

# ¿Recepción o resistencia? *Americanización y Análisis Económico del Derecho en el Perú*

Roger Arturo Merino Acuña <sup>(\*)</sup> <sup>(\*)</sup> <sup>(\*)</sup>

*“American eyes, American eyes,  
view the world from American eyes  
bury the past, rob us blind  
and leave nothing behind...”.*

*Rage Against the Machine. “No Shelter”*

*“Si hubiera una escuela para legisladores (¿y por qué no la habría?) sería importante enseñarles a los inadecuados y dispendiosos políticos que la frecuenten, que palabras tales como ley, derecho, deber, propiedad y crimen son abstracciones que por sí mismas no tienen ningún valor y esperan recibir contenido, color y significado de las circunstancias particulares por las cuales se han desarrollado. Para un país puede ser deber, lo que para otro no sería difícil que constituyera un crimen. Y aun virtudes tales como derecho y propiedad, no son virtudes en todas partes”.*

*Friedrich Nietzsche<sup>1</sup>*

## **Resumen:**

*El presente estudio constituye un análisis crítico de la recepción del análisis económico del Derecho en el Perú, dentro del contexto más general de la americanización del Derecho. La crítica se enfoca desde la comparación jurídica, por lo que se estudian las diversas teorías que pretenden explicar la difusión o circulación de los modelos jurídicos. La finalidad es demostrar que la implantación del modelo del análisis económico en nuestro país (a través de los formantes legal, doctrinal y jurisprudencial) es parte de un procedimiento de legitimación ideológica, razón por la cual es posible que su discurso sea deconstruido y su ideología latente deslegitimada.*

**Palabras clave:** *Comparación jurídica, análisis económico del Derecho, circulación de modelos, americanización.*

## **Sumario:**

I. Introducción. II. Breve repaso del significado del *Law and Economics* o Análisis Económico del Derecho (AED). III. Las falacias de la neutralidad. El Análisis Económico del Derecho como instrumento de legitimación ideológica. IV. Circulación del formante doctrinal liberista: La importación de la doctrina jurídica hegemónica como consecuencia de la americanización del Derecho. 4.1. Breve repaso a las diversas teorías del cambio jurídico. 4.1.1 El acercamiento estructuralista: la circulación sobre la base del prestigio y los trasplantes legales. Los aportes de Rodolfo Sacco y Alan Watson. 4.1.2. Las primeras reinterpretaciones: la teoría de la *weak legal culture* de Pier Giusseppe Monateri. 4.1.3. Las orientaciones funcionalistas: la equivalencia funcional, los *legal irritants*, y la competencia entre ordenamientos. 4.1.4. El *imperial law* de Ugo Mattei. 4.1.5. La perspectiva nihilista de Alessandro Somma y Pierre Legrand. 4.2. ¿Recepción o resistencia del AED en el Perú? V. Conclusión para un discurso jurídico políticamente incorrecto

---

<sup>(\*)</sup> Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán en la misma casa de estudios. Jefe de Prácticas del Curso Derecho Civil III – Acto Jurídico en la Universidad de Lima.

<sup>(\*)</sup><sup>(\*)</sup> A la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

<sup>1</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Mi hermana y yo*, Traducción de Bella M. Albelia, Editorial EDAF, 1998, pág. 61.

## I. Introducción

En la década de los 90's en el Perú la política económica tomó como claro rumbo el modelo del neoliberalismo, a través de la privatización del Estado, la flexibilización laboral y otras medidas basadas en el Consenso de Washington, todo ello en el marco de un ordenamiento jurídico que debía acoplarse a los nuevos requerimientos de la economía. Así, en lo que respecta a la doctrina, durante toda esa década los estudios del análisis económico basados en las ideas de Richard Posner se fueron multiplicando, así como las traducciones respectivas de artículos de profesores como Richard Epstein, George Priest, el mismo Posner, entre otros. En el ámbito jurisprudencial, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), autoridad administrativa creada especialmente como ente juzgador de las actividades relevantes para el mercado (Libre competencia, protección al consumidor, propiedad intelectual y Derecho concursal), desarrolló una jurisprudencia administrativa basada en el análisis económico del Derecho (subsumiendo, por ejemplo, la noción de consumidor razonable a aquella de "hombre racional"). De esta manera, el pensamiento economicista se ha ido difundiendo en todo nuestro sistema jurídico.

En el siglo XXI dicha tendencia se asentó, de la mano con la americanización de nuestro Derecho. Así, por ejemplo, el 01 de marzo del 2006 se adoptó la Ley de Garantía Mobiliaria, la que deja de lado reglas que tenían una larga tradición en nuestro sistema (como la prohibición del pacto comisorio). Finalmente, el proceso de americanización llega al punto más alto con la suscripción del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos ratificado en diciembre del año 2007, el cual determinó que se entreguen facultades al Poder Ejecutivo para adecuar nuestro ordenamiento jurídico a los requerimientos de la economía global. De esta manera, en un lapso de 180 días se expidieron más de 90 Decretos Legislativos (la mayoría de ellos faltando a penas 7 días para que culminen las facultades otorgadas), modificando sustancialmente todo nuestro sistema jurídico.

Considero que es importante analizar las razones que determinan que un país sufra un cambio en sus estructuras jurídicas tan profundo en tan poco tiempo. Para ello, es importante tener en claro el significado del análisis económico del Derecho y su incidencia en el proceso de americanización de la tradición del Derecho civil.

## II. Breve repaso del significado del *Law & economics* o Análisis Económico del Derecho (AED)

Este movimiento, como es sabido, surge en Norteamérica en razón a trabajos bastante conocidos y que marcaron los puntos cardinales que sirvieron para desarrollar este pensamiento. Sus raíces pueden encontrarse en el realismo norteamericano<sup>2</sup>, en lo que respecta a la contraposición de la realidad social frente al formalismo de las reglas legales, o la explicación de los formalismos de las reglas legales a través del análisis de la realidad; pero no solo en él, sino también debe observarse su basamento ideológico en el liberalismo clásico. Por ello se afirma que existen dos tradiciones intelectuales que confluyen en el AED moderno: "La primera es la venerable tradición de la economía política, derivada del trabajo de Adam Smith; la segunda tradición es la de las escuelas de Derecho, en la que el AED se desarrolló a partir de la agenda del realismo legal"<sup>3</sup>. Que el AED se funde en el liberalismo clásico nadie lo duda, siendo sintomático que la actual cabeza del movimiento señale que: "El AED tiene dos ramas, las cuales datan del surgimiento de la economía... una de estas ramas, que al menos viene de la época de Adam Smith, es el análisis

<sup>2</sup> PRIEST, George, "El surgimiento del análisis económico del Derecho: Una memoria de los primeros años", En: *Revista de Economía y Derecho*, N° 2, Lima, otoño 2004, pág. 52.

<sup>3</sup> KITCH, Edmund, "Los fundamentos intelectuales del análisis económico del Derecho", Traducción de Hugo Garduño, Mario González y Jorge Trejo, en: *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, ROEMER, Andrés, comp., primera reimpresión, México, 2002, pág. 51 y 52.

económico de las leyes que regulan los mercados explícitos: las leyes reguladores del “sistema económico” en el sentido convencional. La otra rama, cuyo origen se puede atribuir al trabajo realizado por Jeremy Bentham en la generación posterior a Smith, es el análisis económico de las leyes que regulan el comportamiento ajeno al mercado: accidentes, delincuencia, matrimonio, contaminación y los procesos políticos y legales mismos”<sup>4</sup>.

En efecto, se suele diferenciar entre AED antiguo y AED moderno. En los primeros hay trabajos de autores que aplicaron las ciencias económicas a la legislación antimonopolio, sin embargo, el AED que ahora conocemos tiene su base en tres trabajos bien conocidos: “El problema del costo social” de Ronald Coase, “El costo de los accidentes” de Guido Calabresi y “El Análisis Económico del Derecho” de Richard Posner.

El trabajo de Coase constituye una reacción contra lo que llama la propuesta tradicional (representada por Pigou). Esta teoría tiene diversa aplicación, pero en relación con el AED es utilizada como una teoría de las elecciones de la política legislativa: “El enfoque tradicional ha tendido a oscurecer la naturaleza de la elección que debe realizarse. El asunto se formula comúnmente, como que A ocasiona daño a B y lo que tiene que decidirse es: ¿cómo restringir a A? Pero esto es erróneo. Estamos tratando un problema de naturaleza recíproca. Evitar daño a B infligiría un perjuicio a A. La cuestión real que debe decidirse es: ¿se debe permitir que A dañe a B o que B dañe a A? La cuestión es evitar el daño mayor”<sup>5</sup>.

En ese sentido, la eficiencia se convierte en un parámetro anterior para valorar las conductas. Este análisis paradójicamente implica tener en cuenta los resultados de la decisión, los que deben ser eficientes: “Sería deseable que las únicas acciones desarrolladas fueran aquellas en las que lo que se ganase valiera más que lo que perdiese. Pero al elegir entre arreglos sociales dentro del contexto de cuáles son las decisiones individuales que se toman, debemos tener en mente que un cambio del sistema existente que conduzca a un mejoramiento en algunas decisiones puede muy bien conducir a un empeoramiento en otras... Al diseñar y elegir entre arreglos sociales debemos considerar el efecto total. Este es el cambio de enfoque que estoy proponiendo”<sup>6</sup>

El término eficiencia alude a la relación entre los beneficios totales de una situación y los costes totales de aquella; por el contrario, el término equidad alude a la distribución de la renta entre los individuos. En otras palabras, “la eficiencia se relaciona con el ‘tamaño del pastel’, mientras que la equidad dependerá de cómo se reparta”<sup>7</sup>.

El parámetro de la eficiencia se funda primigeniamente en el clásico Óptimo de Pareto. En términos sencillos este criterio implica que “Un movimiento de una situación a otra constituye una mejora del bienestar social si no se reduce el bienestar individual y si al menos mejora la situación de un individuo”. De esta manera, el “criterio se funda en que el individuo es el mejor juez de su propio bienestar y que el bienestar de la sociedad depende del bienestar de los individuos que la componen”<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> POSNER, Richard, “Usos y abusos de la teoría económica”, Trad. Manett Vargas y Mónica Macías, en: *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, ROEMER, Andrés, comp., primera reimpresión, México, 2002, pág. 66.

<sup>5</sup> COASE, Ronald, “El problema del costo social”, Trad. William Breit y Harold M. Mochman, en: *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, ROEMER, Andrés, comp., primera reimpresión, México, 2002 pág. 513.

<sup>6</sup> COASE, Ronald, “El problema del costo social”, op. cit., pág. 555.

<sup>7</sup> POLINSKY, A. Mitchell, *Introducción al análisis económico del Derecho*, Traducción J. M. Álvarez Flórez, Editorial Aries S.A., Barcelona, 1985, pág. 19.

<sup>8</sup> TORRES LÓPEZ, Juan, *Análisis económico del Derecho. Panorama doctrinal*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 32.

Sin necesidad de alterar rotundamente los presupuestos, Kaldor y Hicks propusieron un matizado concepto de eficiencia también referido al alcance de una situación óptima. Una política sería eficiente, es decir, puede contribuir a lograr el nivel óptimo de eficiencia, si los beneficios de aquellos que ganan con ella compensan efectivamente las pérdidas de los que han sido perjudicados o incluso los mejora. Simplemente proponen que el análisis de coste – beneficio demuestre que los beneficios logrados superen a las pérdidas. Se diferencia, por lo tanto, este criterio del mantenido por Pareto en cuanto que éste último sólo establece el mecanismo de compensación en términos hipotéticos, mientras que con el afianzamiento de los análisis coste-beneficio los postulados Kaldor-Hicks pueden ser asumidos como criterios viables y virtuales de acción económica.<sup>9</sup>

Posteriormente asientan el movimiento las obras de Posner y Calabresi. Las diferencias entre ambas pueden resumirse en el diverso acercamiento que tiene cada una en relación con el fundamento y los objetivos del sistema. Al igual que la Escuela de Chicago, Posner ve al sistema legal como un punto muy cercano al equilibrio total, por lo que el Derecho común se explica mejor como un sistema para maximizar la riqueza de la sociedad.<sup>10</sup> Las decisiones acerca del bienestar social pueden hacerse a partir de la evaluación de los cambios marginales por sí solos; para el sistema legal, solo hace falta evaluar las sentencias individuales y normas sin considerar su interacción con otras doctrinas legales. Así, sopesar los costos y los beneficios asociados a una sentencia individual es suficiente para determinar las implicancias sobre el bienestar general que tendrá dicha sentencia.<sup>11</sup> Por el contrario, Calabresi señala que aunque el mercado sirva de ayuda, es imposible que resuelva por completo el problema de hasta dónde alcanza el propósito de evitar los accidentes, por ello prefiere un método o un enfoque colectivo a un método de mercado “aunque seamos conscientes de que el mercado puede reconocer los gustos y las preferencias individuales que la decisión colectiva tendería a ignorar”.<sup>12</sup>

Las principales fuentes que explican la complejidad del pensamiento de Calabresi son su hostilidad hacia el mercado y, por lo tanto, su énfasis y reénfasis en las imperfecciones del mercado (monopolios, los problemas del óptimo condicionado), así como el penetrante rol de la distribución de la riqueza en función del bienestar social. En cambio, Posner utiliza la economía para su teoría del Derecho considerando las imperfecciones del mercado como algo sin importancia, por lo menos para los temas del *Common law*, y relegando los temas de la redistribución de la riqueza al proceso legislativo.<sup>13</sup>

Sin embargo, la obra de Calabresi, más que poner en cuestión el papel central del mercado cuestiona su validez atemporal si solo el objetivo de eficiencia es reconocido. Su auténtico motivo de choque con la corriente mayoritaria no es por la validez o no de la estructura de mercado sino a causa de su utilidad o inutilidad cuando se persiguen más amplios objetivos que los reconocidos por aquella. En ese aspecto sí que aflora un posicionamiento crítico frente al paradigma neoclásico.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup> TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis económico del Derecho...*, op. cit., pág. 36.

<sup>10</sup> POSNER, Richard A, *El análisis económico del derecho*, Traducción Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 29.

<sup>11</sup> PRIEST, George, “El surgimiento del análisis económico del Derecho: Una memoria de los primeros años”, op. cit., pág. 60.

<sup>12</sup> CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Traducción Joaquín Bisbal, Ariel Derecho, 1era. edición, septiembre 1984, pág. 38. Un análisis más detallado sobre las diferencias en el pensamiento de ambos precursores del AED, puede verse en: HIERRO, Liborio L., “La pobreza como injusticia (Dworkin V. Calabresi)”, en: *Advocatus*, N° 15, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, enero de 2007.

<sup>13</sup> PRIEST, George, “El surgimiento del análisis económico del Derecho: Una memoria de los primeros años”, op. cit., pág. 61.

<sup>14</sup> TORRES LÓPEZ, Juan, *Análisis económico del Derecho...*, op. cit., pág. 80.

No obstante, es importante destacar que el enfoque de Posner, no el de Calabresi es el que ha tenido la mayor influencia y el que ha conminado al mundo de las leyes a prestarle atención al análisis económico del Derecho<sup>15</sup>, y ello porque, según un seguidor de la visión posneriana “el estilo argumentativo [de Calabresi] confiesa la debilidad de una teoría basada en múltiples valores, que no puede definir en la teoría la relativa importancia de cada uno de estos valores. La teoría de Posner tiene solo un valor y así evita el problema”<sup>16</sup>.

Es importante resaltar además que esta diferente apreciación de Posner y Calabresi dio pie al surgimiento de la distinción entre AED positivo y AED normativo. En palabras del mismo Posner:

“Otra distinción importante se da entre el análisis económico normativo y positivo del derecho – entre el uso del análisis económico para argumentar qué debe ser y el uso de éste para explicar qué es, qué ha sido o bien para predecir que será-. Esta distinción se ilustra con la comparación entre el trabajo del profesor Guido Calabresi y el mío. Calabresi [en el costo de los accidentes] desea mostrar como la sociedad puede controlar mejor los accidentes mediante una estructura de reglas e instituciones que se basan primordialmente en la teoría económica. Calabresi, reformador de la tradición de Bentham, critica ampliamente el sistema de responsabilidad por accidentes..., pues lo considera obstáculo para la adopción de su versión de la reglamentación óptima de los accidentes. Mi enfoque sobre los agravios es diferente. Primordialmente me interesa descubrir hasta qué grado el sistema de agravios sostiene la hipótesis de que las reglas del derecho consuetudinario y las instituciones tienden a promover la eficiencia económica. Mi artículo de 1972 “A theory of Negligence”, pretendió probar dicha hipótesis... mi interés en el sistema de agravios es positivo y el de Calabresi, normativo”<sup>17</sup>.

El análisis positivo de Posner, asimismo, tiene dos facetas: La primera, consiste en el estudio del comportamiento regulado por el sistema legal; mientras la otra, no busca explicar el comportamiento de individuos y empresas regulado por el sistema legal, sino la estructura del sistema mismo.<sup>18</sup>

En el siguiente apartado analizaré esta discutible distinción entre análisis normativo y positivo (sobretudo si se tiene en cuenta que las principales reformas hechas en los países importadores del modelo del AED se debe al análisis “positivo”), por ahora, debo dejar sentado que existe otro análisis que busca superar a los anteriores, el llamado análisis institucional.

En efecto, es necesario destacar el más reciente desarrollo de formulaciones neo – institucionalistas, que propugnan la sustitución del mercado por las instituciones como instrumentos para la asignación, “por ser ellos menos costoso cuando en aquel se da una dosis grande de imperfecciones”<sup>19</sup>. Así, “El análisis neoinstitucional, en suma, se proyecta sobre los centros de poder que condicionan la elección social y determinan el comportamiento individual, los grupos de presión, las grandes corporaciones, los trusts, los sindicatos y, en general, las organizaciones en cuyo seno se gestan las decisiones que vinculan al cuerpo social y constituyen su interés preferente. No hay, por lo tanto, una aproximación analítica hacia el Derecho y el sistema jurídico... parecida a

---

<sup>15</sup> PRIEST, George, “El surgimiento del análisis económico del Derecho...”, op. cit., pág. 57.

<sup>16</sup> PRIEST, George, “El surgimiento del análisis económico del Derecho...”, op. cit., pág. 65.

<sup>17</sup> POSNER, Richard, “Usos y abusos de la teoría económica”, op. cit., pág. 69. Otra diferencia entre estos tipos de análisis es que mientras el análisis descriptivo concierne a los efectos de las reglas legales, el análisis normativo es condicional en naturaleza, pues la mejor regla legal dependerá del criterio de bienestar social bajo consideración (SHAVELL, Steven, *Foundation of economic análisis of law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2004, pág. 2).

<sup>18</sup> POSNER, Richard, “Usos y abusos de la teoría económica”, op. cit., pág. 72.

<sup>19</sup> TORRES LÓPEZ, Juan, *Análisis económico del Derecho...*, op. cit., pág. 72.

la desarrollada a partir del modelo neoclásico. La enorme capacidad de penetración analítica de este último no parece, por lo tanto, que haya sido superada”<sup>20</sup>.

La vertiente neo institucional crítica uno de los basamentos de la teoría económica clásica, la elección racional: “Para explorar las deficiencias del enfoque de la elección racional en su relación con las instituciones, debemos sondear dos aspectos particulares de la conducta humana: 1) la motivación y 2) el desciframiento del medio. Al parecer, la conducta humana es más compleja que la que está encarnada en la función utilitaria individual de los modelos de los economistas. Muchos casos no simplemente maximizan la conducta de la riqueza, sino también del altruismo y de las limitaciones autoimpuestas, lo cual cambia radicalmente los resultados con respecto a las elecciones que de hecho hace la gente”<sup>21</sup>. Para North es importantísimo un análisis social: “Quiero atribuir un papel mucho más fundamental a las instituciones en las sociedades; son el determinante subyacente del desempeño en las economías. Si queremos construir una teoría dinámica del cambio (...) debe edificarse un modelo del cambio institucional”<sup>22</sup>. Esta labor constructiva se funda en la determinación funcional de las diversas instituciones de la sociedad: “Las instituciones proporcionan la estructura básica por medio de la cual la humanidad a lo largo de la historia ha creado orden, y de paso ha procurado reducir la incertidumbre. Junto con la tecnología empleada determinan los costos de transacción y transformación y por consiguiente la utilidad y la viabilidad de participar en la actividad económica”<sup>23</sup>.

Asimismo, la vertiente del *behavioral analysis of law* (llamado también economía conductual) ha dado certeras críticas a la visión clásica de la elección racional.<sup>24</sup> Esta última confunde pues el análisis descriptivo con el análisis normativo de las elecciones de los individuos en el mercado, mientras el primero concierne a las predicciones, el segundo concierne al sistema legal que se quiere construir.<sup>25</sup> De esta manera, los economistas conductuales aceptan varias de las premisas del pensamiento económico tradicional, por ejemplo, que los variables contextuales (*situational outcomes*) son el resultado de decisiones individuales, ocurriendo en un ambiente económico particular. Empero los economistas conductuales dan un paso más adelante, al sostener que la acción humana es modelada no solo por las dificultades económicas relevantes sino que también se encuentra altamente influenciada por las preferencias endógenas, el conocimiento, las habilidades, las capacidades y por una variedad de apremios psicológicos y físicos de los individuos”<sup>26</sup>.

De esta manera, no debe perderse de vista que la “elecciones” son, en gran parte, una función del contexto, incluyendo las normas sociales, los significados y los roles que rige.<sup>27</sup> Así, las elecciones particulares hechas por las personas en los mercados – en su calidad de consumidores o trabajadores

---

<sup>20</sup> TORRES LÓPEZ, Juan, *Análisis económico del Derecho...*, op. cit., pág. 89.

<sup>21</sup> NORTH, Douglass C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Trad. de Agustín Bárcena, Fondo de Cultura Económica, Primera Edición en español, México, 1993, pág. 34, 35.

<sup>22</sup> NORTH, Douglass C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, op. cit., pág. 139.

<sup>23</sup> NORTH, Douglass C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, op. cit., pág. 152.

<sup>24</sup> SUNSTEIN, Cass R., “Behavioral Analysis of Law”, en: *Chicago Working Paper in Law & Economics*, disponible en: [http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs\\_26-50/46.CRS.Behavioral.pdf](http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_26-50/46.CRS.Behavioral.pdf).

