antología giurídica romanística e antiquaria*. ed. Lorenzo Gagliardi. Vol. 2. Milán: Giuffrè.
- MARCOS, Francisco. 2015. "Contribuciones del análisis económico del derecho Contribuciones del análisis económico del derecho de sociedades en España". Número especial dedicado al Análisis económico del derecho, *Economía industrial* 398: 31-40.
- PAPAYANNIS, Diego M. 2011. "El enfoque económico del derecho de daños", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 32: 459-496.

- ROMÁN BENITES, Rodolfo Armando. 2012. “Sobre Hari Seldon, el análisis económico del derecho y la teoría de juegos”. *Ius 360*. <http://ius360.com/otro/analisis-economico-del-derecho/sobre-hari-seldon-el-analisis-economico-del-derecho-y-la-teoria-de-juegos/>.
- VERÓN, J. y ROLDÁN BULNES, F. 2005. “Análisis económico del derecho sobre el proyecto de reforma de la Dra. Cecilia Grosman al Artículo 255 del Código Civil”. *Revista Jurídica* 9: 302-308.

Horacio HEREDIA VÁZQUEZ*

⁹ ORCID: 0000-0002-9192-2216. Investigador titular “A” de TC, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correo electrónico: llastre@gmail.com.