<sup>25</sup> SUNSTEIN, Cass R., “Behavioral Analysis of Law”, op. cit., pág. 3 y 4.

<sup>26</sup> PARISI, Francesco y SMITH, Vernon, “El Derecho y la Economía de los comportamientos irracionales. Una introducción”, traducción de Renzo Saavedra Velazco, en: *Ius et Veritas*, N° 35, 2008, pág. 17 y 18. Sin embargo, Oren Bar-Gill afirma que la intervención legal derivada del análisis conductual solo debe ser considerada donde exista específicas evidencias de la existencia, en un mercado específico, de un fallido comportamiento de mercado que genera significantes costos (EPSTEIN, Richard A. y BAR -GILL, Oren, “Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics”, en: *New York University Law and Economics Working Papers*, Paper 91, 2007, pág. 41).

<sup>27</sup> SUNSTEIN, Cass R., “Normas sociales y roles sociales”, Traducción de María Teresa Beingolea y Claudia Delfino, en: *El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en honor a Ronald Coase*, Eric Posner compilador, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, noviembre de 2002, pág. 245.

– no sugieren valorizaciones globales y descontextualizadas de los bienes respectivos.<sup>28</sup> Por ello se argumenta que el modelo del homo economicus es fruto de un proceso de reducción expresado en la mutación antropológica que convierte las relaciones del hombre con las cosas en criterio de identificación del individuo. Reducción de la acción racional a la elección de medios para la consecución de fines olvidando lo esencial, es decir, el saber por qué los fines y los medios específicos se encuentran en una sociedad y no en otra.<sup>29</sup>

Pese a las diferencias, se otorgan tres características inmutables al análisis económico del Derecho en general: Primero, el análisis económico enfatiza el uso de modelos estilizados y de estadísticas, test empíricos, mientras otras aproximaciones usualmente no lo hacen. Segundo, en la descripción de comportamientos, el análisis económico da un mayor peso que en otras aproximaciones, a la visión de los actores como racionales, actuando con una visión hacia las posibles consecuencias de sus decisiones<sup>30</sup>; y tercero, en la evolución normativa, el análisis económico hace explícita la medida del bienestar social considerado, mientras otras aproximaciones a menudo dejan el criterio del bien social poco claro o sustancialmente implícito.<sup>31</sup>

Sin embargo, aunque se admite que las diversas corrientes tienen signos comunes, debo reiterar que si el AED tiene en la actualidad un nombre característico, ese es el de Richard Posner. Como ha sido resaltado: “Más allá de estos últimos desarrollos, por otra parte, no hay duda de que el análisis económico del derecho que se ha impuesto constituye una aproximación filosófica demasiado tosca, ligada a un positivismo científico irreducible, a menudo (aunque no necesariamente) utilizado para esconder operaciones de evidente connotación reaccionaria”.<sup>32</sup> En efecto, los defensores del AED de manera simplista podrían salvar la crítica al modelo afirmando que dentro del mismo AED hay varias vertientes, muchas de ellas contradictorias: el AED normativo, el AED descriptivo, el neo institucionalismo, el análisis conductual, etc. Sin embargo, la vertiente del AED representativa e importada en Latinoamérica y Europa y que pretende ser global debido a la americanización del Derecho, es la vertiente llamada descriptiva de Richard Posner y ella es la que es materia de críticas en este trabajo.

### **III. Las falacias de la neutralidad. El Análisis Económico del Derecho como instrumento de legitimación ideológica**

Las críticas al AED posneriano han surgido desde diversos puntos de vista. Las críticas pueden referirse al carácter ideológico o al método utilizado. Para Monateri, por ejemplo, la tradición jurídica occidental se encuentra en una ribera opuesta a la del AED, dado que los posnerianos (pero

---

<sup>28</sup> SUNSTEIN, Cass R. Ibid.

<sup>29</sup> MERCADO PACHECO, Pedro, *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pág. 123.

<sup>30</sup> Por ello se afirma que “las premisas de los economistas van en dirección de la libertad de contratar, y esta corriente puede ser resistida solo con dificultad” (POSNER, Eric, “Economic Analysis of Control Law after Three Decades: Success or Failure?”, John M. Olin Law & Economics Working Paper N° 146 (2d series), The Law School The University of Chicago, pág. 42).

<sup>31</sup> SHAVELL, Steven, *Foundation of economic analysis of law*, op. cit., pág. 4.

<sup>32</sup> MATTEI, Ugo, “Hecho y valor: La paradoja hermenéutica del análisis económico del derecho”, Trad. de Paul Abanto, en: *Revista Crítica de Derecho Privado*, Publicación del Taller de Derecho Civil “José León Barandiarán” de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, N° 1. 2007, Grijley, págs. 43.

también los crits<sup>33</sup>) afrontan la sustancia de un conflicto jurídico dado sobre la base del resultado deseado, sin razonar en términos de doctrinas, ni de precedentes, ni de normas.<sup>34</sup>

Hay pues en la esencia del pensamiento europeo una arraigada tendencia hacia la idea de bienestar, antes que a la libertad de mercado: “Los europeos ven al mercado como un elemento más entre otros, algo que debe ser controlado. Están muy comprometidos con su Estado de bienestar social. Así que, un mercado completamente libre sin un elemento de bienestar social para los europeos occidentales no es aceptable ni políticamente ni personalmente, por lo que son más escépticos en aceptarlo; la eficiencia es buena pero con ciertos límites. Piensan mucho más en el bienestar social colectivo”<sup>35</sup>. En sede nacional, se tiene una orientación semejante cuando se afirma que la tradición del análisis económico del Derecho responde a una lógica opuesta a la del Estado Constitucional de Derecho, en principio por ser cada una de ellas deudoras de perspectivas distintas, la primera realista y la segunda idealista...<sup>36</sup>.

En efecto, se afirma que en ninguna teoría de los derechos subjetivos esbozada por nuestra tradición es admisible que yo tenga un derecho sólo si mi ganancia es superior a las pérdidas de mi contraparte: “Si creemos en una teoría de los derechos no podemos creer, al mismo tiempo, en la necesidad de inmolarse estos derechos en beneficio de la maximización del bienestar de la Sociedad”<sup>37</sup>.

Provocadoras son las palabras de Monateri para con los criterios de Pareto y Kaldor Kicks: “Me parece claro que el mundo se transforma por completo si se pasa de PARETO a KALDOR – HICKS. El primero es un mundo en el que yo puedo hacer cualquier cosa a los demás, siempre y cuando mi ganancia sea superior (en precios corrientes) al daño que les cause. El mundo de KALDOR – HICKS es un mundo privado de property rights – tal como lo entiende Calabresi-, donde solo existen liability rules, y no punitive ni moral damages. ... Desde este punto de vista, KALDOR- HICKS es un criterio perfectamente socialista... podría convertirse, fácilmente, en un manifiesto contra la propiedad privada”<sup>38</sup>.

De esta manera, la idea de maximización del bienestar como criterio para determinar el resultado concreto de las situaciones en conflicto, termina siendo, paradójicamente “no liberal”.<sup>39</sup>

Sin embargo, lo que puede verse en realidad con la instrumentalización de las elecciones individuales para fines de bienestar general, es una visión liberal matizada, que es conocida como “ordoliberalismo”<sup>40</sup>, es evidentemente un autoritarismo de mercado alentado por el Estado.

---

<sup>33</sup> Son llamados crits, los partidarios del *Critic Legal Studies*, movimiento que se funda en la sociología, filosofía y teoría política para realizar una crítica a su ordenamiento jurídico. Una reseña histórica de este movimiento puede verse en: KENNEDY, Duncan, “Breve storia dei critical legal studies negli Stati Uniti”, Traducción de Giovanni Marini, en: *Rivista Critica del Diritto Privato*, N° 639, Dic, 1992.

<sup>34</sup> MONATERI, Pier Giuseppe, “Resultados y reglas (un análisis jurídico del análisis económico del Derecho)”, traducción de Leysser L. León, en: *Revista Jurídica del Perú.*, Año LI, N° 26, Setiembre, 2001, pág. 188.

<sup>35</sup> REIMANN, Mathias, “El análisis económico del Derecho”, Traducción de Claudia Canales, en: *Advocatus*, N° 14, Julio, 2006 – 1, pág. 114.

<sup>36</sup> ESCOBAR, Freddy versus HERNANDO NIETO, Eduardo, ¿Es el análisis económico del Derecho una herramienta válida de interpretación del Derecho positivo?, en: *Themis*, N° 52, Agosto, 2006 (Intervención de Hernando Nieto), pág. 349

<sup>37</sup> MONATERI, Pier Giuseppe, “Resultados y reglas...”, op. cit., pág. 192.

<sup>38</sup> MONATERI, Pier Giuseppe, “Resultados y reglas...”, op. cit., pág. 194.

<sup>39</sup> MONATERI, Pier Giuseppe, “Resultados y reglas...”, op. cit., pág. 197.

<sup>40</sup> El ordoliberalismo demuestra los nexos entre el liberismo y el fascismo. Ver al respecto: SOMMA, Alessandro, “Liberali in camicia nera. La comune matrice del fascismo e del liberismo giuridico”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, Número 112, Abril 2005, pág. 310 y sgtes. El ordoliberalismo es: “la teoría según la cual a las instituciones es atribuida la tarea de crear un cuadro legal y social en la cual sean activados, protegidos y

Esta constatación obliga a pronunciarme sobre el carácter ideológico del AED, carácter que ya nadie debería poner en duda desde que el mismo Posner afirma que: “El movimiento de desregulación y el aumento del respeto por la ideología de libre mercado, en general, le deben algo, si no mucho, al movimiento del Análisis Económico del Derecho”<sup>41</sup>. En efecto, se afirma que los conceptos de libertad y eficiencia de Pareto están lógicamente conectadas porque ambas “proviene de una filosofía política que enfatiza el respeto por los individuos”, además, de esta conexión entre libertad y eficiencia de Pareto en un nivel lógico, se pueden hacer otras conexiones basadas en hechos, como la relación causal entre el libre mercado y la democracia... “En cualquier caso, las mejores leyes correctas combinan libertad y eficiencia de Pareto”<sup>42</sup>.

Por esta razón, los cuestionamientos al liberalismo clásico son igualmente válidos contra la corriente mayoritaria del AED. Las visiones del homo economicus, de la autorregulación del mercado, de la mano invisible como precursora del bienestar son pues los puntos cardinales que acompañan todo el razonamiento del AED y que pueden ser susceptibles de muchas críticas.<sup>43</sup>

Pese a ello, se exalta una supuesta neutralidad del AED: “Las reglas no prescriben las acciones privadas, no dicen a la gente qué tipo de contrato hacer, qué riesgos tomar, qué profesión seguir. En cambio, crean el marco dentro del cual la gente puede realizar sus negocios, adquiriendo y explotando propiedades, haciendo contratos, invirtiendo y prestando, involucrándose en actividades riesgosas y así, sucesivamente, con la confianza de que reglas sustancialmente neutrales, claras y conocidas proveen la declaración exclusiva de sus derechos y deberes públicos. En la medida de que el sistema legal se amolde a estos criterios, logra una racionalidad formal, el entorno óptimo para el capitalismo”<sup>44</sup>. Sin embargo, se recalca que los jueces no tienen que ser alentadores del capitalismo: “Ellos deben hacer cumplir las normas de la ley sin importar las consecuencias para las personas y las actividades comprendidas dentro de los casos en los cuales ellos tienen que tomar una decisión. Esta neutralidad, no solo con respecto al valor personal (...) sino también respecto a la ideología, es importante para realzar el carácter predecible de la ley (...), y también para tranquilizar a las clases potencialmente inquietas de la sociedad respecto a que la ley no favorece a una clases particular”<sup>45</sup>.

En esta lógica pues los problemas distributivos, en cuanto problemas políticos, deberían quedar fuera del análisis “neutral” de los juristas. De esta manera, se afirma que si los juristas se enfrentan con los problemas conexos a la distribución y los incluyen en el proceso de interpretación, ellos terminan por sustituir sus juicios de valor por aquellos introducidos legítimamente por el proceso

---

coadyuvados los mecanismos y las tendencias económicas que prevalecen en condiciones de orden natural: solo la definición de un completo cuadro institucional puede direccionar el orden económico concreto sobre el orden ideal, la armonía económica (COSTANTINI, Cristina, “The ‘timeless present’ De-costruzione e ri-fondazione delle radici europee”, en: *Rivista Critica di Diritto Privato*. Nº1/2004. Disponible en: *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, Vol. 11, 2005, pág. 6).

<sup>41</sup> POSNER, Richard A., “El análisis económico del derecho en el common law, en el sistema romano germánico, y en las naciones en desarrollo”, traducción de Enrique Pasquel R., en: *Revista de Economía y Derecho*, Nº 7, Lima, invierno 2005, pág. 10.

<sup>42</sup> COOTER, Robert D., “Las mejores leyes correctas: Fundamentos axiológicos del análisis económico del Derecho”, en: *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, ROEMER, Andrés, comp., primera reimpression, México, 2002, pág. 153.

<sup>43</sup> Algunas críticas al modelo, dirigidas a la autonomía contractual pude hacer en: MERINO ACUÑA, Roger Arturo, “Los límites de la autonomía contractual en el capitalismo del mercado global”, en: *Cátedra*, espíritu del Derecho. Año XI, Nº 13. Lima, 2008, pág. 193 y sgtes.

<sup>44</sup> POSNER, Richard A., “El análisis económico del derecho en el common law, en el sistema romano germánico, y en las naciones en desarrollo”, op. cit., pág. 14.

<sup>45</sup> Ibid.

político democrático. En otras palabras, un jurista que se ocupe de justicia (y por ende de distribución) pierde la objetividad y la neutralidad (que son sus únicas fuentes de legitimación)<sup>46</sup>.

Esta supuesta neutralidad me parece bastante cínica. Las reglas serían neutrales porque permiten que cualquiera pueda utilizarlas como herramientas de su propio interés, sin embargo, esta legislación blanda no tiene en cuenta las debilidades institucionales de muchos agentes del mercado, las reglas diáfanamente neutrales terminan siendo utilizadas para que los que detentan el poder económico puedan trasladar los costos de su actividad a la sociedad: “si el Derecho es suave con los agresivos y oportunistas actores del mercado, quienes bajo el resguardo de una *soft* legalidad, consiguen transferir costos a la sociedad antes que enfrenten el costo real de sus actividades de mercado, es mejor tener un Derecho fuerte”.<sup>47</sup>

Por ello, resulta con más razón difícil entender la neutralidad de la orientación positiva del AED, ella al final constituye claramente el motor de intervenciones e innovaciones normativas muy relevantes. Intervenciones que en muchos casos implican desregulación o desprotección, pero que siempre constituyen intervenciones al fin y al cabo.<sup>48</sup>

Es claro pues que todo instituto jurídico encierra un valor ideológico, como ya ha sido resaltado por los críticos. La neutralidad simplemente no existe en el Derecho.<sup>49</sup>

Por otro lado, una orientación más sobria del AED señala que este mecanismo puede ser empleado para maximizar cualquier concepción política sobre el ‘bienestar social’<sup>50</sup>. Esta neutralidad tendría otra índole, ya no es la neutralidad de un instrumento que puede ser utilizado por cualquier particular por igual, sino la neutralidad de un instrumento que puede ser utilizado políticamente bajo cualquier sistema. Ello es cierto, puede existir un análisis económico marxista, liberal o fascista<sup>51</sup>, sin embargo, la cuestión es que el análisis económico hegemónico es justamente el liberal y es el que está en discusión.

Ahora bien, negando la neutralidad del AED, también se puede negar la discutible distinción entre análisis económico descriptivo y análisis económico normativo. Agudamente en ese sentido, se ha afirmado que “el jurista occidental ha sabido conquistar con los siglos un rol poderoso de legislador

---

<sup>46</sup> MATTEI, Ugo, “Hecho y valor: La paradoja hermenéutica del análisis económico del derecho”, op. cit., págs. 41 y 42.

<sup>47</sup> MATTEI, Ugo, “Hard Code Now!”, en: *Global Jurist Frontiers*, Volumen 2, Issue 1, 2002, pág. 11. Disponible en: <http://www.bepress.com/gj>.

<sup>48</sup> En su momento Posner utilizó la diferencia entre análisis normativo y positivo para responder la crítica de Buchanan referida a que el AED confundía los roles del legislador y el juez al pretender que la eficiencia sea el parámetro para tomar una decisión ante la falta o ambigüedad de la norma (BUCHANAN, James M., “Buena economía – mal derecho”, Trad. Manuel García y León, en: *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, ROEMER, Andrés, comp., primera reimpresión, México, 2002, pág. 130 y sgtes). Posner, de una forma muy sencilla, se libraba de esta crítica diciendo: “esta es una objeción al análisis económico normativo del derecho, por que se señala como necesario, por ejemplo, que el derecho consuetudinario (y quizá otros sistemas jurídicos) se modifique para aproximarlos mejor al modelo económico de derecho eficiente, y el aspecto más interesante y prometedor del AED es el positivo” (POSNER, Richard, “El movimiento del Análisis Económico del Derecho”, en: *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, ROEMER, Andrés, comp., primera reimpresión, México, 2002, pág. 230).

<sup>49</sup> KENNEDY, Duncan, “*The Political Stakes in “Merely Technical” Issues of Contract Law*”, en: *European Review of Private Law*, N° 7 (2001), Traducción italiana: “La Funzione Ideologica del Tecnicismo nel Diritto dei Contratti”, en: *Rivista Critica del Diritto Privato*, N° 317 (2002), pág. 317. Disponible en la página web del autor: <http://www.duncankennedy.net>.

<sup>50</sup> ESCOBAR, Freddy versus HERNANDO NIETO, Eduardo, ¿Es el análisis económico del Derecho una herramienta válida de interpretación del Derecho positivo?, op. cit., (Intervención de Freddy Escobar), pág. 343.

<sup>51</sup> ¿Acaso el análisis del sistema jurídico hecho por Marx no implicaba en mucho un análisis económico? Ya se ha afirmado que: “El análisis económico del derecho, siempre entendido en su acepción genérica, no es ni siquiera ‘novedoso’ ” ALPA, Guido, “*La interpretación económica del Derecho*”, en: *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, Traducción de Leysser L. León, Ara Editores, Lima, noviembre 2001, pág. 78.

oculto y ha sabido acreditar su clase en el ámbito de la elite de la sociedad. Hoy, toda una serie de movimientos críticos desarrollados, principalmente, en los Estados Unidos tienden a desenmascarar esta operación de poder. La mayor parte de los juristas culturalmente desprovistos, un poco dispersos por todas partes en el mundo occidental, están enterados de la tensión entre el manifiesto programático que legitima la neutralidad descriptiva del jurista y la realidad política de su operar como legislador oculto. No obstante ello, casi como una paradoja, el movimiento de pensamiento jurídico contemporáneo más influyente en el ámbito de la tradición occidental no solamente acepta la distinción entre análisis positivo y normativo, sino que expresamente la refuerza y legitima<sup>52</sup>.

En efecto, al hacer un paralelo entre el análisis económico y el análisis comparativo, es posible darse cuenta que estos siempre implican una dimensión normativa: “utilizando el análisis de la eficiencia, los juristas parten de la misma posición en la que se encuentran cuando hacen uso del análisis comparado, es decir, cuando estudian las interacciones entre uno y otro sistema jurídico, confrontando entre ellos las diversas soluciones a problemas comunes... Después del análisis comparado – así como después del análisis de la eficiencia- el jurista puede regresar a su sistema ofreciendo una interpretación que es nuevamente parte del objeto de su observación, es decir, esta segunda fase no puede ser sino solamente normativa, de modo más o menos abierto y honesto<sup>53</sup>”.

De esta manera, “Los juristas siempre han fingido describir derecho (o descubrirlo, como acostumbradamente se ha dicho) cuando, en realidad, lo elaboran, supliendo las carencias de un Legislativo ocioso, de un poder político incapaz o simplemente imponiendo la propia voluntad de clase, cambiando el significado de aquellas que, después de todo, son solamente palabras por lo demás expresadas, de costumbre, en prosa demasiado mediocre. Ellos siempre han jugado ambiguamente con las dos dimensiones de los hechos y de los valores<sup>54</sup>”.

El AED evidentemente no es un mecanismo neutral, sino que es un instrumento que busca legitimar una ideología bien marcada: el liberalismo económico. El discurso del AED forma parte pues de un proceso de legitimación ideológica. En ese sentido, se afirma que para legitimarse este corriente muchas veces contiene retóricas referidas a la ciencia y la objetividad. El éxito temprano del razonamiento de la eficiencia en el Derecho puede ser justificado al menos por dos razones: 1) el enfoque es en el proceso, luego cualquiera podría aceptar que el proceso debería ser eficiente; y 2) eficiencia clama objetividad, un esencial elemento en la estrategia de legitimación. Mientras justicia es el requerimiento de sentimientos subjetivos, la eficiencia es el requerimiento de la objetividad.<sup>55</sup>

De esta manera, el razonamiento de la eficiencia es el principal vehículo intelectual usado por la conciencia legal americana [*American legal consciousness*] para difundirse ella misma e imponer su hegemonía<sup>56</sup>.

Y esta conciencia legal ha llegado al Perú desde hace 15 años, primero con las políticas económicas basadas en el Consenso de Washington e impulsadas por el Gobierno dictatorial de Alberto Fujimori (1992-2000) y ahora con el inusitado paquete de reformas sustentadas en la adecuación de nuestro sistema jurídico al Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos ratificado por ese país en diciembre del año 2007. Este modelo hegemónico ha sabido moverse dentro de nuestro

---

<sup>52</sup> MATTEI, Ugo, “Hecho y valor: La paradoja hermenéutica del análisis económico del derecho”, op. cit., pág. 39.

<sup>53</sup> MATTEI, Ugo, “Hecho y valor: La paradoja hermenéutica del análisis económico del derecho”, op. cit., pág. 52.

<sup>54</sup> MATTEI, Ugo, “Hecho y valor: La paradoja hermenéutica del análisis económico del derecho”, op. cit., pág. 54.

<sup>55</sup> MATTEI, Ugo, “The rise and fall of law and economics: an essay for judge Guido Calabresi”, Symposium Calabresi's The Costs of Accidents: A Generation of Impact on Law and Scholarship, en: *Maryland Law Review*, N° 12, 2005, pág. 7 ([http://works.bepress.com/ugo\\_mattei/27](http://works.bepress.com/ugo_mattei/27)).

<sup>56</sup> MATTEI, Ugo, “The rise and fall of law and economics: an essay for judge Guido Calabresi”, op. cit., pág. 9.

formante doctrinal, legal e incluso jurisprudencial<sup>57</sup>. Desde el punto de vista doctrinal las críticas a este modelo han sido casi inexistentes<sup>58</sup>, y así, sobre la base del AED, se ha propuesto, entre otras cosas: privatizar el Poder Judicial<sup>59</sup>, privatizar por completo la educación<sup>60</sup>, los animales en vías de extinción<sup>61</sup>, el mar...<sup>62</sup>, dejar de prohibir la venta de productos basura (pues es más eficiente comerlos a morir<sup>63</sup>), admitir el contrato de vientre de alquiler pues sería eficiente en el mercado<sup>64</sup>, suprimir el control de las cláusulas vejatorias<sup>65</sup>, eliminar institutos como la lesión contractual, la excesiva onerosidad de la prestación el abuso de derecho y la buena fe contractual<sup>66</sup>, etc. Se convirtieron en norma: la tutela del consumidor basado solo en la información<sup>67</sup>, el pacto comisorio<sup>68</sup>, y aquellas normas que son producto de la implementación (*rectius*, adecuación

---

<sup>57</sup>El razonamiento económico ha sido constante en el INDECOPI, autoridad administrativa que tiene potestad para resolver controversias en materia de protección al consumidor, competencia desleal, prácticas anticompetitivas, propiedad intelectual, derechos de autor y derecho concursal. Sin embargo, en la actualidad no solo esta institución, que es responsable de las materias que tiene que ver con el “desarrollo del mercado”, resuelve sobre las bases de las premisas del análisis económico. Aunque por mucho tiempo fue ajeno a nuestros órganos jurisdiccionales, en una reciente sentencia casatoria (CAS. N° 2047-2007 LIMA, Separata de El Peruano del 30 de octubre del 2007) la Corte Suprema resuelve por primera vez fundándose en el análisis económico del Derecho: “de existir condiciones idóneas para la libre competencia que permita a los consumidores elegir entre una u otra alternativa al momento de adquirir un bien o servicio, ello impondrá a los proveedores el establecimiento de cláusulas razonables, pues, de otro modo, sus productos o servicios carecerán de atractivo frente a los de similares características que se oferten en el mercado” (Considerando octavo). Con ello se dice indirectamente que el control de las cláusulas vejatorias es innecesario en un mercado competitivo.

<sup>58</sup> En el Perú, la única crítica al AED destacable es la realizada por Eduardo Hernando Nieto, desde el punto de vista filosófico, y con una clara influencia de los crits, ver: HERNANDO NIETO, Eduardo, “¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?”, en: *Themis*, revista de Derecho, N° 37, Lima, setiembre de 1998. Ahora en: *Deconstruyendo la Legalidad: Ensayos de Teoría Legal y Teoría Política*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2001, págs. 43 y sgtes.

<sup>59</sup> BAYLY, Andrés; PASQUEL RODRIGUEZ, Enrique, “¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? la privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal”, en: *Themis. Revista de Derecho*, N° 46, Lima, de 2003, pág. 316 y sgtes.

<sup>60</sup> SOLIS VISSCHER, Gerardo; BAYLY, Andrés, “Educación pública: una mala receta para un pésimo plato por qué devolverle a los privados el control de la educación estatal”, *Themis: Revista de Derecho*, Número: 47, Lima, diciembre de 2003, pág. 255 y sgtes.

<sup>61</sup> GHERSI SILVA, Enrique, “La privatización del mar”, en: *Advocatus: nueva época*, Volumen: 1, Primera entrega, Lima, noviembre de 1998, pág. 146. Con especial referencia a las vicuñas: BAYLY LETTS, Andrés; PASQUEL RODRIGUEZ, Enrique, “Privaticemos las vicuñas: cómo eliminar el peligro de extinción y aprovechar su potencial económico”, en: *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 3, N° 9, Lima, verano de 2006, pág. 69 y sgtes.

<sup>62</sup> “El mar es subdesarrollado al lado de todo lo que hemos hecho con la tierra porque allí no hay derechos de propiedad. Lo mismo pasa con las especies escasas. El mercado reproduce no depreda” (GHERSI SILVA, Enrique, “*La privatización del mar*”, op. cit., pág. 147).

<sup>63</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, “Lo que no mata engorda. Los productos basura y los prejuicios y perjuicios de la protección del consumidor en un país pobre”, en: *Ius et Veritas*, N° 12, Lima, 1996.

<sup>64</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, “Advertencia: El Presente Artículo Puede Herir su Sensibilidad Jurídica. El Alquiler de Vientre, las Madres Sustitutas y el Derecho Contractual”, en: *Ius et Veritas*, N° 10, 1995.

<sup>65</sup> BULLARD GONZALEZ Alfredo, *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra Editores, Lima, 2003, pág. 351. PATRÓN SALINAS, Carlos, “¿Mentiras verdaderas? Reflexiones en torno a la regulación del derecho contractual”, en: *¿Por qué hay que modificar el Código Civil?*, Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Perú, 2001, pág. 145.

<sup>66</sup> GHERSI SILVA, Enrique, “*Derogar el código civil*”, en: *Abogados: Directorio Jurídico del Perú*, Volumen: 3, Número: 4, Lima, 2000, pág. 16 y otros. Contra la lesión también se pronunció en su momento: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, “La Parábola del Mal Samaritano. Apuntes sobre la Lesión en el Derecho de Contratos”, *Themis* N° 43, 2001.

<sup>67</sup> Se afirma que el Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor: “es un modelo pensado en términos de dinamizar la autonomía privada antes que en restringirla como hacen otros sistemas. La idea no es que otro decida por el consumidor, sino crear las condiciones para que el consumidor decida por sí mismo (...). Dentro de esta línea, el problema central es el ya señalado: la asimetría informativa entre los proveedores y consumidores” (BULLARD GONZALEZ, Alfredo, *Derecho y Economía*, op. cit., pág. 430).

<sup>68</sup> La Ley de Garantías Mobiliarias estuvo precedida de una serie de aportes que alegaban el problema de no contar con garantías extrajudiciales eficientes como el pacto comisorio: PASQUEL RODRIGUEZ, Enrique, “Informalidad, riesgo empresarial y superación de la pobreza”, en: *Ius et veritas*, volumen: 17, Número: 34, Lima, julio de 2007. pág. 213. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, “Anteproyecto de ley de garantía mobiliaria”, en: *Hechos & Derechos*, volumen: 1, Número: 13, Trujillo, octubre de 2003, pág. 13. Posteriormente resalta la incorporación de esta normativa: ROBAS

normativa) de nuestro sistema al Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos. En efecto, luego de la celebración de este Acuerdo el Perú se vio obligado a modificar su normativa en aras de crear un marco normativo adecuado para facilitar el intercambio comercial con los Estados Unidos. De esta manera, mediante la Ley N° 291752 el poder político delegó al Ejecutivo facultades para legislar sobre diversas materias relacionadas con el mencionado Acuerdo Comercial, en un periodo de 180 días. Como consecuencia de ello, se promulgaron 98 Decretos Legislativos, la mayoría de ellos y más importantes expedidos los 7 últimos días antes de terminar la vigencia de las facultades. Las modificaciones al Derecho peruano en general han sido muy relevantes, pero también muy arbitrarias, como la desprotección de las propiedades de las comunidades nativas y campesinas<sup>69</sup> y la desprotección de los recursos forestales<sup>70</sup>, no obstante, en palabras del poder político “se ha promovido una gran transformación jurídica en el Estado que permitirá a nuestro país avanzar por el camino de la modernidad (...) Así, se aprovechará las extraordinarias condiciones del mercado mundial”.<sup>71</sup> En el lapso de la semana del 23 al 29 de junio del año 2008 se expidió una Ley complementaria del sistema de protección al consumidor<sup>72</sup>, una nueva Ley sobre represión de las prácticas anticompetitivas<sup>73</sup>, una nueva Ley de represión de la Competencia

---

SANCHEZ, Luis Alonso, “Ley de Garantía Mobiliaria: un vistazo socio-económico”, Normas Legales: análisis jurídico, Número: 365, Trujillo, octubre de 2006, pág. 118. Ya se ha develado los gravísimos vacíos que tiene esta norma en relación con las garantías procesales mínimas que debe tener el ejecutado: BONILLA CONCHA, Alvaro, “Perplejidades procesales en la novísima Ley de Garantía Mobiliaria”, en: *Actualidad Jurídica*, N° 161, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2007.

<sup>69</sup> Mediante el Decreto Legislativo N° 1015 (20/05/2008), se establece un criterio bastante discutible para la enajenación de la propiedad comunal, requiriéndose solo más del 50% de los votos de los comuneros para tal acto dispositivo, ello con la finalidad de mejorar “su producción y competitividad agropecuaria”, esto es, poder vender estas tierras a terceros para que pueda ser objeto de explotación.

<sup>70</sup> Mediante el Decreto Legislativo N° 1090 (28/06/2008), se aprobó la llamada “Ley de la selva” que permite que el aprovechamiento de recursos forestales se haga mediante concesiones por iniciativa privada y por el plazo de 40 años renovables, y el espacio concesionado podría ser hasta de 40,000 hectáreas. Dicha norma es un calco de un proyecto de ley que fue archivado en el Congreso justamente por los conflictos sociales que ocasionó.

<sup>71</sup> GARCÍA PÉREZ, Alan, “Una apuesta crucial por el siglo XXI”, en: *El Comercio*, Año 169, N° 86.456, Lima, domingo 06 de julio del 2008, pág. a4.

<sup>72</sup> El Decreto Legislativo 1045 del 26/06/2008 aprobó la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor que establece un marco menos tuitivo para los sujetos débiles en la contratación estándar, limitando, por ejemplo, el ámbito subjetivo de aplicación. En efecto, mediante el precedente de observancia obligatoria establecido en la Resolución N° 0422-2003/TDC-INDECOPI, se había determinado que: “*Las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo y, por tanto son considerados como consumidores para efectos de la Ley de Protección al Consumidor cuando debido a las necesidades de su actividad empresarial adquieran o utilicen productos, ya sean bienes o servicios, para cuya adquisición o uso no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos de los proveedores*”. Ahora se limita la posibilidad de que los microempresarios sean considerados como consumidores porque con la modificación del inciso a) del artículo 3 se considera consumidor: “(...) *excepcionalmente, a los micropempresarios que evidencian una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios no relacionados con el giro propio del negocio* (...).”

Por otro lado, si bien dentro de los métodos comerciales coercitivos se regula la prohibición de las ventas atadas cuando haya una relación de dependencia o subordinación en la relación de consumo, se limita este supuesto para los casos de los contratos de duración determinada o tracto sucesivo. Asimismo, el artículo 18 del referido Decreto Legislativo regula dos supuestos de cláusulas vejatorias: el injustificado ius variandi a favor del proveedor (poder de modificar unilateralmente el contrato) y el establecimiento de la prórroga tácita del contrato sin contar con el consentimiento del consumidor, en ambos casos, dichas cláusulas se tendrán por no puestas. No obstante, es importante resaltar que el control de las cláusulas vejatorias sigue siendo insuficiente y esta regulación solo ayuda a mantener la falta de organicidad del sistema. Quizá la única innovación verdaderamente tuitiva es la modificación del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor, pues permite que el consumidor pueda alternativamente, solicitar la devolución del monto pagado por el bien o servicio no idóneo, el cambio del bien o la nueva ejecución del servicio, o la reparación del bien de acuerdo a su interés (antes de la modificación estos remedios se ejercían de forma preclusiva). Esta modificación parece ser un lunar que podría ser rápidamente derogado.

<sup>73</sup> Mediante el Decreto Legislativo N° 1034 (25/06/2008) se aprobó la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la cual desde el principio exalta a la “eficiencia económica en los mercados” como su finalidad, a diferencia de la ley anterior (Decreto Legislativo N° 701), que establecía como su finalidad: “eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia” (art. 1). Además, a diferencia de la ley anterior que abría la posibilidad de que

Desleal<sup>74</sup>, una nueva Ley de Arbitraje<sup>75</sup>, modificaciones sustanciales al Código Procesal Civil<sup>76</sup>, a la Ley General del Sistema Concursal<sup>77</sup>, a la Ley de Conciliación, a la Ley de derechos de Autor, a la normativa referida a la propiedad industrial, entre muchas otras; todo ello fundándose en la eficiencia como fin de esta revolución normativa. Sin embargo, cabe aclarar que toda esta revolución normativa, además de fundarse en el argumento de la “eficiencia”, es una clara expresión de la llamada americanización del Derecho.

#### **IV. Circulación del formante doctrinal liberista: la importación de la doctrina jurídica hegemónica como consecuencia de la americanización del Derecho**

Hace algunas décadas Jhon Henry Merryman se quejaba de que en el Derecho de Estados Unidos no había un paradigma intelectual, tal como lo era el pandectismo en Europa.<sup>78</sup> Y es que el realismo norteamericano parecía más una expresión de la sociología que una herramienta útil para el jurista. Ahora, que duda cabe, el paradigma norteamericano tiene nombre propio y este es el Análisis Económico del Derecho<sup>79</sup>. Como ha sido afirmado: “Este movimiento es probablemente la más original y única contribución estadounidense a la jurisprudencia en el mundo: es un producto verdaderamente americano, una contribución americana”.<sup>80</sup>

---

pueda prohibirse también las prácticas explotativas contra los consumidores (dentro de los supuestos de abuso de posición de dominio), la nueva ley ha optado claramente por la no prohibición de dichas prácticas, al establecer en el artículo 10.2, antes de detallar los supuestos de abuso de posición de dominio, que estas conductas tienen específicamente efecto exclusorio. Además, el artículo 10.5 establece categóricamente que no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales; de esta manera cuando la conducta no afecta a competidores (como el caso de prácticas explotativas que afectan directamente a los consumidores), no se reputará como abuso de posición de dominio y, por lo tanto, no estará prohibida.

<sup>74</sup> Mediante el Decreto Legislativo N° 1044 se aprobó la Ley de Represión de la Competencia Desleal derogando el Decreto legislativo N° 691, Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor, y señalando de manera bizantina que si existen consumidores afectados por actividades publicitarias, corresponderá a la autoridad competente en materia de protección al consumidor aplicar las disposiciones que tutelan tales derechos según la ley de la materia. El problema es que la ley de la materia justamente fue derogada por la norma en cuestión, siendo absorbida en su cuerpo normativo pero solo para tutelar a los competidores.

<sup>75</sup> En este cuerpo normativo (Decreto Legislativo N° 1071) se establece, por ejemplo, que es posible establecer la cláusula arbitral en los contratos estándar, siendo inimpugnable dicha cláusula cuando ha sido informada al consumidor mediante su establecimiento en el propio contrato (art. 15).

<sup>76</sup> Bajo la Rúbrica “Decreto Legislativo que mejora la administración de justicia en materia comercial, modificando normas procesales” (Decreto Legislativo N° 1069), se ha modificado importantes normas del Código Procesal Civil, referido a la tutela ejecutiva y la cautelar, reduciendo las garantías de los demandados en un claro favor hacia los acreedores bancarios. Además, se ha determinado que la tercería de propiedad contra acreedores hipotecarios solo es procedente si antes fue previamente inscrita, situación de lo más inverosímil en un sistema como el peruano donde la transferencia de la propiedad se hace por el solo consenso. Esta modificación normativa se debe al formante doctrinal inspirado en el análisis económico que había arremetido contra la “tercería de propiedad” porque era considerado un medio de desincentivo del intercambio económico, señalando que en el caso del proceso de ejecución de garantías debía ser declarado in procedente *in limine*: LUPERDI GAMBOA, César Ernesto, “Tercería de propiedad vs. Ejecución de Garantías. Un atentado contra los acreedores y un desincentivo para el otorgamiento de los créditos”, en: *Normas legales: doctrina, jurisprudencia, actividad jurídica*, Volumen: 2, Número: 340, pág. 69 y sgtes.

<sup>77</sup> La modificación de los fines del sistema concursal son sintomáticas de la nueva orientación. Así, mediante el Decreto Legislativo N° 1050 del 27/06/2008, se modifica el artículo 1 de la ley estableciendo que el objetivo del sistema concursal es únicamente “la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor”, a diferencia del texto anterior que reconocía tres objetivos: la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y la protección del patrimonio de la empresa.

<sup>78</sup> “Aun cuando es cierto que Europa tuvo un modelo (paradigm) de investigación jurídica, éste fracasó en el mundo del common law, y ninguna otra alternativa académica ha prevalecido jamás. Como estudiosos del derecho, nos hallamos todavía en la era pre – paradigmática” (MERRYMAN, Jhon Henry, “Fines, Objeto y Método del Derecho Comparado”, Traducción de Fausto E. Rodríguez, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año IX N° 25 – 26, Enero – Abril, UNAM, México, DF., 1976, pág. 83).

<sup>79</sup> MATTEI, Ugo, “Hecho y valor: La paradoja hermenéutica del análisis económico del derecho”, op cit., pág. 40.

<sup>80</sup> REIMANN, Mathias, “El análisis económico del Derecho”, op. cit., pág. 109.

Este paradigma ha pasado de ser líder a hegemónico: “Hasta cierto momento, recientemente, los juristas angloamericanos que habían vivido un poco apartados del ambiente cultural de su sociedad, devinieron activos en sus universidades como ‘científicos’. Mientras tanto, los juristas romanistas continentales, abandonando su actitud universalista, se han encerrado en un positivismo jurídico estatocéntrico. De ello ha resultado un cambio de *leadership* al interior de la tradición jurídica occidental, hasta ayer dominada por la tradición académica continental: el modelo americano ha terminado por imponer su hegemonía cultural junto a aquella política y económica”.<sup>81</sup> Es claro pues que en la historia existen lugares de producción de un modelo transnacional: el pensamiento legal alemán fue en ese sentido hegemónico entre los años 1850 y 1900, el pensamiento legal francés entre 1900 y quizá hasta la década de los 30, y el pensamiento legal norteamericano lo es desde después de 1950.<sup>82</sup>

En efecto, la hegemonía jurídica (pero obviamente, no solo jurídica) norteamericana se ve expresada en el hecho de que sus modelos “...ya gozan de hegemonía planetaria, reciben una potente legitimación científica por su vínculo con la ciencia económica. Cuando la filosofía era la disciplina académica de prestigio, los juristas lograban encontrar entre sus instrumentos (o mejor, en su jerga) la clave del éxito. El modelo se repite ahora con la economía. Los juristas occidentales están en la constante búsqueda de nobles aliados para hacer frente a la propia responsabilidad social y para conservar su propio poder”<sup>83</sup>.

Todo ello se enmarca pues en la americanización del Derecho, que es un verdadero fenómeno global.<sup>84</sup> El prestigio de la Universidades norteamericanas y de su justicia, lleva a importar modelos como el sistema acusatorio penal o el sistema de precedentes judiciales a países de tradiciones evidentemente distintas. Se llega a afirmar que la influencia del Derecho americano y sus concepciones legales en el derecho sustantivo son cada vez más significantes, constituyendo quizá la más importante influencia en las culturas legales europeas y globales desde la segunda guerra mundial<sup>85</sup>; así: “una recepción del *American Law* ha tomado un lugar, el cual podría y debería ser comparado con la recepción del Derecho Romano en Europa en el alba del periodo del moderno pensamiento legal europeo”<sup>86</sup>.

Los factores económicos son fundamentales para tal fin, determinando el poder que condiciona, a su vez, la importación de modelos culturales, modelos que de alguna manera se autolegitiman. De ahí que el cine, por ejemplo, se convierta en un mecanismo de promoción de los valores norteamericanos y de su Derecho de manera planetaria.<sup>87</sup> Pese a ello, desde el punto de vista

---

<sup>81</sup> MATTEI, Ugo, “Hecho y valor: La paradoja hermenéutica del análisis económico del derecho”, op cit., pág. 60.

<sup>82</sup> KENNEDY, Duncan, “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000”, en: *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, David Trubek and Alvaro Santos, eds., (Cambridge, 2006), pág. 22. Disponible en: [http://duncankennedy.net/topics/legal\\_theory.html](http://duncankennedy.net/topics/legal_theory.html).

<sup>83</sup> MATTEI, Ugo, “Hecho y valor: La paradoja hermenéutica del análisis económico del derecho”, op cit., pág. 60.

<sup>84</sup> En el Perú, el primer acercamiento a la americanización fue realizado por: LEÓN, Leysser. *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*, Palestra Editores, Lima, 2004, págs. 322 y sgtes.

<sup>85</sup> WIEGAND, Wolfgang, “Americanization of Law: Reception or Convergente?”, en: Lawrence Friedman & Harry Scheiber (eds), *Legal Culture and the Legal Profession* (Westport, Westwood Press), 1996, pág. 142.

<sup>86</sup> WIEGAND, Wolfgang, “Americanization of Law: Reception or Convergente?”, op. cit., pág. 138.

<sup>87</sup> No hay duda que la obra fílmica puede ser utilizada como fuente no formal de producción de reglas, estos es, como instrumento idóneo para inducir comportamientos (SOMMA, Alessandro, “When the law goes pop. La rappresentazione fílmica del diritto”, en: *Politica del Diritto*, XXXIV, N° 3, Settembre, 2003, pág. 447); por otro lado se señala que en el proceso de transformación del “american law” en un “espectacular imperial law”, el rol de la industria del cine y de los medios de comunicación masiva internacional ha sido enorme (MATTEI, Ugo, “A theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance”, en: *Global Jurist Frontiers*, Volme 3, Issue 2, 2003, pág. 60 [Disponible en: [http://works.bepress.com/ugo\\_mattei/1/](http://works.bepress.com/ugo_mattei/1/)]).

económico se ha querido dar autonomía al discurso de lo que llaman eufemísticamente globalización económica o mercado global, cuando en realidad ambos, el proceso de globalización y la americanización siguen el mismo camino.<sup>88</sup>

Pero E.U. no se ha convertido en un ordenamiento hegemónico de la noche a la mañana. En efecto, este largo proceso proviene de las dos guerras mundiales en donde la cultura norteamericana empezó importando los modelos de enseñanzas europeos, específicamente, alemanes.<sup>89</sup> Luego por influencia de cuestiones económicas y políticas se va asentando un poder que convierte a este país en una potencia al lado de la Unión Europea; el modelo norteamericano se convierte en líder. Ya caído el muro de Berlín Estados Unidos pasa de ser un modelo líder a uno hegemónico, y para ello ya tiene una herramienta teórica legitimadora: el AED.

Y este modelo teórico que como se vio, se funda en el derecho a ser informado, en la elección racional y la mano invisible, es exportado en casi todo el mundo, incluso en Europa donde por años se había forjado un Estado Social.<sup>90</sup> En efecto, los noventa fue la década en la cual el poder de U.S. (y consecuentemente, su Derecho) se volvieron de líderes a hegemónicos.<sup>91</sup> Así, el modelo norteamericano terminó de derrumbar al Estado de Bienestar y se convirtió en el principal exportador de instituciones jurídicas, asentando el análisis económico del Derecho e insertando estas tendencias en América Latina e incluso en Europa: “donde los civilistas europeos maestros mundiales en codificación desde Napoleón, y exportadores mundiales de códigos civiles a través de los años, han ido recibiendo y aceptando los concejos del sistema hegemónico norteamericano”<sup>92 93</sup>.

¿Pero cómo circula este modelo? La difusión del Derecho es quizá el problema central de la comparación jurídica<sup>94</sup>, por ello los esquemas teóricos que nos brinda la comparación para explicar la circulación de modelos jurídicos son de los más diversos.

---

<sup>88</sup> CASSESE, Sabino, “The globalization of Law”, en: *International Law and Politics*, Vol. 37, Nov. 06, pág. 990.

<sup>89</sup> MATTEI, Ugo, “Por qué cambian los vientos: Liderazgo intelectual en el Derecho Occidental”, Traducción de Aníbal Gálvez Rivas revisión de Leysser León, en: *Derecho virtual, revista electrónica*, Año I, N° 1, Abril – Junio, 2006. Pág. 8. El detalle de la influencia del civil law en la formación del liderazgo norteamericano puede verse en: MATTEI, Ugo, “The rise and fall of law and economics: an essay for judge Guido Calabresi”, op. cit., pág. 2, 3.

Más en general se afirma que el Derecho Anglo Americano fue reestructurado por préstamos masivos del derecho continental: GORDLEY, James, “Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonized Law”, en: *The American Journal of Comparative Law*, Volume 43, Number 5, Summer 1995, pág. 469.

<sup>90</sup> Sin embargo, hay quienes afirman que para la llegada de este modelo dicho Estado ya se encontraba en una suerte de autodisolución: LUHMANN, Nicklas, *Teoría Política en el Estado de Bienestar*, Traducción de Fernando Vallespín, Alianza Editorial, Primera Reimpresión, Madrid, 1994, pág. 31.

<sup>91</sup> MATTEI, Ugo, “A theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance”, op. cit., pág. 12.

<sup>92</sup> MATTEI, Ugo, “A theory of Imperial Law...”, op. cit., pág. 40.

<sup>93</sup> En Europa, en el contexto de los diversos proyectos que buscan la creación de un Código Civil Europeo de los Contratos (por ejemplo, del grupo de Ole Lando y del grupo de Pavía), y las orientaciones liberales en materia contractual a nivel comunitario, existe un intenso debate sobre la *Americanization* del Civil Law, y la respuesta del derecho común europeo. A modo de referencia véase: SOMMA, Alessandro, “Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti!”, en: *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, Vol. 11 (2005), Università di Trento, Facoltà di giurisprudenza, <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/>. DI MAJO, Adolfo, “Quale contenitore per il diritto europeo dei contratti?”, en la página web de la Università di Ferrara: <http://www.giuri.unife.it>. Interesantes críticas orientadas desde otro punto de vista: MATTEI, Ugo, “Hard Code Now!”, op. cit. Un acercamiento menos ideológico sobre el particular puede observarse en: ROPPO, Vincenzo, “Sobre el derecho europeo de los contratos: Por una visión constructivamente crítica”, Traducción de Jhon Carmona, en: *Cathedra*, espíritu del Derecho, Año VII, N° 11, Lima, 2004, pág. 91 y sgtes. BAFFI, Enrico, “Il diritto dei contratti, la giustizia sociale e l’ agenda tecnocratica”, en: *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, Vol 11 (2005), Università di Trento, Facoltà di giurisprudenza, <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/>. Véase también el documento: Gruppo Di Studio Sulla Giustizia Sociale Nel Diritto Privato Europeo, “Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto”, Traducción de Aurelia Colombi Ciacchi, Disponible en: <http://www.elsaitalia.it/public/upload/downloads/fecon.pdf>.

<sup>94</sup> WESTBROOK, David A., “Theorizing the diffusion of law in an age of globalization: conceptual difficulties, unstable imaginations, and the effort to think gracefully nonetheless”, University of Belgrade. School of law. 2008

Sin agotar para nada la basta literatura que se ha desarrollado sobre el particular, es posible afirmar siguiendo los trabajos de Alessandro Somma, que muchas teorías que han querido explicar este fenómeno se alimentan de dos orientaciones de la antropología: la teoría difusionista y la teoría evolucionista, y se caracterizan además por dejar de lado los aportes de la sociología, sobre la relación entre la circulación normativa y las reglas sociales autóctonas. Así, las teorías difusionistas exaltan las transformaciones del sistema legal en razón a las reglas que toman externamente; por su parte, las teorías evolucionistas afirman que un sistema se encuentra en una constante evolución lineal sobre una valoración del “progreso” definida unilateralmente por Occidente, sin atribuir la debida relevancia a las innumerables causas exógenas de las transformaciones.<sup>95</sup>

Las teorías difusionistas y evolucionistas de una u otra manera influyen en las dos corrientes más importantes de la comparación jurídica: el estructuralismo y el funcionalismo. Dentro de la perspectiva estructuralista se reconoce a la teoría del prestigio de Rodolfo Sacco y la teoría de los trasplantes legales de Alan Watson.

Por el lado de las vertientes funcionalistas (cerca de las tesis evolucionistas) es importante notar primero la elaboración teórica de Zweigert y Kötz, la teoría de la competencia de ordenamientos jurídicos tributaria de acercamientos eficientistas y la visión de los *legal irritans* de Günther Teubner.

Una primera reelaboración del acercamiento estructuralista es hecha por Pier Giuseppe Monateri y el análisis de lo que llama el “*weak law*”. Por su parte, desde una perspectiva post estructuralista es importante la visión de Alessandro Somma y Pierre Legrand, ambos llegando a conclusiones nihilistas en relación con la posibilidad de trasplantes jurídicos. Finalmente, una crítica a lo que es llamado Derecho Imperial (*Imperial law*) es propuesta agudamente por Ugo Mattei.

¿Por qué es útil analizar la circulación de modelos por parte del estudioso del Derecho peruano? Por una razón muy sencilla: nuestro país es una cultura jurídica imitadora de modelos jurídicos.<sup>96</sup> Y este hecho no es un valor o disvalor por sí mismo. Es más, toda cultura jurídica que ha sido líder o que lo es en la actualidad, en algún momento fue imitadora de modelos jurídicos. Lo fueron los pandectistas alemanes y los juristas franceses al fundarse en el Derecho Romano. Lo fueron los italianos al imitar primero el modelo francés (que fue base de su Código Civil de 1865) y luego el formante doctrinal alemán. Lo fue también la cultura jurídica norteamericana que no solo imitó la forma de enseñanza de las escuelas alemanas, sino que se desarrolló gracias a profesores alemanes e italianos, aunque esto hay que decirlo, de forma totalmente casual, pues estos llegaron a tierras americanas escapando de las barbaries de las guerras mundiales.

Entonces la comparación jurídica es importantísima, pues a través de ella podemos encontrar las razones de la recepción del análisis económico, así como su conveniencia o inconveniencia para una sociedad como la nuestra.

---

([http://www.alanwatson.org/westbrook\\_diffusion.pdf](http://www.alanwatson.org/westbrook_diffusion.pdf)), pág. 1. Original en: *Harvard International Law Journal*, Volume 47, Number 2, Summer 2006.

<sup>95</sup> Desarrolla este tema: SOMMA, Alessandro, “Tanto per cambiare... mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, núm. 116, mayo – agosto de 2006, pág.537 y sgtes.

<sup>96</sup> Un análisis agudo de la imitación de modelos jurídicos en el Código Civil peruano y las consecuencias de las malas importaciones, puede verse en: LEÓN, Leysser, *El sentido de la codificación civil*, op. cit.

#### 4.1. Breve repaso a las diversas teorías del cambio jurídico

Brevemente, algunas aclaraciones. En la comparación jurídica la circulación de modelos ha sido denominada de distintas maneras: imitación, importación/exportación, préstamo (*borrowing*), trasplante, injerto, recepción, convergencia/divergencia, entre otros.<sup>97</sup> Lo primero a tener en cuenta antes de analizar las diversas teorías es el alcance de esta terminología.

Asimismo, es preciso señalar que los aportes estructuralistas son fundamentales para iniciar un análisis de la circulación de modelos jurídicos. Lo que circula en realidad son los formantes legales<sup>98</sup>, que son reglas de diversa naturaleza, básicamente: reglas legales, reglas jurisprudenciales, reglas doctrinales, que son tomadas de un sistema a otro. El fenómeno de la imitación implica necesariamente tomar ciertas reglas hacia el sistema propio, es decir, para imitar previamente se ha debido importar una regla (doctrinal, legal o jurisprudencial). No veo ningún inconveniente en llamar a esta importación cómo préstamo (o *borrowing*). Ahora bien, el término imitación es bastante vago para analizar el proceso por el cual la nueva regla es establecida en el sistema, por ello en esta etapa se usa de manera más sofisticada los términos trasplantes e injertos. El trasplante implica el cambio de un organismo por otro (el cambio de una regla por otra), mientras injerto se refiere a la fusión de un organismo con otro (la fusión de las reglas). En similar sentido se habla de recepción y convergencia, la recepción es la mera transposición de la regla en el sistema, la convergencia implica un proceso ulterior de adaptación necesario (siendo la divergencia el resultado negativo de ese proceso).

En el Perú, frente a la importación del análisis económico considero que hay solo dos posibilidades: o la recepción o la resistencia, y ello porque los importadores del modelo lo insertan en nuestro sistema sin un atisbo de crítica. No hay aquí lugar a los términos medios por los que se pueda hablar de injertos o de convergencia, pues en nuestro país se ha pretendido imponer una determinada orientación ideológica mediante el proceso de imitación. Claro está, como mostraré después, ello no quiere decir que el modelo importado funcione como en el país de origen, no se trata solo de una disociación (o contradicción) entre formantes legales, sino también de una disociación entre el discurso formal y los valores de ambos sistemas.

A continuación analizaré las diversas teorías del cambio jurídico y cómo la importación del AED podría explicarse a través de cada una de ellas.

##### 4.1.1 El acercamiento estructuralista: la circulación sobre la base del prestigio y los trasplantes legales. Los aportes de Alan Watson y Rodolfo Sacco

El estructuralismo en la comparación jurídica ha sido desarrollado sobretudo por Rodolfo Sacco. Esta ilustre comparatista recurre a las nociones desarrolladas por la lingüística (formante, diacrónico, sincrónico, criptotipo, etc.) para elaborar su sistema.<sup>99</sup> De esta manera, se determina que

---

<sup>97</sup> Entre los diversos nombres utilizados tenemos: inoculación, implantación, *grafting*, *repotting*, *cross-fertilisation*, *cross-pollination*, *engulfment*, *emulation*, *infiltration*, *infusion*, *digestion*, *salad bowl*, *melting pot* and *transposition*, *collective colonisation*, *contaminants*, *legal irritants*, entre otros. Al respecto véase: ÖRÜCÜ, Esin, "Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition", en: *Electronic Journal Of Comparative Law*, Vol 4.1 (June 2000), <http://www.ejcl.org/41/art41-1.html>, pág. 12, 13.

<sup>98</sup> SACCO, Rodolfo. "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law". En: *American Journal of Comparative Law*, vol. 1-39, 1991. Págs. 343-401. Se señala que la distinción entre diferentes formantes de cada sistema y su absolución de una necesidad total de coherencia ha sido, en el campo del análisis comparativo, incluso quizá en el análisis legal *tout court*, "uno de los logros metodológicos más relevantes de la segunda mitad del siglo XX" (GAMBARO, Antonio, "The Trento Theses", en: *Global Jurist Frontiers*, Vol. 4 [2004], Iss. 1, Art. 2, [<http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol4/iss1/art2>], pág. 13).

<sup>99</sup> Véase: SACCO, Rodolfo, *Introduzione al diritto comparato*, V Edizione, UTET, Torino, 1992.

el ordenamiento jurídico esta conformado por una serie de formantes legales (por ejemplo: formante legal, formante jurisprudencia, formante doctrinal) que establecen una estructura que no siempre es coherente, pues se presentan disociaciones entre estos elementos (el formante legal puedes estar en contraposición con el formante jurisprudencial). De esta manera, la comparación ofrece un terreno bastante vasto, en el cual después de haber descompuesto cada sistema jurídico y haberlo reducido a una serie de formantes distintos, puede establecerse cuál es el grado de disociación de los formantes, “y en que medida, sobretudoo, las fuentes formales de un país, el Derecho allí aplicado y el conocimiento que los juristas tienen de su propio sistema se encuentra en concordancia”.<sup>100</sup>

En lo que respecta a la circulación de modelos Alessandro Somma encuadra el pensamiento de Sacco en las tesis difusionistas. En efecto, Sacco afirma que esta se realiza sobre la base de la imitación, pues el nacimiento de un modelo original es un fenómeno más raro que la imitación<sup>101</sup>. Esta imitación puede a su vez deberse a dos factores: la fuerza o el prestigio.<sup>102</sup> La fuerza se da, por ejemplo, en las experiencias en donde ha habido conflictos armados y se ha impuesto un determinado sistema jurídico. Así, por ejemplo, en las colonias africanas francesas o el Derecho soviético en los países que fueron adscritos a la ex URSS por medio de la imposición de la fuerza. En la actualidad un claro ejemplo podría ser la imposición del modelo de democracia representativa norteamericano en Irak.<sup>103</sup> Por el contrario, la circulación sobre la base del prestigio se da cuando un modelo jurídico se vuelve líder por méritos intelectuales propios y llega así a ser considerado por los estudiosos de otras experiencias jurídicas. Por ejemplo, el Code Napoléon también circuló sobre la base del prestigio, fue la fuente del Código Civil italiano y español del siglo XIX, y de muchos Códigos Latinoamericanos. Por su parte, el BGB ha tenido una influencia notable hasta la actualidad. Su prestigio ha hecho que el modelo sea tomado en experiencias tan disímiles como la japonesa y la portuguesa, y recientemente en Brasil el Código Civil del año 2002 sigue siendo tributario del BGB.

No hay duda que la recepción del AED y la americanización en general, podrían explicarse sobre la base del prestigio del modelo norteamericano. Así, se afirma que hay fuerzas que promueven la americanización, siendo el factor que contribuye a ello el desarrollo de un mercado global de especialidades y maestrías construidas junto al altamente competitivo mercado de ideas norteamericano que ha emergido especialmente desde los ochentas.<sup>104</sup>

En efecto, desde un enfoque estructural<sup>105</sup>, se señala que el poder del *US law* viene de tres factores interrelacionados. Uno, es simplemente el prestigio de los académicos norteamericanos y las instituciones legales. Segundo, es que el prestigio ayuda a convencer a estudiantes de todo el mundo para estudiar en Estados Unidos, incluyendo el Derecho pero también muchos otros campos alrededor del Derecho – tales como la economía-. Los estudiantes son importadores naturales cuando ellos usan sus conocimientos y experiencias para construir sus carreras en casa. Tercero, la

---

<sup>100</sup> SACCO, Rodolfo, *Introduzione al diritto comparato*, op. cit., pág. 49.

<sup>101</sup> SACCO, Rodolfo, *Introduzione al diritto comparato*, op. cit., pág. 134.

<sup>102</sup> SACCO, Rodolfo, *Introduzione al diritto comparato*, op. cit., pág. 148.

<sup>103</sup> Sobre este problema: CASSESE, Sabino, “The globalization of Law”, op. cit., pág. 973 y sgtes. NADER, Laura, “Promise or Plunder? A Past and Future Look at Law and Development”, en: *Global Jurist Frontiers*, Volume 7, Issue 2, Art. 1, 2007, pág. 13 (<http://www.bepress.com/gj/vol7/iss2/art1>). SHIVJI, Issa G., ‘Law’s Empire and Empire’s Lawlessness: Beyond the Anglo-American Law’, 2003 (1) Law, en: *Social Justice & Global Development Journal* (LGD). <<http://elj.warwick.ac.uk/global/issue/2003-1/shivji.html>>

<sup>104</sup> DEZALAY, Yves and BRYANT G. Garth, “The import and export of law and Legal institution: International strategies in national Palace Wars”, en: *Adapting Legal Cultures*, Edited by David Nelken and Johannes Feest, Oñati International Series in Law and Society, Oxford – Portland Oregon, Hart Publishing, 2001, pág. 250.

<sup>105</sup> “Nosotros tratamos de emplear una aproximación estructural para mostrar como las estrategias internacionales son representadas dentro – y transformando – una cultura local” (DEZALAY, Yves and BRYANT G. Garth, “The import and export of law and Legal institution: International strategies in national Palace Wars”, op. cit. pág. 253).

legitimidad del Derecho Norteamericano está reforzada por la investigación interdisciplinaria, por ejemplo, el estilo de mediación norteamericano viene con una gama de literatura económica y psicológica para demostrar su credibilidad y valía, así también el Derecho Público viene integrado con teorías de la sociedad civil y una rica literatura sobre el rol de la Corte Suprema y el Derecho Constitucional.<sup>106</sup>

El análisis del prestigio, empero, se agota en el análisis de los discursos formales que son materia de imitación. En efecto, si bien Sacco entiende que los formantes legales sufren modificaciones en los sistemas que los han tomado, no desarrolla la difusa noción de prestigio, que es en realidad bastante manipulable. El ilustre comparatista solo diferencia entre regla ligada a una elección política y regla políticamente neutra. Así, la afirmación de que la regla políticamente neutra circula más libremente pues es difundida por el prestigio de la cual goza<sup>107</sup>, podría dar pie a la defensa de la recepción de los modelos economicistas debido a su aparente neutralidad ideológica y al prestigio basado en la eficiencia.

Además, la atención se funda en el ordenamiento hegemónico que podrá tener poderío militar o intelectual, pero no se analiza las razones efectivas por las cuales el grupo de poder del país receptor toma tal o cuál modelo. De esta manera, las visiones estructuralistas no ponen mucho hincapié en el carácter de la intervención de los actores receptores del modelo ni desarrollan adecuadamente las razones del “prestigio”.

En ese sentido, con la intención de precisar la noción de prestigio, Antonio Gambaro ha analizado la circulación de los modelos refiriéndose a una disociación ulterior de aquella de formantes: la disociación entre “subtradición técnico jurídica” y “subtradición político filosófica”, correlacionadas a las diferencias entre la “colocación profesional de los protagonistas” o al “circuito cultural en los cuales se mueven” o aun a su “estilo literario preferido”. La primera subtradición es prestigiosa si constituye el producto de una doctrina que termina por cubrir una posición de predominio al interior de los formantes del propio sistema (como la pandectística alemana del 800 y el realismo norteamericano del 900); el prestigio de la subtradición político filosófica deriva, por el contrario, de su intención por constituir expresión de un “ideal de sociedad más avanzada en términos de civilidad jurídica”.<sup>108</sup> En efecto, en un determinado sistema conviven la estructura formal de reglas y los valores subyacentes a ella, ambos son materia de imitación ya sea de forma conjunta o de forma autónoma. Por eso Somma afirma que estas dos subtradiciones circulan en modo autónomo como los formantes, y en particular la subtradición político filosófica está imitada al solo fin de legitimar soluciones consideradas no reconducibles a la subtradición técnico jurídica, determinando así hipótesis de idealización del modelo y de circulación simbólica no del modelo en sí, sino de la imagen de un tipo político filosófico a él comúnmente asociado.

De matriz también difusionista es la teoría de los trasplantes legales de Alan Watson. Este comparatista al igual que Sacco señala que los préstamos son usualmente el mayor factor en el cambio legal, más firmemente afirma que “Los trasplantes legales son inevitables. Desde el tardío imperio romano ellos han sido el mayor, sino siempre el principal, factor en el cambio legal en el mundo occidental”<sup>109</sup>; asimismo, afirma que ellos son fundamentales para entender cómo, porque y

---

<sup>106</sup> DEZALAY, Yves and BRYANT G. Garth, “The import and export of law and Legal institution: International strategies in national Palace Wars”, op. cit., pág. 251.

<sup>107</sup> SACCO, Rodolfo, *Introduzione al diritto comparato*, op. cit., pág. 151.

<sup>108</sup> SOMMA, Alessandro, “Tanto per cambiare...”, op. cit., pág. 543.

<sup>109</sup> WATSON, Alan, “Legal Transplants and European Private Law”, en: *Electronic Journal of Comparative Law (EJCL)*, Vol. 4.4, December, 2000 (<http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>), pág. 10.

cuándo el Derecho cambia, la dirección del cambio legal y cómo el Derecho se desarrolla en la sociedad en la cuál estos operan.<sup>110</sup>

Sin embargo, a diferencia de Sacco, Watson pone especial énfasis en la actividad del imitador. Así, describe la forma en que se llevarán a cabo los trasplantes jurídicos: Los modelos son seleccionados más por lo atractivo que le parece a los operadores del Derecho, que por el contenido, es decir, no porque encarnan determinados valores, sino porque son fácilmente accesibles o utilizables. Asimismo, Watson afirma que los gobernantes en el mundo occidental por mucho tiempo tuvieron en realidad poco interés en hacer Derecho privado, por el contrario, dicha tarea fue encomendada a una pequeña elite legal quienes se convirtieron en los creadores del Derecho sin tener poder para hacerlo.<sup>111</sup>El resultado de esta exclusión, fue que los creadores del Derecho desarrollaron su propia cultura legal de manera distante a su realidad social.<sup>112</sup>Por ello, los cambios en los sistemas legales no son un producto autóctono de la sociedad, sino son producto de los trasplantes legales: el carácter nómada de las reglas prueba, de acuerdo con Watson, que la idea de una relación cerrada entre Derecho y sociedad es una falacia.<sup>113</sup>Así, se afirma que el Derecho es totalmente autónomo y desarrollado por trasplantes, no porque alguna regla sea inevitable consecuencia de la estructura social, sino porque la regla extranjera fue conocida por aquellos quienes controlan la elaboración del Derecho, quienes han reconocido el aparente beneficio que podría derivar de ella.<sup>114</sup>

En efecto, los trasplantes son realizados por una suerte de circunstancias idiomáticas, culturales o simplemente de placer intelectual que lleva al grupo privilegiado a transplantar determinados modelos. No hay pues una relación directa entre los factores económicos sociales y el cambio jurídico, sino en razón a su influencia en los agentes que realizarán los trasplantes: “Factores sociales, económicos y políticos afectan la forma en que el Derecho es producido solo en la medida de que ellos están presentes en la conciencia de los *lawmakers*, esto es, el grupo de abogados y juristas que controlan los mecanismos del cambio legal”.<sup>115</sup>

En efectos, para Watson hay una serie de factores que van a determinar la imitación, existiendo un balance de dos opuestos grupos de factores, los primeros inhibitorias del cambio y los segundos alentadores del cambio, siendo el caso que un cambio legal ocurre cuando la fuerza del segundo grupo de factores es mayor que la fuerza del primero, aunque la naturaleza del cambio es determinada por el balance y relativo peso de los varios factores.<sup>116</sup>

Watson tiene pues una visión determinista de la imitación, en el momento en el cual entiende a la recepción como el resultado de la elección operada autónomamente por la clase de los cultores del Derecho. Visión alternativa a aquella que reconduce la circulación a una imposición, pero también de aquella que ve en el prestigio del modelo importado la razón de su éxito: Si la primera induce a entender que la circulación es un hecho impuesto y la segunda un hecho libre y conciente, la referencia a la elección de comodidad implica que la imitación es un hecho libre, pero del todo casual o eventualmente (como la difusión del Derecho común histórico o el actual Derecho

---

<sup>110</sup> WATSON, Alan, “Legal Transplants and European Private Law”, op. cit., pág. 9.

<sup>111</sup> WATSON, Alan, “From Legal Transplants to Legal Formants”, en: *The American Journal of Comparative Law*, Volume 43, Number 5, Summer 1995, pág. 469.

<sup>112</sup> WATSON, Alan, Ibid.

<sup>113</sup> MOUSOURAKIS, George, “Towards a Comparative Theory of Legal Change”, en: *Kansai Univ. Rev. L. & Pol*, N° 27, Mar- 2006, pág. 57.

<sup>114</sup> MOUSOURAKIS, George, Ibid.

<sup>115</sup> MOUSOURAKIS, George, “Towards a Comparative Theory of Legal Change”, op. cit., pág. 60.

<sup>116</sup> MOUSOURAKIS, George, “Towards a Comparative Theory of Legal Change”, op. cit., pág. 66.

norteamericano) dependiente de la capacidad del ordenamiento exportador de asumir un rol influyente en las formación de los juristas.<sup>117</sup>

De esta manera, la tesis de los *Legal Transplant* se asemeja a la visión de Sacco, pero constituyendo un término medio: Hay influencia de factores externos que condicionarán la imitación.

Luego desarrollará como Somma y Legrand llegan a negar la circulación de modelos en estos términos estructuralistas. Por lo pronto, es importante resaltar como la importación de los modelos del AED en el Perú, solo desde una óptica en extremo facilista, podría ser analizada desde esta perspectiva. El prestigio existe, que duda cabe, pero que el legislador o jurista haya sido totalmente libre para la elección del modelo es muy discutible o que hayan existido factores casi inconscientes de comodidad para ello, también parece ser un análisis muy escueto.

#### **4.1.2. Las primeras reinterpretaciones: la teoría de la *weak legal culture* de Pier Giuseppe Monateri**

La teoría de los trasplantes ha sido materia de muchas críticas, sobretodo por dejar de lado el valor del contexto social del receptor. En efecto, la elite que realiza la imitación tendría una serie de influencias que condicionarán la recepción, mientras la realidad social poco o nada tendría que hacer con el cambio legal. De ahí, que la tesis de Watson haya sido tachada como conservadora al negar toda atención a la evolución autóctona del sistema.

Una reinterpretación de la tesis de Watson es hecha por Pier Giuseppe Monateri, quien trata de “dar una radical interpretación de la teoría de los trasplantes legales (...) demostrando como esta forma de conservadurismo puede ser usada para deslegitimación y crítica”<sup>118</sup>.

En efecto, la premisa de Watson es que el Derecho es autónomo porque es el producto de una *law making elite* constantemente en busca de legitimación, una elite que es relativamente aislada de preocupaciones sociales. Desde este punto de vista su teoría de autonomía legal puede ser usada como una fuerte crítica de la existencia y deslegitimación de elites gobernantes y abogados, especialmente en los países de occidente”<sup>119</sup>. De esta manera, si la premisa de Watson es que el Derecho es en gran medida autónomo porque es principalmente el producto de la elaboración de una elite relativamente aislada de los problemas sociales y constantemente en busca de legitimación, dicha teoría puede ser utilizada para criticar fuertemente a una elite de juristas que existe y ‘gobierna’ sin legitimación.<sup>120</sup>

Así, este ilustre comparatista pone aún más hincapié en la actividad del imitador. Para él, los actores del trasplante son una elite intelectual que debido a diversos factores (incluyendo de comodidad) asumirá determinado modelo jurídico. Esta elite expresa una *weak culture*, o una cultura jurídica débil que tomará prestado ciertos formantes para la formación de su Derecho.

---

<sup>117</sup> SOMMA, Alessandro, “Tanto per cambiare...”, op. cit., pág. 544, 545. En contra: MOUSOURAKIS, George, “Towards a Comparative Theory of Legal Change”, op. cit., pág. 67. Para quien el modelo de Watson no es determinista, a pesar de que el mismo Watson señala que su mayor uso está en entender como se determina el desarrollo legal. Para el autor citado Watson indica que aunque existen elementos en una sociedad que pueden determinar las opciones que son conocidas o conocibles, y por ello disponibles, ellas no predeterminan un necesario resultado.

<sup>118</sup> MONATERI, Pier Giuseppe, “The ‘Weak Law’: Contaminations and Legal Cultures”, en: *Global Jurist Advances*, Vol 1, Issue 3, Art. 5, 2001, pág. 8 (<http://www.bepress.com/gj/advances/vol1/iss3/art5>).

<sup>119</sup> MONATERI, Pier Giuseppe, “The ‘Weak Law’...”, op. cit., pág. 9.

<sup>120</sup> MONATERI, P.G., “Caio nero. Una ricerca sulle origini multiculturali della ‘Tradizione Giuridica Occidentale’”, en: *Hastings Law Journal*, Vol. 50, April, 1999, pág. 32 (Disponible en: <http://www.jus.unitn.it/CARDOZO/Review/home.html>).

Este proceso, desde el punto de vista ideológico, es un casi “inconsciente” proceso de asimilación del imitador en la ideología del sistema prestado. Así, el significado de las instituciones prestadas dependerá de la lucha con los formantes del sistema receptor, los cuales casi siempre producen algo diferente que el sistema original.<sup>121</sup>

Este proceso tiende a la “contaminación del sistema imitador”, sin embargo, Monateri considera que: “también la ideología de un sistema no es muy a menudo producida de un interior desarrollo local, sino de una contaminación de diferentes influencias derivadas de afuera”.<sup>122</sup> De esta manera, el actual orden legal mundial es más visto como un mundo de “contaminaciones” que un mundo repartido en diferentes familias jurídicas.

Esta práctica de imitación es una práctica habitual que no necesariamente ha sido y es realizada por los comparatistas. Por el contrario, es una práctica habitualmente realizada por los “abogados municipales”, y debe ser estudiada especialmente desde el punto de vista de los “*weak*” sistemas imitadores, pues responde a estrategias internas de gobierno y legitimación de “elites legales” envueltas en el proceso convencional de encubrimiento y producción de significados.<sup>123</sup>

Entonces, es verdad que muchas veces la incorporación de ideologías foráneas es inconsciente, pero muchas otras podría ser totalmente consciente si sobretodo ayuda a legitimar el poder político y económico. En un trabajo trascendental Monateri puso en jaque la certeza del *maenstrein* acerca de la superioridad de occidente, sobre la base de la deslegitimación de los discursos, en ese caso, históricos<sup>124</sup>.

En efecto, la tesis de Monateri parece apoyarse en un sector reconocido del pensamiento post estructuralista, con el cual se afirma que debe considerarse un “discurso ya no simplemente por su aspecto lingüístico sino, en cierto modo (...), como juegos (*games*), juegos estratégicos de acción y reacción, de pregunta y respuesta, de dominación y retracción, y también de lucha. El discurso es ese conjunto regular de hechos lingüísticos en determinado nivel, y polémicos y estratégicos en otro<sup>125</sup>.

Ante ello, el comparatista es alguien que no está implicado en este proceso ideológico, porque el o ella está hecho para “moverse fuera” como una estrategia de deconstrucción y crítica.<sup>126</sup>

Aquí ya podemos observar críticas de fondo a una visión estructuralista de la circulación de modelos jurídicos. La circulación de modelos no es solo una elección libre, sino más bien constituye de por sí un proceso ideológico que en muchos casos buscaría legitimar una élite intelectual, dado que los agentes de la importación local luchan por el poder local a través del prestigio y la legitimación de las ideas foráneas.<sup>127</sup> Siguiendo el camino de Monateri se podría concebir al Derecho comparado como un ‘*critical tool*’ para fundar, o en polar contraposición, desenmascarar las intencionales estrategias culturales, no solo jurídicas que dan forma a los

---

<sup>121</sup> MONATERI, Pier Giuseppe, “*The ‘Weak Law’: Contaminations and Legal Cultures*”, op. cit., pág. 21.

<sup>122</sup> MONATERI, Pier Giuseppe, Ibid.

<sup>123</sup> MONATERI, Pier Giuseppe, Ibid.

<sup>124</sup> MONATERI, P.G., “Caio nero...”, op. cit., “Según yo el interés de elogiar el original genio jurídico Romano y occidental, en cuanto hostil a la recepción de modelos de otras civilizaciones, es atribuible al más vasto proyecto de sustanciar y legitimar retroactivamente la presunta superioridad ‘cultural’ de la moderna sociedad industrial” (Pág. 30).

<sup>125</sup> FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Traducción de Enrique Lynch, Editorial Gedisa, 2da. Edición, Barcelona, 2003, pág. 13.

<sup>126</sup> MONATERI, Pier Giuseppe, “Caio nero...”, op. cit., pág. 30.

<sup>127</sup> DEZALAY, Yves and BRYANT, G. Garth., “The import and export of law and Legal institution...”, op. cit., pág. 249, 250.

discursos corrientes.<sup>128</sup> Y ello porque el proceso de importación – exportación de los modelos se actúa en las – y a través de las – retóricas de las elites dominantes en los respectivos sistemas.<sup>129</sup> Así, el prestigio reivindicado a un determinado modelo es difícilmente una dote intrínseca, a priori connatural y coexistencial a aquel, sino es mucho más frecuentemente el derivado lógico de aquella mejor ‘cartografía’ del mundo que se está pretendiendo esponsorizar.<sup>130</sup> Frente a ello, la lente prismática de la comparación recompone los datos en un nuevo escenario: descompone la estructura y proyecta la ideología.<sup>131</sup>

Esta labor de deconstrucción por sí misma implica una superación de las corrientes estructuralistas en la comparación, las que adolecen de un elevado nivel de cientificismo y de la criticable asunción del mero fin cognoscitivo como único horizonte de la investigación comparatística<sup>132</sup>. De esta manera, las reflexiones en torno a la noción de prestigio son inevitablemente vagas frente a la imposibilidad de la ciencia de medir los nexos entre Derecho y sociedad, y la ausencia de referencias directas a los motivos culturales que determinan la imposición de un modelo o el predominio de un formante doctrinal.

#### **4.1.3. Las orientaciones funcionalistas: la equivalencia funcional, los *legal irritans* y la competencia entre ordenamientos**

Las teorías funcionalistas ven en el Derecho un sistema cerrado y autorreferencial cuya evolución se refleja sobre el equilibrio de los restantes sistemas sociales, encontrando entre el primero y los segundos un nexo identificable, pero no describible en términos de absoluta correspondencia.<sup>133</sup>

Específicamente en las elaboraciones teóricas realizadas por los comparatistas, quienes siguen el método funcional afirman que este constituye el principio metodológico básico del Derecho comparado: Incomparables no pueden usualmente ser comparados, y en el Derecho las únicas cosas que son comparables son las que realizan la misma función<sup>134</sup>. De esta manera, el Derecho comparado estaría estrechamente en armonía con las modernas tendencias de las ciencias legales cuando esta pregunta cuál es la función que las instituciones legales en los diferentes países pueden tener, antes que preguntar cuál es su estructura doctrinal<sup>135</sup>.

La distancia que toma el acercamiento funcionalista del análisis cultural y antropológico de las sociedades analizadas se observa al afirmarse que “diversos sistemas jurídicos, no obstante las notables diferencias en su evolución histórica, en la construcción sistemática – teórica y en el estilo de sus aplicaciones prácticas, pueden producir para problemas iguales soluciones idénticas”.<sup>136</sup> De esta manera, solo algunas cuestiones relacionadas a ciertos valores arraigados en la sociedad pueden crear “aporías de valor” las cuáles hacen imposible para el observador discernir qué solución es

---

<sup>128</sup> COSTANTINI, Cristina., “L’anima apologetica della comparazione la ‘geopolitica’ del diritto. Riflessioni in margine alla fondazione della Tradizione Giuridica Occidentale”, en: *Rivista critica di diritto privato*, N° 1/2005, Disponible en: The Cardozo Electronic Law Bulletin. Vol. 11, 2005, pág. 4. (<http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2005/Costantini2.pdf>)

<sup>129</sup> COSTANTINI, Cristina, Ibid.

<sup>130</sup> COSTANTINI, Cristina, “L’anima apologetica della comparazione...”, op. cit., pág. 8.

<sup>131</sup> COSTANTINI, Cristina, Ibid.

<sup>132</sup> SOMMA, Alessandro, “Tanto per cambiare...”, op. cit., pág. 545.

<sup>133</sup> LUHMANN, Niklas, “El enfoque sociológico de la teoría y práctica del Derecho”, en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 25, Universidad de Granada, Departamento de Filosofía del Derecho, 1985.

<sup>134</sup> KÖTZ, Hein, “Comparative Law in germany today”, en: *Revue internationale de droit comparé*. Année 1999, Volume 51, Numéro 4, pág. 755 (<http://www.persee.fr>).

<sup>135</sup> KÖTZ, Hein, “Comparative Law in germany today”, op. cit., pág. 755.

<sup>136</sup> ZWEIGERT, Honrad y KÖTZ, Hein, *Introduzione al Diritto Comparato, Volume I: Principi fondamentali*, Edizione Italiana a cura di Adolfo di Majó e Antonio Gambado, Traducción de Barbara Pozzo, Giuffrè Editore, Milano, 1992, pág. 43.

mejor o peor, ello se vería sobretodo en el Derecho de familia y sucesiones. Sin embargo, el resto del Derecho privado sería “apolítico”, así “se podría constatar que a iguales necesidades del tráfico jurídico corresponden, en los sistemas de Derecho de países civilizados, soluciones iguales o muy similares”.<sup>137</sup>

Por tal razón se habla de una presunción de similitud de las soluciones prácticas, la que no vale para aquellos campos del Derecho influenciados por específicas concepciones políticas y morales (como el Derecho de Familia y Sucesiones); para todos los demás campos del Derecho, considerados desde un punto comparatístico como “neutrales”, o técnicos, tal presunción de similitud es una hipótesis de trabajo practicable.<sup>138</sup> Ello permite manejar teóricamente una “equivalencia funcional” de las soluciones a los problemas técnicos y neutrales similares en todos los ordenamientos jurídicos.

Como se observa, esta orientación se funda en la idea de neutralidad y la existencia de culturas jurídicas “civilizadas” que deberían tener soluciones similares a las cuestiones técnicas como la economía. Ello llevado a sus extremos desemboca en la idea de que las culturas jurídicas “inferiores”, deben seguir a las “superiores” en la elaboración de su sistema jurídico para poder ser parte del mundo moderno, la idea de desarrollo aquí toma un rol predominante.<sup>139</sup> La cuestión es que esta retórica es utilizada exclusivamente para el sometimiento de los países en “vías de desarrollo” a los mandatos de la economía global, esto es, los mandatos de los actores públicos y privados que tienen gran influencia en el mercado mundial.

Dentro de las corrientes funcionalistas es importante hacer mención a Gunther Teubner, el que intenta releer la teoría de los trasplantes jurídicos como teoría de las irritaciones jurídicas (*Rechtsirritationen*). La expresión (tomada de la teoría de los sistemas en la cual concierne al contacto no estructural entre sistemas cerrados y autorreferenciales) es utilizada para describir la circulación de modelos como mutaciones que producen efectos intermedios entre la integración plena del modelo, a la cual alude la teoría de los trasplantes y su inexorable rechazo, prefigurado por el contrario por las reflexiones de Pierre Legrand<sup>140</sup>.

En efecto, Teubner señala que la teoría de los trasplantes necesita de algunos refinamientos conceptuales. Deja de lado las teorías de la convergencia y la equivalencia funcional sin llegar a los extremos de afirmar que los trasplantes son imposibles: “Los lazos entre Derecho y sociedad no son largamente comprensivos, sino son altamente selectivos (...) ellos no están conectados con la totalidad de lo social, sino con diversos fragmentos de la sociedad; donde, anteriormente, el Derecho estuvo ligado a la sociedad (...)”.<sup>141</sup>

Teubner se refiere al “nivel de trasplantividad” del Derecho recordando como los nexos entre este último y la sociedad son ahora “altamente selectivos” a causa de la fuerte diferenciación entre los sistemas sociales que flanquean el sistema jurídico.<sup>142</sup> En tal sentido, la circulación de modelos

<sup>137</sup> ZWEIGERT, Honrad y KÖTZ, Hein, *Introduzione al Diritto Comparato*, op. cit., pág. 44.

<sup>138</sup> ZWEIGERT, Honrad y KÖTZ, Hein, *Introduzione al Diritto Comparato*, op. cit., pág. 45.

<sup>139</sup> Un agudo análisis histórico de la idea de “desarrollo” que tendría sus raíces en el colonialismo de los países europeos, puede verse en: DE SOUZA SILVA, José y FERREIRA DE SOUZA SILVA, Russélia Maria, “El poder del Derecho y el derecho del poder. La ‘idea de desarrollo’ y el pensamiento subordinado al conocimiento autorizado del más fuerte”, en: *Ius et Veritas*, Año XIV, N° 29, Lima, 2004, pág. 109 y sgtes.

<sup>140</sup> SOMMA, Alessandro, “Tanto per cambiare...”, op. cit., pág. 560.

<sup>141</sup> TEUBNER, Gunther, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences”, pág. 18. Citado por: ÖRÜCÜ, Esin, “Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition”, op. cit., pág. 12.

<sup>142</sup> No obstante, no solo las diferencias sociales podrían ser las causantes de las irritaciones. Ya ha sido afirmado que: “La erosión de fronteras de discursos intelectuales y la interpenetración de luchas políticas, económicas y culturales con poco

produce mutaciones en el segundo sobre el estímulo del primero solo si hay las condiciones de una coevolución: “situación no usual, desde el momento que el Derecho y los sistemas sociales no se desarrollan más según una línea evolutiva común, sino sobre la base de la interrelación de dos líneas evolutivas más o menos independientes”. Así, “la unidad del sistema mundial ya no se basa estructuralmente en una consistencia de las disposiciones normativas que queda asegurada gracias a una judicatura jerárquica. Más bien se fundamenta procedimentalmente en el modo en el que las operaciones jurídicas se vinculan entre sí. De esta manera, a través de dicho modo de vinculación, ordenamientos jurídicos sumamente diversos transfieren una vigencia normativa vinculante. He aquí una consecuencia indirecta de la globalización de la diferenciación de la sociedad.”<sup>143</sup>

Esta propuesta es destacable dentro de las vertientes funcionalistas, sin embargo, habría que analizar en qué ámbitos del ordenamiento jurídico pueden presentarse las irritaciones. Si partimos de la idea de que la economía se desarrolla de manera neutral, se podría alegar que en dicho ámbito las irritaciones no acaecerían.

Somma afirma agudamente que las tesis funcionalistas al igual que las difusionistas pecan al tratar de recuperar ideas evolucionistas<sup>144</sup>. Esto puede observarse en las tesis difusionistas en la referencia al ideal de sociedad avanzada como fundamento del prestigio de la subtradición política filosófica. Asimismo, la recuperación de temas evolucionistas se utiliza en modo explícito por aquellos que diferencian imitación y recepción, considerando la primera como un fenómeno que interesa a “estados dotados del mismo nivel cultural y la segunda [como] un proceso espontáneo que se da para los estados cuyo desarrollo cultural y jurídico se encuentra aun en un nivel bajo, representando un expediente a través del cual se apropian de un Derecho correspondiente a las exigencias modernas del tráfico de la vida”.<sup>145</sup> Por ello, la teoría de los trasplantes de Watson tiende al favor de tesis evolucionistas. Esta teoría alimenta visiones del desarrollo histórico como vicisitudes lineales y coherentes.

Además, de las teorías funcionalistas se suele decir, como confirmación de su adhesión a los corolarios del credo evolucionista, que ellas son utilizadas en el ámbito del análisis en el cual se mira a promover un unilateralismo en la identificación de los elementos del cambio: “Y es que ellas recurren a la investigación comparatística de tipo nomotético vuelta a formular – recurriendo el principio de la practicidad o de la equivalencia funcional- teorías de pretensión universal, en función de las cuales se atribuye importancia mínima a los sujetos observados y máxima a su propiedad. Y todo para encubrir los conflictos en nombre del desarrollo y del sistema valorado sobre todo en clave economicista”<sup>146</sup>. Esto puede observarse en los discursos absolutistas de los defensores más radicales del análisis económico, al señalar que “los cimientos de todos los sistemas legales son generalmente los mismos”,<sup>147</sup> o en aquellos que afirman (con la alegoría del fin de la

---

respeto a las fronteras territoriales ha desde largo tiempo ya permitido *cross-fertilizations* [malas fertilizaciones], trasplantes e *irritans*” (ZUMBANSEN, Peer, “Comparative Law’s Coming of Age? Twenty Yeras alter Critical Comparisons”, en: *German Law Journal*, Vol 06, N° 07, 2005, pág. 1084).

<sup>143</sup> TEUBNER, Gunther, *El Derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, Traducción de Carlos Gomez Jara Díez Golbal y Manuel Cancio Meliá, Ara Editores, Lima, 2005, pág. 119.

<sup>144</sup> SOMMA, Alessandro, “Tanto per cambiare...”, op. cit., pág. 561.

<sup>145</sup> PHILIPPS, G., *Erscheinungformen und Methoden der Privatrechts Vereinheitlichung*, Frankfurt am Main e Beril, 1963, pág. 12, en: SOMMA, Alessandro, “Tanto per cambiare...”, op. cit., pág. 546.

<sup>146</sup> SOMMA, Alessandro, “Tanto per cambiare...”, op. cit., pág. 561.

<sup>147</sup> EPSTEIN, Richard, *Reglas simples para un mundo complejo*, Traducción: Fernando Correa Salas, Álvaro Díaz Bedregal, Alfonso Montoya Stahl, Juan Manuel Robles Montoya, Fondo Editorial Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, pág. 46.

historia política y económica) que el *rule of law* y la economía de mercado constituyen la única manera para alcanzar el progreso.<sup>148</sup>

De esta manera, la concepción funcionalista observa a la sociedad como un complejo unitario en el cual los singulares elementos desarrollan determinadas funciones y en los cuales los conflictos vienen superados y resueltos en el ámbito del sistema para el progreso y el desarrollo del sistema mismo<sup>149</sup>. Por su parte, la labor del comparatista sería encontrar las soluciones prácticas más idóneas desembarazándolas de su contexto: “las soluciones que nosotros encontramos en los diferentes sistemas jurídicos deben ser extrapoladas de su contexto conceptual y sistemático, así como de su superestructura dogmática puramente nacional, para ser visto desde un punto de vista puramente funcional de la satisfacción de una particular necesidad jurídica (...) poco importa que tal solución derive de normas de ley, o de una particular interpretación, de una creación jurisprudencial o de fenómenos para-legales”.<sup>150</sup>

Una confirmación de esta tendencia lo da Somma al analizar el debate sobre la era de la mundialización y, justamente, el recurso al análisis económico del Derecho (disciplina sobre la que se funda el principio de la equivalencia funcional) combinada con la teoría de los trasplantes utilizada para elevar la eficiencia mediante el cambio legal, con la finalidad de suministrar, en este punto en clave estructural – funcionalista, una nueva lectura de lo que los difusionistas consideran que está en la base del cambio: el prestigio.<sup>151</sup> La nueva lectura se funda sobre la idea que los modelos circulan si tienen éxito sobre el “mercado de la cultura jurídica”, o si sobreviven a un “proceso competitivo”, dirigidos a seleccionar las construcciones doctrinales reveladas más idóneas para resolver determinados problemas: se trata de la teoría de la competencia de ordenamientos jurídicos.

Esta teoría se funda en la idea que el propósito último del Derecho Comparado es encontrar las mejores normas jurídicas,<sup>152</sup> y para ello es necesario diseñar un programa de investigación diferente en el campo de la comparación de instituciones y doctrinas jurídicas, siendo el caso que dicho programa debe hundir sus raíces en la investigación del *Law & Economics*<sup>153</sup>. Ello por la sencilla razón de que las doctrinas económicas son superiores a las tradicionales.<sup>154</sup> Así, se afirma que: “Los cambios legales son una condición del desarrollo en un sistema legal, y éste tiene entre sus efectos promover el desarrollo económico. Sistemas legales que presentan un buen funcionamiento contribuyen con el desarrollo de economías de mercado en la medida en que permiten transacciones económicas seguras, promueven cambios en las conductas de los actores económicos y constituyen instrumento efectivo para alcanzar objetivos contenidos en políticas económicas”.<sup>155</sup>

Así, los agentes del trasplante buscan sistemas legales competitivos. Las normas compiten para atraer inversionistas y en tal competencia, la más eficiente será preferida. La norma eficiente y prestigiosa será preferida entre las normas para adaptar, desarrollar o aun incluso crear íntegramente

---

<sup>148</sup> FUKUYAMA, Francis, *El fin de la historia y el último hombre*, Traducción P. Elías, Doubleday, Barcelona, 2000, especialmente, págs. 61-73.

<sup>149</sup> SOMMA, Alessandro, *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 109, Enero – abril, 2004, pág. 190.

<sup>150</sup> ZWEIGERT, Honrad y KÖTZ, Hein, *Introduzione al Diritto Comparato*, op. cit., pág. 50.

<sup>151</sup> SOMMA, Alessandro, “Tanto per cambiare...”, op. cit., pág. 562.

<sup>152</sup> DE GEEST, Gerrit, “*Law & economics y Derecho Comparado. El diseño de doctrinas jurídicas óptimas*”, Traducción de Hugo A. Acciari, en: *Lexis Nexos Jurisprudencia Argentina*, 17 de mayo del 2006, pág. 19.

<sup>153</sup> DE GEEST, Gerrit, “*Law & economics y Derecho Comparado...*”, op. cit., pág. 20.

<sup>154</sup> DE GEEST, Gerrit, “*Law & economics y Derecho Comparado...*”, op. cit., pág. 19.

<sup>155</sup> BENAVIDES, Ximena, “Competencia entre leyes”, En la página web: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaBenavidesSpanish1>, Pág. 3 (del documento en pdf).

nuevos sistemas legales.<sup>156</sup> Como se ve, esta perspectiva está íntimamente ligada con el movimiento (caro al evolucionismo) denominado “*law and development*”<sup>157</sup>, el cual está siendo convincentemente mostrado como crucial para la importación y exportación.<sup>158</sup>

Americanización, *law and developments* y análisis económico del Derecho tienen pues una matriz común. De ahí se entiende los empeños del *Latin American and Caribbean Law and Economics Association* (ALACDE) por proponer un modelo codificado del L&E para Latinoamérica,<sup>159</sup> argumentando que nuestros países están ansiosos por mejorar su eficiencia y reducir la corrupción de sus gobiernos, para lo cual hacen reestructuraciones muy sustanciales tendientes a mejorar la eficiencia de sus sistemas legales, reconociendo el valor de los logros del crecimiento económico sostenible.<sup>160</sup> Los que defienden esta postura, obviamente, dejan de lado el término americanización y prefieren quedarse con el de “desarrollo” a través del análisis económico. De esta manera, la americanización no sería más que el producto de la paranoia<sup>161</sup>, y además, el rechazo del análisis económico en Latinoamérica se debería sobretodo a una “*path dependency*” de nuestra cultura legal hacia el formalismo<sup>162</sup>, que debería ser rechazada para poder “modernizarnos”.<sup>163</sup>

Sin embargo, la eficiencia de la cual se habla como base del desarrollo no representa un parámetro neutral, ni puede ser entendida como una simple manera de promover una sociedad humana mejor organizada. La eficiencia, si no quiere ser considerada un concepto vacío e indefinido como la noción de prestigio, tiene que analizarse desde un punto de vista ideológico.

De esta manera, se entiende como el *Law & Economics movement* toma las teorías que diferencian entre países ‘avanzados’ (*advanced*) y ‘seguidores’ (*follower*) sobre la base de la asimilación de los modelos de desarrollo que en un comienzo fueron de inspiración francesa e inglesa, y luego norteamericana, y que son considerados la punta avanzada en temas de progreso. Para legitimar esta agenda el Banco Mundial difunde estudios sofisticados que mediante un discurso tecnocrático, en el fondo amenazan a los posibles países receptores que no se acomoden a los modelos eficientes a seguir en el ‘subdesarrollo’.<sup>164</sup> Ello se ha visto en las recientes décadas, donde Occidente ha

---

<sup>156</sup> BENAVIDES, Ximena, “Competencia entre leyes”, op. cit., pág. 28.

<sup>157</sup> El *Law & Developments* se basa en un modelo en el cual se entiende que el progreso es lineal y progresivo, destacando la idea de que ciertos sistemas legales carecen de elementos de otros sistemas legales mejores. Esta “teoría de la carencia” está ligada a una construcción ideológica de desarrollo del mundo donde el “*rule of law*” de occidente es entendido como la llave maestra del desarrollo (NADER, Laura, “*Promise or Plunder?...*”, op. cit., pág. 2).

<sup>158</sup> ZUMBANSEN, Peer, “*Comparative Law’s Coming of Age? ...*”, op. cit., pág. 1097.

<sup>159</sup> Al respecto: DEL GRANADO, Juan Javier y MIROW, M. C., “*The Future of the Economic Analysis of Law in Latin America: A Proposal for Alacde Model Law and Economics Civil and Commercial Codes*”, en: *Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association* (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley), Paper 38, 2005, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=959299>. DEL GRANADO, Juan Javier y MIROW, M.C., “*Recodifying and deconstitutionalizing the legal order in latin america: the law and economics alternative*”, en: *Chicago-kent law review*, vol 83, N° 1, 2008 (Disponible en: [http://lawreview.kentlaw.edu/Contents\\_83-1.htm](http://lawreview.kentlaw.edu/Contents_83-1.htm)).

<sup>160</sup> DEL GRANADO, Juan Javier y MIROW, M. C., “*The Future of the Economic Analysis of Law in Latin America...*” op. cit., pág. 10.

<sup>161</sup> DEL GRANADO, Juan Javier y MIROW, M. C., “*The Future of the Economic Analysis of Law in Latin America...*” op. cit., pág. 11.

<sup>162</sup> DEL GRANADO, Juan Javier y MIROW, M. C., “*The Future of the Economic Analysis of Law in Latin America...*” op. cit., pág. 14.

<sup>163</sup> La retórica de este discurso afirma que no se busca en realidad la americanización de América Latina, sino lo que se pretende es que en la adopción del nuevo paradigma del *law and economics*, los estudiosos latinoamericanos tomen lo mejor del pensamiento legal norteamericano para que lo repiensen y renueven hacia una nueva ciencia legal, para afrontar las nuevas demandas de desarrollo en las economías latinoamericanas emergentes (DEL GRANADO, Juan Javier y MIROW, M.C., “*Recodifying and deconstitutionalizing the legal order in Latin America...*”, op. cit., pág. 298).

<sup>164</sup> Por ejemplo: POSNER, Richard A., “*Creating A Legal Framework For Economic Development*”, *The World Bank Observer*, vol. 13, no. 1 (February 1998), Citado por BENAVIDES, Ximena, op. cit., pág. 12.

impuesto a los llamados países en vía de desarrollo el llamado Consenso de Washington, un paquete de reformas políticas que, si implementados correctamente, suponía propulsar a los países pobres hacia la prosperidad del primer mundo: “la usual historia es que los países occidentales y las instituciones financieras que ellos controlan – más notablemente el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (IMF)- insisten en dar a los países pobres políticas implementadoras de privatización y liberalización del comercio. Los gobiernos de los países pobres, teniendo una pequeña elección en la materia, comienzan a obedecer estas iniciativas de ‘ajustes estructurales’, los cuales conducen a protestas y malestar social general cuando los ciudadanos se percatan, entre otras cosas, que el precio del pan se ha duplicado de la noche a la mañana”<sup>165</sup>. Más cercano aún para nosotros es la adopción del paquete legislativo del que hice referencia en la parte III de este trabajo, y que significó adecuar nuestro sistema a los requerimientos del mercado global. La justificación del poder político es sencilla y vacía: “Con estas y otras disposiciones nuestro país dará un gran salto hacia la modernidad”.<sup>166</sup>

En verdad la competencia de ordenamientos permite al sistema económico operar en determinados contextos estatales utilizando el Derecho de otros contextos estatales, considerados más ventajosos desde el punto de vista de los intereses de la producción. Descontextualizando los factores históricos y las razones de la creación de las doctrinas económicas se pretende así imponer el análisis económico de manera inmediata, por ello se afirma que para el éxito del trasplante del análisis económico en Latinoamérica el análisis económico debe adaptarse en Latinoamérica (a través de la codificación), y no esperar que Latinoamérica se adapte al análisis económico.<sup>167</sup> Este procedimiento, al tener a la eficiencia como única variable en su análisis, muchas veces implica un desmantelamiento del sistema cultural del país imitador y un perjuicio para los sectores económicos que necesariamente se verán afectados con estos trasplantes (como los microempresarios de determinadas ramas), y a su vez, implica una desprotección efectiva para los sujetos débiles en el mercado, como los trabajadores y los consumidores.

#### 4.1.4. El *imperial law* de Ugo Mattei

El estado de la cuestión de la teoría de la circulación de modelos tiene dos críticas de fondo: la visión del *imperial law* de Ugo Mattei y el acercamiento nihilista de Pierre Legrand y Alessandro Somma. Al respecto, es preciso tener en cuenta que muchas de las corrientes comparatistas que ponen atención a la convergencia versus divergencia, a los desajustes en los préstamos [*mismatch in borrowings*], y problemas para la importación y exportación de ideas e instituciones legales pueden ser constructivamente estudiadas bajo el nombre de “*Critical Comparative Law*”<sup>168</sup> o “Comparación Crítica”. Desde mi punto de vista, dentro de esta corriente se podrían encontrar a todos aquellos que tiene posiciones críticas frente a la tradicional visión de la circulación de modelos, como Monateri, Somma, Legrand y, por supuesto, Ugo Mattei.

Para Mattei después de la guerra fría se ha establecido un Derecho Imperial. La forma en que este modelo circula no se explica con las teorías de los trasplantes legales que tradicionalmente ha distinguido dos modelos: el prestigio y la fuerza. Un pequeño esfuerzo es pues necesario para cambiar la suficiencia de esta taxonomía básica en la introducción de trasplantes legales. En

---

<sup>165</sup> KELLEY, Thomas A., “Exporting Western Law to the Developing World: The Troubling Case of Níger”, en: *Global Jurist Frontiers*, Volume 7, Issue 3, Art. 8, 2007, pág. 1 (<http://www.bepress.com/gj/vol7/iss3/art8>).

<sup>166</sup> GARCÍA PÉREZ, Alan, “Una apuesta crucial por el siglo XXI”, op. cit., pág. a4.

<sup>167</sup> DEL GRANADO, Juan Javier y MIROW, M.C. “Recodifying and deconstitutionalizing the legal order in Latin America: the law and economics alternative”, op. cit., pág. 293.

<sup>168</sup> ÖRÜCÜ, Esin, “Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition”, op. cit., pág. 10. Es preciso tener en cuenta que el mismo autor señala que la elección de esta terminología no puede ser entendida como si se tratase de una parte del movimiento de los Critical Legal Studies.

efecto, el Derecho es una detallada y compleja maquinaria de control social que no puede funcionar con algún grado de efectividad sin alguna cooperación de una variedad de individuos provenientes de un staff legal. Estas individualidades usualmente consisten en una elite profesional que ya existen o son creados por el poder hegemónico; tales elites provienen del grado de consentimiento de la recepción de las ideas legales foráneas que es necesario para que cualquier transplante ocurra. Así, la distinción entre transplante imperialista y no imperialista es un problema solo de grados y no de estructuras. Para entender la naturaleza de la presente hegemonía legal, es necesario capturar la manera en la cual las funciones del Derecho construyen un grado de consentimiento en el presente modelo de dominación económica y política internacional.<sup>169</sup>

A diferencia de las lecturas que ponen atención en el agente imitador, Mattei analiza cuidadosamente al poder hegemónico que impulsa su propio modelo. Como ha sido afirmado, el sistema no es solo un plan de “policymakers”, en el capitalismo occidental y su periferia, fuertes actores económicos influyen en la creación del Derecho.<sup>170</sup> Es claro pues que la recepción toma lugar no solo por la iniciativa de quienes reciben los nuevos modelos, sino también por aquellos quienes lo proponen.<sup>171</sup> En ese sentido, - a diferencia de la tesis clásica de los *legal transplants* - se afirma que la oferta y la demanda de los modelos legales es regulada no solo por los técnicos, sino también por las decisiones políticas y económicas que gobiernan las relaciones internacionales.<sup>172</sup>

Para Mattei, la construcción cultural fundamental del modelo hegemónico se basa en la retórica de la democracia y en el *rule of law* utilizado por el modelo imperial de gobierno, triunfante en todo el mundo junto con el neo americano modelo de capitalismo desarrollado por la revolución de Reagan y Thatcher en los comienzos de los años 80.<sup>173</sup> En ese sentido, se ha afirmado que la extensión de la democracia formal coincide con la extensión de las políticas neoliberales las cuales socavaron las democracias reales; y en realidad fueron diseñadas para tal propósito.<sup>174</sup>

Por ello se afirma que: “el Derecho Imperial es el producto de renombradas alianzas entre estados e instituciones económicas, en un juego cooperativo en el cual un muy limitado número de jugadores poderosos juegan. Mientras que en los años del colonialismo tales batallas políticas por la hegemonía internacional eran muchas veces llevadas con un abierto uso de la fuerza y la violencia política (de tal manera que al final los extensivos conflictos entre superpotencias fue inevitable), en los años de la globalización y del imperio económico, la violencia ha sido transformada en violencia legal”.<sup>175</sup>

---

<sup>169</sup> MATTEI, Ugo, “A theory of Imperial Law...”, op. cit., pág. 3.

<sup>170</sup> KENNEDY, Duncan, “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000”, en: *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, David Trubek and Alvaro Santos, eds., (Cambridge, 2006), pág. 19. Disponible en: [http://duncankennedy.net/topics/legal\\_theory.html](http://duncankennedy.net/topics/legal_theory.html).

<sup>171</sup> AJANI, Gianmaria, “By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe”, en: *The American Journal of Comparative Law*, Volume 43, Number 5, Summer 1995, pág. 97.

<sup>172</sup> AJANI, Gianmaria. “By Chance and Prestige...”, Ibid. En ese sentido, se afirma que si bien es difícil escapar del poder de las elites que forman el Derecho, en el mundo globalizado las elites se desentienden más de sus culturas, de tal manera que las fuerzas extranacionales a las cuales están sujetas incrementan la distancia que tienen con su sociedad (NADER, Laura, “Promise or Plunder?...”, op. cit., pág. 7).

<sup>173</sup> MATTEI, Ugo, “A theory of Imperial Law...”, op. cit., pág. 3.

<sup>174</sup> CHOMSKY, Noam, “The Dilemmas of Dominance”, en: *New Worldwide Hegemony. Alternatives for change and social movements*, Atilio A. Boron Compilador, September 2004, pág. 23. (<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/hegeing/hgeing.html>). Así, el autor señala que las políticas son en realidad determinadas por lo que a veces es llamado como parlamento virtual de inversionistas o prestamistas quienes deciden qué políticas aceptan y si a ellos no les gusta, destruyen la moneda y socavan la economía local (Ibid).

<sup>175</sup> MATTEI, Ugo, “A theory of Imperial Law...”, op. cit., pág. 4. Se afirma en ese sentido que la globalización, es decir, el neo liberal estilo de globalización, llevará a una división económica global entre los ricos y los que no son ricos, profundizando el estancamiento económico, inestabilidad política y la alienación cultural entre los que no tienen, y muchos de ellos se dirigirán contra Estados Unidos, percibido como la fuente de sus males. CHOMSKY, Noam, “*The Dilemmas of Dominance*”, op. cit., pág. 24.

Esta violencia legal se encuentra precedida por una orientación estratégica bien clara: “la trampa que se esconde tras el más racional y aparentemente no manipulable de los juegos ‘hiper-racionales’ que se juega en la arena del mercado internacional de los modos de regulación económica, a saber, el juego de la globalización, es esa jugada que consiste en ganarse una ventaja inicial previa al inicio de la partida mediante la construcción de un tablero o unos naipes a nuestra medida (la ‘Americanización de la economía mundial’)”.<sup>176</sup>

La tecnocracia aparentemente “neutral” cumple aquí un rol fundamental: “Oculto en el interior de ese nuevo Caballo de Troya que es la teoría económica del crecimiento endógeno y su batería correspondiente de recetas tecnocráticas de medidas de ajuste económico, se halla (...) un propósito mucho más ambicioso: conseguir imponer una serie de normas de regulación social de carácter local —en particular, los criterios tecno-económicos de elección ‘racional’ y distribución ‘eficiente’ imperantes en los mercados financieros estadounidenses— como los estándares institucionales que habrán de regir los intercambios de bienes y servicios en los mercados internacionales durante el nuevo siglo”.<sup>177</sup>

Lo terrible del caso es que el peculiar modo de “vida en el filo” que parece haber sido el modo de vida histórico, o por lo menos conscientemente *elegido* por el pueblo norteamericano, no parece ser en absoluto la forma de vida más deseable para la mayor parte de la gente de este planeta.<sup>178</sup>

La lectura del economista Izquierdo ayuda pues a entender porque nos encontramos ante un *Imperial Law*, y como este trae como resultado una ruptura social a escala internacional, que es en última instancia responsabilidad de la gran mayoría de gobiernos nacionales del planeta, que han acabado por asumir como «naturales» los injustos resultados de una competencia económica pervertida por la dominación simbólica que ejercen las élites profesionales, económicas y políticas de EE.UU en el mercado internacional de los modos de regulación económica.<sup>179</sup> Para este autor, este riesgo, potencialmente catastrófico, de ruptura social nos está siendo transferido a todos los demás habitantes del planeta a través del enorme éxito que ha llegado a alcanzar el modelo americano de institucionalización social de los procesos de intercambio económico en el contexto de la competencia internacional en el mercado de los modos de regulación política de la vida económica: “Método de transmisión indirecto y básicamente insensible, pues así es como actúa la *violencia simbólica* que se ejerce a través de la *normalización tecno-económica*: ocultando las arbitrariedades del poder social de *dominación cultural* bajo los ropajes de la eficiencia técnica entendida como necesidad natural”<sup>180</sup> (las cursivas son del autor).

Todas estas premisas son más que suficientes para hacer una redefinición de la teoría de la circulación de formantes. La manera en la que los formantes del Derecho han sido históricamente exportados ha sido analizada con una variedad de modelos. El primer modelo explicaba las reglas del imperialismo/colonialismo, al realizarse por medio de la imposición de la fuerza militar. Un segundo modelo podría ser descrito como imposición mediante la negociación, en el sentido que

---

<sup>176</sup> IZQUIERDO, Javier, “De la globalización económica como forma de violencia simbólica”, en: *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Nº 15, Serv. Publ., UCM., Madrid, 1999, pág. 160.

<sup>177</sup> IZQUIERDO, Javier, “De la globalización económica como forma de violencia simbólica”, op cit., pág. 171.

<sup>178</sup> IZQUIERDO, Javier, “De la globalización económica como forma de violencia simbólica”, Ibid.

<sup>179</sup> IZQUIERDO, Javier, “De la globalización económica como forma de violencia simbólica”, Ibid. Se afirma en ese sentido, que el Derecho y sus premisas, los valores liberales que subyacen a él, el *Law’s Empire* mismo necesita ser interrogado y derribado. En otras palabras, el fascismo no es una aberración, es una lógica consecuencia del imperialismo y cuando el imperialismo se vuelve loco, te encuentras con ‘Track’” (SHIVJI, Issa G., ‘Law’s Empire and Empire’s Lawlessness...’, op. cit., pág. 4). Ya demostró las relaciones entre fascismo y liberismo: SOMMA, Alessandro, “Liberalism in camisia nera. La comune matrice del fascismo e del liberismo giuridico”, op. cit.

<sup>180</sup> IZQUIERDO, Javier, “De la globalización económica como forma de violencia simbólica”, op cit., pág. 175.

aceptar un modelo legal es parte de un sutil chantaje (*blackmail*). Muchos países han sido persuadidos de cambiar su Derecho de acuerdo con *Wester standars* para acceder al mercado internacional y permanecer en una economía viable. Un tercer modelo, se construye como totalmente consensual, y ha sido presentado como difusión por prestigio, enfocándose como un deliberado proceso de admiración institucional que sigue a la recepción del Derecho. Para Mattei “el proceso de americanización en los últimos años solo puede ser entendido con una clara percepción de los aparatos ideológicos que están en juego, produciendo una propaganda espectacular que permite la producción legal de conciencias para circular.”<sup>181</sup>

Los trasplantes legales pues no pueden ser vistos como acontecimientos o como resultados de una elección libre que recibe un modelo. Tampoco el análisis puede quedar en los meros condicionamientos que tienen los actores receptores. En muchos casos lo que en realidad existe es un procedimiento de chantaje, una amenaza de no lograr el desarrollo económico. Externamente el modelo se legitima como el más eficiente y el que llevará al desarrollo, internamente el modelo amenaza a los posibles receptores con el subdesarrollo de no seguir determinada orientación ideológica.<sup>182</sup> Así, puede entenderse como la tradicional teoría del L&E ha sido exitosamente recibida e implementada por lo nuevos y todopoderosos productores del Derecho global, estas son instituciones internacionales del gobierno global tanto privadas como públicas (El WTO, el Banco Mundial, el FMI, los mega law firms, etc.).<sup>183</sup>

Por ejemplo: “El consenso de Washington sostiene que los países pobres deben reformar su sistema legal para hacer a ellos compatibles con las concepciones del Derecho y la justicia de occidente. Si ellos no hacen eso, suspenderán la atracción de comercio e inversiones, y serán dejados de lado en el largo término de prosperidad hecho posible por las reformas económicas del Consenso”<sup>184</sup>. Por ello, es claro que “El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (IMF), conjuntamente con otras instituciones financieras multilaterales y bilaterales, y países donantes, reparten dinero a los países pobres en la forma de ‘política base de préstamos’ que contiene los llamados ‘condicionamientos’. Estos condicionamientos son, en esencia, que los países pobres no adquirirán este dinero a menos que sus gobiernos obedezcan totalmente el pre paquete de reformas económicas y legales”<sup>185</sup>.

De esta manera, los *legal transplants* encuentran dialécticas vivas entre consentimiento y disentimiento, entre hegemonía y fuerzas que quieren contrarrestar la hegemonía, entre *mainstream* y aproximaciones críticas. En otras palabras, posiciones dominantes y dominadas deben ser consideradas en el escenario porque ellos permiten un entendimiento de la gran complejidad de tal escenario.<sup>186</sup>

---

<sup>181</sup> MATTEI, Ugo, “A theory of Imperial Law...”, op. cit., pág. 6.

<sup>182</sup> Ello no quiere decir que el prestigio sea dejado de lado en la importación del modelo, este se mantiene pero no es desde mi punto de vista el elemento principal. Por ejemplo, la recepción de los modelos de la Unión Europea (EU) en Rusia y los demás países de Europa del Este son explicados de la siguiente manera: “Prestigio y oportunidad política conjuntamente alientan la extensión de modelos desarrollados por la EU entre Europa Central y del Este” (AJANI, Gianmaria. “By Chance and Prestige...”, op. cit., pág. 115).

<sup>183</sup> MATTEI, Ugo, “The rise and fall of law and economics...”, op. cit., pág. 11.

<sup>184</sup> KELLEY, Thomas A., “Exporting Western Law to the Developing World...”, op. cit., pág. 2.

<sup>185</sup> KELLEY, Thomas A., “Exporting Western Law to the Developing World...”, op. cit., Pág. 7.

<sup>186</sup> MATTEI, Ugo, “A theory of Imperial Law...”, op. cit., pág. 7. Es importante aclarar que en un trabajo posterior Mattei sigue desarrollando su teoría hasta llegar a la caída del modelo. En efecto, como agudamente señala este ilustre comparatista, el L&E ha sido transformado en una industria dominada políticamente por economistas conservadores. Los modelos producidos por este movimiento han sido exportados a todo el mundo por esfuerzos internacionales (dentro y fuera de instituciones académicas norteamericanas) y por esta tremenda influencia en los programas de instituciones financieras internacionales (MATTEI, Ugo, “The rise and fall of law and economics...”, op. cit., pág. 14). El problema está, como lo ha resaltado el propio Mattei, en que cuando una aproximación al derecho pierde su contenido crítico y legitima el status quo, esta traiciona la función que en el derecho occidental ha otorgado siempre el prestigio al

Luego de la avalancha legislativa sufrida en el Perú como consecuencia de la suscripción del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos, cabe justificadamente preguntarnos si la mutación inusitada de nuestra normativa se debe a una elección libre de o a un chantaje del poder hegemónico. Bajo los argumentos del desarrollo, el discurso de la eficiencia ha sido difundido exitosamente en nuestro país y ha permitido que la elite política dominante tenga el poder suficiente para impulsar las reformas que en el fondo no son más que la adecuación de nuestro Derecho a los mandatos norteamericanos. La lectura de Mattei es pues fundamental para entender este fenómeno.

Frente a ello, también sería muy importante tener en cuenta los desarrollados teóricos del destacado profesor de la Universidad de Harvard, Duncan Kennedy. Este ilustre estudioso, luego de analizar las tres narraciones que expresan la globalización jurídica entre los años 1850- 2000<sup>187</sup>, las que se fundan en específicos centros de producción normativa, afirma la necesidad de que las elites de las periferias puedan crear estrategias nacionales progresivas, antes que aceptar las prescripciones del centro de producción normativa, por la que ellos simplemente “abren” sus economías y “reforman” sus sistemas legales, y aceptan las consecuencias para bien o para mal.<sup>188</sup> Teniendo siempre claro que la relación entre narrativas e instituciones políticas es tenue.<sup>189</sup>

#### **4.1.5. La perspectiva nihilista de Alessandro Somma y Pierre Legrand**

Una perspectiva nihilista de la comparación niega la total posibilidad de la existencia transplantes legales. Para el comparatista francés Pierre Legrand una regla posee necesariamente una dimensión cultural, por lo que es inconcebible la importación de un texto respetando el patrimonio hermenéutico consolidado en el sistema exportador, los transplantes jurídicos son imposibles en cuanto el significado no se presta a ser transplantado: “Una regla no tiene ninguna existencia empírica que pueda ser significativamente separada del mundo de significados que define una cultura legal; la parte es una expresión y una síntesis del todo”.<sup>190</sup>

Por ello, los transplantes en realidad no suceden, siempre queda un irreducible elemento autóctono afectando la receptividad epistemológica para la incorporación de una regla de otra jurisdicción, por lo tanto, limitando la posibilidad de efectivos “legal transplantation”.<sup>191</sup> Así, la complejidad del cambio en el desarrollo en el Derecho no puede ser explicada a través de rígidos y áridos sistemas tales como el que es propuesto por la tesis de los ‘legal transplant’.<sup>192</sup>

Al ser imposible realizar un transplante legal en términos reales, las culturas jurídicas serían inconmensurables. Incluso los críticos de la posición de Legrand basada en la inconmensurabilidad entre tradiciones jurídicas admiten la certeza de sus postulados:

---

pensamiento académico: una comprobada fuerte independencia del proceso político. Históricamente cuando tales fenómenos suceden, nuevos movimientos e ideas toman un papel principal, exponiendo a la acrítica aproximación como obsoleta y desmerecedora de admiración. Sin embargo, es imposible predecir de donde vendrá el nuevo paradigma y cuanto tiempo tomará para que el anterior sea sustituido (Pág. 15).

<sup>187</sup> La primera, la globalización de la aproximación liberal a través de la imposición militar en algunos casos y del prestigio del pensamiento sistemático en otros; la segunda, la globalización del pensamiento social que permitió la apertura en el mundo del socialismo real; y la tercera, la globalización del pensamiento pragmático actual (KENNEDY, Duncan, “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000”, op. cit.).

<sup>188</sup> KENNEDY, Duncan, “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000”, op. cit., pág. 24.

<sup>189</sup> Ibid.

<sup>190</sup> LEGRAND, Pierre, “What ‘Legal Transplants’?”, en: *Adapting Legal Cultures*, Edited by David Nelken and Johannes Feest, Oñati International Series in Law and Society, Oxford – Portland Oregon, Hart Publishing, 2001, pág. 59.

<sup>191</sup> LEGRAND, Pierre, “What ‘Legal Transplants’?”, op. cit., pág. 62.

<sup>192</sup> LEGRAND, Pierre, “What ‘Legal Transplants’?”, op. cit., pág. 64.

inconmensurabilidad/incomparabilidad vienen de la idea, *en sí* correcta, por la que las reglas legales son inteligibles fuera de su contexto cultural e institucional donde han sido concebidas, estos contextos que coinciden con una mentalidad colectiva, no son conmensurables entre ellos.<sup>193</sup>

Así, la tesis de Watson es catalogada como conservadora pues pone énfasis en el ámbito formal antes que en el cultural del fenómeno jurídico, pudiendo llevar a legitimar ciertos valores por sobre otros: “Los proponentes del ‘*legal-change-as-legal-transplants*’ crean una engañosa concordancia la cual puede ser establecida solo a través de exclusivas referencias a los elementos formales de los objetos bajo discusión y a través de la deslegitimación de nociones tales como ‘tradición’ o ‘cultura’, los cuales, en su complejidad, podrían intervenir como intrusos irracionales interfiriendo contra la producción y la percepción de una regularidad empírica – la clase de regularidad que es considerada como necesaria para encontrar ‘la regulación necesaria del capitalismo liberal’”.<sup>194</sup>

Aunque Alan Watson ya tuvo ocasión de responder las agudas críticas de Legrand, señalando que no hay necesidad de enfatizar que una regla transplantada no es lo mismo que fue en su previo hogar,<sup>195</sup> las aseveraciones del comparatista francés desnudan el verdadero valor de un trasplante legal. Con el argumento de Legrand se puede negar el valor absoluto que se le quiere dar a las reglas del AED, como si ellas fueran instrumentos que sirven por igual en todos los ordenamientos, pero siendo consecuentes se debería negar también la posibilidad de analizar la circulación de modelos, la unificación internacional del Derecho<sup>196</sup> y yendo aún más allá, la propia comparación jurídica. En efecto, si cada cultura jurídica en realidad no evoluciona en razón a los trasplantes legales, ¿qué analiza el Derecho comparado? Pues para Legrand es simple: “La comparación debe revelar las diferencias críticas”.<sup>197</sup>

Por ello, Legrand tiene una postura crítica a la instrumentalización del Derecho al servicio de una agenda diversamente introducida como “harmonización”, “integración”, “uniformización”, “unificación” o “globalización”, estos programas de racionalización discursiva configuran al

---

<sup>193</sup> GAMBARO, Antonio, “The Trento Theses”, op. cit., pág. 7.

<sup>194</sup> LEGRAND, Pierre, “What ‘Legal Transplants’?”, op. cit., pág. 66. De esta manera, se niega la pretensión de aquellos que ven al derecho comparado como un instrumento nocivo para sus fines al enfatizar las interminables diferencias entre un país y otro. Así, quien busca legitimar su discurso a través de “postulados universales” afirma que: “Sin embargo, la similitud de los problemas subyacentes a ellas [a los diversos países] hace insignificante cualquier diferencia en las respuestas que las distintas leyes nacionales den” (EPSTEIN, Richard, *Reglas simples para un mundo complejo*, op. cit., pág. 45).

<sup>195</sup> WATSON, Alan, “Legal Transplants and european private law”, op. cit., En ese sentido se afirma que el derecho que es difundido es adoptado y reconocido como derecho local, una vez adoptado un derecho de orígenes imperiales ya no es más derecho extranjero WESTBROOK, David A., “Theorizing the diffusion of law in an age of globalization...”, op. cit., Pág. 9. En el mismo sentido: TWINING, William, “Diffusion and Globalization Discourse”, en: *Harvard International Law Journal / Vol. 47, Number 2, Summer 2006*, pág. 512 (<http://www.harvardilj.org/print/54?sn=1>).

<sup>196</sup> Por ello es totalmente entendible la negación de la posibilidad de un Código Europeo de los Contratos: Las agudas críticas pueden verse en: LEGRAND, Pierre, “Antibonvar”, en: *The Journal of Comparative Law*, Vol. I, Issue. I, 2006 (Disponible en: <http://www.thejcl.com/pdfs/legrand.pdf>). Las críticas a la Codificación Europea no solo vienen de la óptica culturalista, sino que además vienen desde posiciones pragmáticas que ven a los actuales proyectos europeos de codificación como “en su concepción, excesivos en su amplitud, y prematuros en su elección del momento oportuno” (MARKESINIS, Basil, “*Doscientos años de un famoso Código: ¿Qué deberíamos estar celebrando?*”, en: *INDRET*, 4/2004, Barcelona, Noviembre de 2004, pág. 23, disponible en: [http://www.indret.com/pdf/249\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/249_es.pdf)).

<sup>197</sup> LEGRAND, Pierre, “Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity”, en: *Journal of Comparative Law*, N° 1, 365, London, 2006, Pág. 33 (De la versión preliminar en pdf). Se afirma, por el contrario que las diferencias entre reglas nacionales no parecen restringir la importación de ellas, aunque la diferencia entre culturas legales es el caso más serio de desbarajustes. Sin embargo, cuando los elementos de dos diferentes comunidades son combinados es posible observar una conversación cultural (comunicabilidad) en una más amplia narrativa (ÖRÜCÜ, Esin, “Critical Comparative Law...”, op. cit., pág. 96). Frente a ello, Legrand responde: “inconmensurabilidad no es incomunicabilidad, sino es incomparabilidad” (LEGRAND, Pierre, “Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity”, op. cit., pág. 34).

“Derecho” como un “Meta Derecho” y al “Meta Derecho” como “Derecho”,<sup>198</sup> queriendo situarlo fuera del espacio y el tiempo. En contra de ello, el comparatista francés defiende una estrategia interpretativa básica de enfrentamiento al olvido de que el Derecho está siendo envuelto en proyectos ideológicos que aparentemente han condenado a los intérpretes.<sup>199</sup> De esta manera, es posible darse cuenta como el modelo del capitalismo pretende un colapso de la cultura en lo económico, sin embargo, este capitalismo transnacional produce las condiciones para el emerger de puntos de contestación que se presentan ellos mismos como alternativas a las prácticas de la globalización: “El encuentro entre discurso hegemónico y particularismos locales genera inevitablemente una específica articulación, un singular “*assemblage*” [ensamblaje]”<sup>200</sup>. Al respecto, Naomi Klein afirmó: “la economía de las marcas es como un gran globo: se infla con gran rapidez, pero solo está lleno de aire caliente. No es sorprendente que la fórmula haya provocado la aparición de ejércitos enteros de críticos dispuestos a reventar con puntiagudos alfileres el globo empresarial (...)”.<sup>201</sup>

Analizando la perspectiva de la evolución del proceso de universalización al de mundialización, Somma se acerca mucho a una visión nihilista de la comparación. El proceso de universalización tiene larga data, y se refiere a las orientaciones teóricas eurocéntricas que veían al Derecho como un proceso de constante evolución, por lo que llegaría un momento en donde las civilizaciones europeas encontrarían un Derecho común; se trata pues de un acuerdo tácito del progreso entre los ordenamientos; por el contrario, en la actualidad vivimos un proceso de mundialización por el que compiten entre sí varios ordenamientos y es imperativo elegir aquel más eficiente, que será al fin y al cabo el hegemónico.

Así para Somma, las teorías utilizadas para describir la mutación del Derecho se muestran inidóneas para sacar a la luz las transformaciones inducidas por la mencionada transición de la universalización a la mundialización. Ellas se fundan sobre la individualización de líneas de desarrollo incapaces de contener los múltiples factores que están en juego en el cambio del sistema, o, a su vez, ocultan las posibles conexiones entre Derecho y sociedad<sup>202</sup>: están a fin de cuentas afectadas, en medida variable según su nivel de estructuralismo y funcionalismo, de los vicios típicos del evolucionismo y del difusionismo<sup>203</sup>.

---

<sup>198</sup> LEGRAND, Pierre, “On the Singularity of Law”, en: *Harvard International Law Journal*, Volume 47, Number 2, Summer 2006, pág. 517.

<sup>199</sup> LEGRAND, Pierre, “On the Singularity of Law”, op. cit., pág. 525.

<sup>200</sup> LEGRAND, Pierre, “On the Singularity of Law”, op. cit., pág. 528.

<sup>201</sup> KLEIN, Naomi, *No Logo. El poder de las marcas*, Traducción de Alejandro Jockl. Paidós, Barcelona, 2002, pág. 399. La misma autora afirma que la globalización cultural es, sin embargo, una oportunidad para la comunicación de aquellos que se sienten insatisfechos con el sistema: “aunque la homogeneización cultural – la idea de que todos coman en Burger King, calcen zapatillas Nike y vean videos de los Backstreet Boys- puede inspirar una claustrofobia global, también ha echado las bases para que existe una buena comunicación mundial” (KLEIN, Naomi, *No Logo...* op. cit., pág. 412).

<sup>202</sup> Para salvar las tesis difusionistas, se ha argumentado que la difusión del derecho entendido como modernización y globalización se fundamenta en la representación que tenemos de la autoridad local, la que es usualmente representada en términos de imperio, moda, sistema y tribu (WESTBROOK, David A., “Theorizing the diffusion of law in an age of globalization ...”, op. cit., pág. 7). De esta manera se afirma, que los estereotipos culturales (incluido el derecho) son adoptados porque la gente cree que son mejores, en este caso la representación de la autoridad local es la moda. Pero ella no es la única representación, cuando se observa la fuerza militar norteamericana en países de medio oriente no hay duda que la representación que se hace la gente es la de la imposición del derecho. Asimismo, la autoridad puede evocar una imagen de sistema coherente que forma parte del ordenamiento global o de ordenamiento que defiende las culturas autóctonas. Por ello, afirma Westbrook que para entender la difusión del derecho en los años de la globalización se requiere múltiples representaciones de la autoridad (Pág. 15). Sin embargo, esta visión ecléctica en realidad no dice mucho cuando se analiza un ordenamiento en concreto, si bien la moda, el afán de pertenecer a un sistema o el imperio pueden condicionar la adopción de reglas extranjeras (su difusión) siempre una de estas cuestiones prevalecerá sobre las otras.

<sup>203</sup> SOMMA, Alessandro, “Tanto per cambiare...”, op. cit., pág. 368.

Por ello, no es con nuevas teorías que se pueden eliminar los vicios en discurso, sino alimentando la conciencia, de un lado, que la elaboración de esquemas constituye una narración, exactamente como la reconstrucción de los fenómenos operada para su elaboración y, por el otro, que el autor de similares esquemas, exactamente como quien lo aplica, peligra de perpetuar su rol de cómplice del déspota llamado a dar “sistema” a “voluntades arbitrarias e incoherentes”.<sup>204</sup> Ciertamente, con el pasar del tiempo los perfiles del déspota y de sus cómplices se modifican y se complican, pero no por ello cesan de ser identificables: “En la época en la cual el poder político se elevaba como fuente única de las normas de comportamiento, la sistematización de la voluntad arbitraria constituía la tarea principal del jurista, diverso es el periodo actual, en el cual las elecciones operadas por las instituciones económicas internacionales son elevadas al mismo nivel de las decisiones asumidas por las instituciones estatales, las cuales celebran en tal modo la fusión entre Derecho y técnica, amplificando el proceso de de-diferenciación típico de la mundialización”.<sup>205</sup>

En esta situación el poder político asume también formalmente el rol de cómplice de un nuevo déspota: el poder económico. Ello, con la sumisión del jurista que, en vez de analizar el cambio de padrón, simplemente adapta su modo de proceder a las nuevas necesidades, elaborando teorías sobre la circulación de modelos si se trata de un teórico o construyendo nuevos modelos si se trata de un práctico.<sup>206</sup>

Somma tiene pues un acercamiento nihilista de la comparación por dos razones: comparte con Legrand la negación de la posibilidad de los trasplantes jurídicos, pues el ordenamiento importador adquiere una porción de Derecho diversa valorativamente de la que tenía el exportador; y además niega la validez de una teoría de la circulación de modelos jurídicos pues estas solo se basan en narrar neutralmente una realidad cuya hegemonía es variable por factores políticos y económicos, y no analizan la esencia de la hegemonía actual. Por ello, propone una disociación ulterior a aquella entre formantes, Somma plantea la disociación entre técnicas y valores o entre los conceptos contenidos en el discurso en torno al Derecho y la estructura social que con ellos se pretende promover<sup>207</sup>, la finalidad es pues sacar a la luz la dimensión discursiva del Derecho y mostrar como ella posee nexos no biunívocos con el sistema de poder que se pretende alimentar. De esta manera, se busca una aproximación hermenéutica capaz, por un lado, de evidenciar como los discursos en torno al Derecho son constitutivos de la realidad Derecho, y por otro lado, de sacar a la luz el uso que el poder hace de similares discursos y con esto las características del contexto que ellas miran a crear o conservar.<sup>208</sup> Siguiendo esta orientación, es posible analizar el discurso de la mundialización desarrollado en clave economicista y deconstruirlo, encontrando los valores que se encuentran en los sistemas receptores, valores que no se condicen con las técnicas o narraciones importadas.

Los aportes de Legrand y Somma son valiosísimos. Superadores de las vertientes estructuralistas como Monateri o Mattei ponen hincapié en la labor de los agentes que determinarán la recepción de un modelo, analizando los condicionamientos, intereses, o amenazas del receptor; así como los intereses y expectativas del que impone el modelo. Por su parte, Legrand y Somma analizan el objeto materia de importación negando la posibilidad de que en los hechos se realice un verdadero trasplante, o por lo menos, afirmando que se presenta una dialéctica entre la técnica formal importada y los valores del receptor. Estos estudios *prius* y *post* a la importación son fundamentales para analizar de forma crítica la recepción del análisis económico del Derecho en el Perú.

---

<sup>204</sup> SOMMA, Alessandro, “Tanto per cambiare...”, op. cit., pág. 369.

<sup>205</sup> SOMMA, Alessandro, *Ibid*.

<sup>206</sup> SOMMA, Alessandro, *Ibid*.

<sup>207</sup> SOMMA, Alessandro, *Temì e problema di Diritto Comparato*, Tomo II, Tecniche e valori nella ricerca comparatistica. G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pág. 67.

<sup>208</sup> SOMMA, Alessandro, *Temì e problema di Diritto Comparato*, op. cit., pág. 70.

## 4.2. ¿Recepción o resistencia del AED en el Perú?

No hay duda que el AED se presenta como una propuesta novedosa, interesante y sugestiva. No por nada, el propio Ugo Mattei, en su momento afirmó: “Dentro de esta atmósfera tan favorable [debido al interés en la experiencia estadounidense, la difusión del inglés, la vibrante vida intelectual de las universidades estadounidenses y la expansión del modelo norteamericano por los medios masivos], no sólo podemos afirmar que el AED proviene del camino correcto, sino que también introduce al mercado de las teorías jurídicas el gran prestigio de la economía...”<sup>209</sup>.

Sin embargo, el discurso del AED no puede ser tomado de manera pasiva, por el contrario, debe ser deconstruido. Es preciso tener en cuenta que el conocimiento depende de la adopción de un “*framework*”, la reunión de las evidencias depende de una teoría y la adopción de una teoría depende de una precisa estrategia.<sup>210</sup> Además, como se ha afirmado, aunque parezca que el Derecho juega aparentemente una menor y clara tarea, en realidad, tiene un mayor y oscuro rol en la economía clásica así como neoclásica; como antes, este refuerza el status quo de un mensaje ideológico/apologético.<sup>211</sup> Duncan Kennedy, luego de analizar la relación entre economía y Derecho en Norteamérica del siglo XIX y XX asevera: “Lo primero, es que este cuerpo de pensamiento económico es incomprensible a menos que sea tratado como un aspecto de una gran totalidad. El elemento no económico más importante de esa totalidad es el pensamiento legal. Segundo, la totalidad funciona ideológicamente: esta opera como un legitimador de opresión”.<sup>212</sup>

Ya ha sido afirmado que la reconstrucción de un particular discurso legal, en última instancia ayudará a identificar las agendas ocultas y el *background* que informan la apropiación de sistemas legales foráneos.<sup>213</sup> En efecto, “se puede amenazar metódicamente la estructura [discurso o sistema] para percibirla mejor, no solamente en sus nervaduras sino en ese lugar secreto en que no es ni erección ni ruina sino labilidad”.<sup>214</sup> Considero que haciendo uso de la deconstrucción<sup>215</sup> como herramienta de análisis de los discursos legales<sup>216</sup>, es posible percatarse de la ideología latente que se esconde tras el proceso de recepción del análisis económico del Derecho<sup>217</sup>, y ello porque quizá el más importante uso de la deconstrucción en la investigación legal ha sido como método de crítica

---

<sup>209</sup> MATTEI, Ugo, PARDOLESI, Roberto, “Análisis económico del derecho en países de tradición civil: Un enfoque comparativo”, en: *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, ROEMER, Andrés, comp., primera reimpression, México, 2002, pág. 372.

<sup>210</sup> MONATERI, P.G., “Caio nero...”, op. cit., pág. 30.

<sup>211</sup> KENNEDY, Duncan, “The role of law in economic thought: essays on the fetishism of commodities”, en: *The american University Law Review*, Vol. 34, 1985, pág. 967.

<sup>212</sup> KENNEDY, Duncan, “The role of law in economic thought: essays on the fetishism of commodities”, op. cit., pág. 40.

<sup>213</sup> ZUMBANSEN, Peer, “Comparative Law’s Coming of Age? ...”, op. cit., pág. 1079.

<sup>214</sup> DERRIDA, Jacques, *La escritura y la diferencia*, Traducción de Patricio Peñalver, Anthropos, Barcelona, 1989, pág. 13.

<sup>215</sup> Debemos tener en cuenta que los: “Deconstruccionistas atacan la asunción estructuralista de que uno puede identificar las estructuras de significados universales y/o fijas que formaron todo pensamiento humano. Los deconstruccionistas argumentan que las estructuras de significados sociales son siempre inestables, indeterminadas, impermanentes e históricamente situadas, constantemente cambiantes en el tiempo y acumulan nuevas conexiones, asociaciones y connotaciones”. BALKIN, Jack M., “Deconstruction’s legal career”, en: *Cardozo Law Review*, Vol. 27, Issue 2, 2005, pág. 720. Consideraciones críticas sobre el particular pueden verse en: SCHLAG, Pierre, “A Brief survey of deconstruction”, en: *Cardozo Law Review*, Vol. 27, Issue 2, 2005, pág. 741 y sgtes.

<sup>216</sup> “Deconstructivismo no es ningún lujo ni un intruso filosófico, sino una necesidad...” (MONATERI, Pier Giuseppe, “The ‘Weak Law’: Contaminations and Legal Cultures”, op. cit., pág. 11).

<sup>217</sup> Es distinto hacer uso de la deconstrucción para develar los discursos que quieren explicar la recepción del modelo del Análisis Económico (como se pretende en este trabajo), y la deconstrucción de las teorías legales que constituyen la esencia de tal modelo como aquella del hombre racional; aunque claro, la relación entre ambos procedimientos es bastante estrecha. Sobre el último punto hace referencia: HERNANDO NIETO, Eduardo, *Deconstruyendo la legalidad.*, op. cit., pág. 85 y sgtes.

ideológica.<sup>218</sup>En efecto: “El deconstructivismo, que exige lecturas subversivas y no dogmáticas de los textos (de todo tipo), es un acto de descentralización, una disolución radical de todos los reclamos de “verdad” absoluta, homogénea y hegemónica”.<sup>219</sup>

Que duda cabe, el uso de ‘discursos’ - en este caso legales- como un técnico y elaborado modelo de marco del mundo, es peculiarmente una relevante estrategia de auto legitimación y dominación; por ello, los estudios de cómo los discursos se desarrollan y se convierten en préstamos y trasplantes son cruciales para un radical análisis comparativo legal.<sup>220</sup>No puede ignorarse pues que la estructura es solo una representación que debe analizarse más allá de su aspecto formal.<sup>221</sup> Como ha sido señalado, debemos estar atentos al lado oculto del Derecho y a su práctica como instrumento de apropiación, considerando que el cambio de ideologías legales puede hacer ilegítimos actos legítimos, dependiendo de los competidores y los premios que están en juego<sup>222</sup>. En ese sentido, se ha resaltado agudamente que durante diferentes periodos en la historia, han habido cambios de énfasis legal — exploración, *missionizing*, colonización, despoblación, desarrollo, democratización, o (en el presente periodo militar – industrial) desarrollo globalizado— pero las redes locales, regionales e internacionales de poder han desbaratado continuamente las nociones idealizadas del Derecho.<sup>223</sup>

En dicho contexto, la afirmación actual del análisis económico del derecho tiene como finalidad legitimar el modelo político y económico neoliberal a través del trillado argumento de la eficiencia como única y excluyente manera de lograr el desarrollo.<sup>224</sup> Por ello, el AED no puede desligarse de los fundamentos del liberalismo, tales como el modelo del ser humano como maximizador natural de la riqueza y la autorregulación del mercado; por lo que tampoco puedes desligarse de las categóricas críticas de fondo a estas premisas.

---

<sup>218</sup>Se afirma que los estudios de crítica legal estuvieron originalmente atraídos por la deconstrucción por 3 razones: Primero, los partidarios del CLS enfatizaron la inestabilidad e indeterminación de las doctrinas legales, enfatizando además las ideologías políticas que estaban más allá del razonamiento legal. El descubrimiento deconstructivista de mutabilidad en los significados y las fronteras conceptuales apoyaba esta visión. Si como la deconstrucción sugiere, todas las decisiones creadoras del derecho y todas las categorías legales son flexibles y mutables, esto refuerza la afirmación que algo además que el razonamiento legal – como el juicio político- está más allá de las decisiones creadoras del derecho. Segundo, la fuerza de la crítica deconstructiva se aplicó más allá de los significados legales hacia todos los significados sociales. La deconstrucción parecía sugerir que las estructuras sociales eran también inestables e indeterminadas. Esto estaba en sintonía con la afirmación de la CLS de que la conciencia legal estuvo basada en la “falsa necesidad” de estructuras sociales y legales que parecían razonables en teoría pero que eran opresivas en la práctica. Finalmente, la deconstrucción parece atractiva para los partidarios del CLS porque sostiene que los textos se encuentran minados por su propia lógica y tienen múltiples y conflictivos significados. Los partidarios del CLS podían usar las técnicas deconstructivas para devastar los argumentos y las distinciones legales tradicionales, mostrando que ellas eran incoherentes (BALKIN. Jack M., “Deconstruction’s legal career”, op. cit., pág. 734).

<sup>219</sup> KRIEGER, Peter, “La deconstrucción de Jacques Derrida (1903-2004)”, en: *Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas*, Primavera Año/Vol. XXVI, Número 084, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 182.

<sup>220</sup> MONATERI, Pier Giuseppe, “The ‘Weak Law’: Contaminations and Legal Cultures”, op. cit., pág. 9.

<sup>221</sup> “En la medida en que el sentido metafórico de la noción de estructura no sea reconocido como tal, es decir, puesto en cuestión e incluso destruido en su virtualidad figurativa, de forma que se despierte la no –espacialidad o la espacialidad original designada en él, se corre el riesgo, por una especie de deslizamiento tanto más desapercibido cuanto que es eficaz, de confundir el sentido con su modelo geométrico o morfológico, cinemático en el mejor de los casos. Se corre el riesgo de interesarse en la figura por sí misma, en detrimento del juego que se representa en ella metafóricamente (DERRIDA, Jacques, *La escritura y la diferencia*, op. cit., pág. 27).

<sup>222</sup> NADER, Laura, “Promise or Plunder? A Past and Future Look at Law and Development”, op. cit., pág. 19.

<sup>223</sup> NADER, Laura, “Promise or Plunder? A Past and Future Look at Law and Development”, op. cit., pág. 19.

<sup>224</sup> Se afirma que a diferencia del modelo clásico, el neoclásico abandona los conceptos de libertad, justicia y estado de naturaleza por el mucho más modesto de economía de bienestar, basado en rigurosas definiciones de eficiencia, las que buscan legitimar poderosamente las reformas liberales de los mercados que los conservadores clásicos condenaban como contrarios al derecho natural (KENNEDY, Duncan, “The role of law in economic thought: essays on the fetishism of commodities”, op. cit., pág. 990).

Por tal razón, en realidad, la importación de este modelo no se debe totalmente al prestigio de la escuela que lo propugna. El AED (y las normas que de una u otra manera se inspiran en él) se ha implantado en el Perú (así como en otras partes) como consecuencia de una política económica predominante y dominante. No ha sido una elección libre ni ha sido el prestigio - como propugnan algunas vertientes estructuralistas- las que determinaron la importación. La elección libre y el prestigio son solo aparentes, en realidad la imposición del AED se encuentra implícita en la política económica internacional que juega a favor de los intereses de los grupos que resultan beneficiados con ella, se trata pues de una parte fundamental de un procedimiento de legitimación ideológica, o como se ha señalado, un proceso de dominación política y económica: “En América Latina, como en otras partes del mundo, las instituciones jurídicas importadas desde el centro del capitalismo han legitimado y encubierto, entonces, un proceso de dominación económica y política, un proceso al que la cultura jurídica civilista tradicional, en primer término, y la predominante retórica estadounidense del rule of law, después, han dotado de un grado de legitimidad intelectual”.<sup>225</sup>

Como ha sido afirmado el elemento “elección” en los trasplantes legales ha sido reemplazado por la “necesidad”. Los nuevos deseos y visiones anteceden la real elección en la actualidad, por ello el término “recepción impuesta” es más apropiado que recepción.<sup>226</sup> Aunque como el comparatista Örücü afirma, es verdad que hay una elección pero limitada, esta limitación se manifiesta en el deseo por parte de los sistemas en transición de convertirse en parte del mundo occidental. Los factores económicos aquí han tomado una parte predominante, aunque fundamentos occidentales como la democracia, el *rule of law* y los derechos humanos han agregado un ímpetu para la *Western export*.<sup>227</sup>

Existe, no hay duda, una elite que hace el Derecho, pero puede afirmarse que dicha elite no está legitimada para legislar de espaldas de nuestra realidad social pluricultural. Es más, con el paquete legislativo que se ha expedido en el Perú en el pasado mes de junio del 2008 (con más de 90 leyes productos de la americanización), y la consecuente construcción de un sistema a la medida de las necesidades económicas del mercado global, lo que se ha demostrado es que en el proceso de la importación normativa no solo se encuentra el grupo receptor que pretende autolegitimarse, sino también el exportador toma un papel protagónico publicitando su modelo y amenazando al receptor con seguir sus directrices bajo pena de “sub desarrollo”. No hay duda que elite importadora y el poder hegemónico exportador están juntos en la expansión del *Imperial Law*.

Cuestión aparte es determinar si es posible realizar un trasplante idóneo del AED en nuestro sistema. Como resalté, la legitimidad de los actores que importan el modelo es bastante discutible, sobre todo si lo que se ha presentado es una importación casi mecánica, con muy pocos atisbos críticos. Por lo demás, un agudo comparatista ha señalado que: “El mismo proyecto de sobreponer a ciertos contextos modelos jurídicos ajenos se revela ineficiente, y se ha revelado así por etnocéntrico. La toma en consideración de una realidad jurídica que no pertenece a la tradición occidental debería, entonces, siempre comprender las reglas que ‘nosotros’ reconocemos como jurídicas, aquellas que son consideradas como tales por las poblaciones autóctonas (y no solo por las elites locales, a menudo educadas en occidente), así como el contexto social y cultural en el cual las mismas reglas viven y operan”<sup>228</sup>.

---

<sup>225</sup> MATTEI, Ugo, “Transformaciones del mundo globalizado y derecho de propiedad durante la vigencia del Código Civil peruano: veinte años de saqueo imperialista y el potencial de resistencia de los juristas”, Traducción de L. León, en: *Derecho PUC*, N° 58, Lima, 2006, pág. 275.

<sup>226</sup> ÖRÜCÜ, Esin, “Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition”, op. cit., pág. 90.

<sup>227</sup> ÖRÜCÜ, Esin, *Ibid.*

<sup>228</sup> BUSSANI, Mauro, “Las diversidades y el Derecho”, Traducción de Carlos Zamudio Espinal y Luis Cárdenas Rodríguez, en: *Revista Crítica de Derecho Privado*, Revista del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Grijley. N° 1, 2007, pág. 69.

Como Mattei señala, la recepción acrítica del L&E, con una gran estrategia discursiva basada en la eficiencia y objetividad, se convierte en un aparato ideológico de la autoridad global. Sin embargo, el razonamiento de la eficiencia en el Derecho está perdiendo su potencial crítico como un instrumento erudito porque legitima como científica la asunción ideológica del neoliberalismo dominante.<sup>229</sup> En efecto, como ya se ha resaltado, cuando una aproximación al Derecho pierde su contenido crítico y legitima el status quo, pierde el prestigio que había adquirido y se convierte en obsoleta y desmerecedora de admiración.<sup>230</sup>

Pero retornando al análisis de las reglas transplantadas en nuestro sistema, debo afirmar que existe una disociación entre las técnicas y los valores, es decir, entre el discurso transplantado o el modelo tecnocrático expresado en doctrinas y normas, por un lado, y los valores culturales que tiene nuestro país receptor de tal modelo. En E.U. el AED sirve principalmente para resolver problemas concretos, en un contexto cultural donde la racionalidad individual y la acumulación de riqueza son sobre valorados, en donde conscientemente se ha elegido el riesgo como modo de vida<sup>231</sup>. En el Perú, la técnica que se pretende importar, y que en muchas áreas del Derecho ya ha sido impuesta, no se condice con los verdaderos valores que impulsan la importación del modelo, estos valores están ligados por un afán ciego de “desarrollo” y “progreso económico” en donde los primeros (y en muchos casos, únicos) beneficiados son ciertos grupos económicos. De ahí que se destierre por completo ideas de redistribución en materia de Derecho Civil, pero sin embargo, se mantenga la idea ordoliberal de que la eficiencia del intercambio aisladamente considerado, así como las fórmulas liberales son herramientas del “crecimiento económico”: “la mejor forma de obtener la maximización del ‘bienestar social’ supone – en términos generales- no imponer límites a la maximización del ‘bienestar individual’. La redistribución de la riqueza, necesaria en un país con pobres, debe efectuarse a través del sistema impositivo, y no a través del sistema contractual o del sistema de titularidades”.<sup>232</sup>

De esta manera, se evita, por un lado, la incidencia de lo público en lo privado, pero se exalta, contradictoriamente, la incidencia de lo privado en lo público. De ahí que hay una evidente disociación entre los valores del país importador y el país exportador: Los valores del primero son los valores de un país influenciado y sometido cultural y económicamente; los valores del segundo, son los valores de un país hegemónico.

Por todo ello, si debo elegir entre asumir de forma pasiva el modelo del análisis económico o reaccionar frente a su importación acrítica, para mí la alternativa es muy clara: resistencia.

## **V. Conclusión para un discurso jurídico políticamente incorrecto**

¿Qué implica tener una aproximación crítica a la recepción del análisis económico en nuestro sistema, y más en general, una aproximación crítica de la americanización? Pues desde mi punto de vista, ello implica denunciar los verdaderos intereses que se esconden tras el discurso de la eficiencia, mostrar como se desprotege a los sujetos débiles en el mercado, como se destruye el patrimonio cultural y se aprovecha la *soft* legalidad para explotar abusivamente los recursos naturales. Una aproximación crítica es necesariamente una labor que va más allá del análisis del sistema formal del Derecho, más allá del análisis de las contradicciones técnicas de las reglas

<sup>229</sup> MATTEI, Ugo, “The rise and fall of law and economics...”, op. cit., pág. 11.

<sup>230</sup> MATTEI, Ugo, “The rise and fall of law and economics...”, op. cit., pág. 15.

<sup>231</sup> IZQUIERDO, Javier, “De la globalización económica como forma de violencia simbólica”, op. cit., pág. 171.

<sup>232</sup> ESCOBAR, Freddy versus HERNANDO NIETO, Eduardo, ¿Es el análisis económico del Derecho una herramienta válida de interpretación del Derecho positivo?, en: Themis, N° 52, Agosto, 2006 (Intervención de Freddy Escobar), pág. 346. POLINSKY, A. Mitchell. Introducción al análisis económico del Derecho, op. cit., pág. 22.

formales, implica un estudio de los significados, valores e ideologías que se encuentran en tensión debido a las reglas impuestas.

Soy totalmente consciente que el discurso aquí presentado puede ser tachado de anacrónico, atávico y radical: “La resistencia y crítica intelectual corre el peligro de convertirse en marginal a nivel académico (y ni hablar en el nivel donde las decisiones políticas son actualmente realizadas) por la postura conformista sostenida por el *mainstream* académico”.<sup>233</sup> Sin embargo, es hora de que los que pretendemos hacer alguna labor intelectual miremos más allá del ámbito dogmático y mediante la comparación jurídica hagamos una lectura cuidadosa de la estructura formal expresada en el ordenamiento jurídico así como de su contenido ideológico subyacente. Los discursos legales son estructuras que pueden tener múltiples significados, es necesario por ello analizar los intereses que fundamentan aquellos. En el caso del análisis económico y la americanización, en resumidas cuentas el discurso externamente muestra un modelo eficiente capaz de llevar al desarrollo de una sociedad, sin embargo, al estudiar el procedimiento por el cual se transplanta en nuestro sistema, es posible observar que aquellos que lo importan son una elite que no tiene en cuenta los intereses de muchos grupos de la sociedad, y que atiende más que nada a las necesidades de la economía global, es decir, del poder económico. Además, se puede constatar que la ideología que expresan las reglas transplantadas son ajenas en mucho, a la ideología que ha ido forjando la sociedad por sí misma, siendo un instrumento válido y eficaz solo para algunos.

Por todo lo afirmado, reitero que es necesario tener una aproximación crítica frente a los transplantes legales, específicamente en nuestro caso, frente al análisis económico del Derecho y la americanización.

---

<sup>233</sup> MATTEI, Ugo, “The rise and fall of law and economics...”, op. cit., pág. 11.