



Revista Facultad de Jurisprudencia

ISSN: 2588-0837

RFJ@puce.edu.ec

Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Ecuador

Schäfer, Hans-Bernd; Dussan, Santiago
**¿Riqueza nacional y pobreza privada a través del derecho civil?
Una discusión del libro “The Code of Capital” de Katharina Pistor 1**

Revista Facultad de Jurisprudencia, vol. 2, núm. 11, 2022, Junio
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Ecuador

DOI: <https://doi.org/10.26807/rfj.vi11.442>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=600271638005>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

[redalyc.org](https://www.redalyc.org)

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

¿Riqueza nacional y pobreza privada a través del derecho civil?

Una discusión del libro “The Code of Capital” de Katharina Pistor¹

National wealth and private poverty through civil law?

*A discussion of Katharina Pistor’s book
“The Code of Capital”*

Hans-Bernd Schäfer^{2*}

Bucerius Law School

Ciudad: Hamburgo

País: Alemania

Santiago Dussan³

Pontificia Universidad Javeriana

Ciudad: Santiago de Cali

País: Colombia

Artículo Original (Recensión)

RFJ, No. 12, 2022, pp. 194 - 233, ISSN 2588-0837

Recension de Pistor, Katharina, *The Code of Capital: The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, 2019, 320 pp., ISBN 0691189439.

Review of Pistor, Katharina, *The Code of Capital: The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, 2019, 320 pp., ISBN 0691189439.

1 Este artículo se basa en una publicación de la autora, Katharina Pistor, en alemán: *Nationalreichtum und private Armut durch Zivilrecht? Rabels Zeitschrift*, 85 Oktober 2021. En el mismo número se encuentra su respuesta: *Recht und Ökonomie im Spannungsfeld verschiedener Schulen, Eine Replik auf Hans-Bernd Schäfers Buchbesprechung*.

2 *Agradezco a Claus Ott, Peter Behrens y a Thilo Kuntz por aportarme importante información. Todos los errores son del lastre del autor.

3 Autor corresponsal.

PALABRAS CLAVE: riqueza, capital, derecho civil, propiedad privada, pobreza, codificación.

KEY WORDS: wealth, capital, civil law, private property, poverty, codification.

INTRODUCCIÓN⁴

Katharina Pistor (2019; 2020), quien terminó sus estudios de derecho y de doctorado en Alemania, es profesora de derecho comparado en la Universidad de Columbia, Nueva York. Es una científica reconocida internacionalmente, la cual se sirve de métodos económicos, de las ciencias sociales y empíricos para adelantar sus investigaciones en derecho y en derecho comparado. Como tesis central de su libro, afirma que, junto con su creciente globalización, el derecho privado favorece los intereses de los más ricos; y que hace posible la “dominación a través del derecho” (Pistor, 2019, p. 205) en vez posibilitar el imperio del derecho.

Ella afirma que las reglas del derecho de los contratos, del derecho empresarial, del de insolvencia, del de propiedad y del derecho internacional privado cobran una especial relevancia en este sentido. A través de dichas reglas, según la autora, se determina, o “codifica,” la posesión tanto de los recursos como del capital, de tal forma que se generan tanto creciente riqueza, como desigualdad. Además de formular propuestas de política jurídica, el libro intenta entender, desde una perspectiva jurídica, algunos desarrollos económicos inquietantes como la crisis de Lehman; la creciente desigualdad; y el rezago de los salarios detrás de los desarrollos económicos en los EEUU y en otros países industriales.

4 Nota del traductor: En el texto original, se utilizan los términos en alemán “Kodierung,” “Neukodierung” y “Umkodierung.” Se ha decidido traducir estos términos como “codificación,” “recodificación” y “transcodificación” respectivamente.

La edición que fue publicada en inglés en 2019 ha sido discutida ampliamente y ha recibido generalmente reseñas positivas (Häring, 2019; Jafri, 2019; Vatiero, 2020). En particular, este escrito es crítico del libro. No pone en duda reflexiones importantes del mismo. Sin embargo, pone en cuestionamiento varias de las hipótesis y afirmaciones presentadas en él.

1. Los abogados al servicio de clientes con grandes riquezas como motor del desarrollo del derecho

Predominantemente en Estados del *common law*, como EEUU y Gran Bretaña, mas no exclusivamente en estos, se presenta la situación en la que ciertos abogados, que se encuentran al servicio de codificar los intereses de sus clientes con grandes riquezas, desarrollan nuevas figuras jurídicas, dejan que sean confirmadas por los jueces, para después reclamar su recodificación a través del monopolio estatal de la fuerza. El significado extraordinario de los abogados al servicio de clientes con grandes riquezas para el desarrollo del derecho tiene, como lo muestra Pistor, una larga tradición. Esto amerita ser elaborado claramente.

La cita hecha por Pistor (2019), de un discurso de Lord Campbell en la Cámara de los Lores en 1851, puede ser el lema de la obra completa. “*There is an estate in the realm more powerful than either your Lordship or the other House of Parliament and that [is] the country solicitors*” (p. 158). Como lo muestra la autora, los abogados fueron los que siempre resultaron aumentando la riqueza de la aristocracia rural al, en los términos de Pistor, recodificando los derechos de propiedad; y teniendo éxito frente a las cortes. Esta percepción contradice la opinion general, según la cual el derecho constituye un marco normativo para los actores económicos; que dicho marco normativo describe las reglas del juego; y que en Alemania se

sostiene en alta estima por parte de los representantes de la Escuela de Friburgo (Stoetzer, 2001, pp. 208–214).

Según afirma Pistor (2020), son de hecho los mismos intereses de los actores con grandes riquezas los que determinan y continuamente modifican en su favor las reglas del juego con ayuda de inventivos abogados. Esto contradice la teoría de la elección pública, la cual destaca la influencia de poderosos grupos de interés en el proceso legislativo parlamenarario; que de manera correspondiente se mantiene escéptico frente a la ley estatutaria; y que ve representada la racionalidad económica en la jurisprudencia.

Pistor demuestra el carácter incompleto de esta teoría y no comparte la hipótesis fundamental de Richard Posner de la superioridad de la tesis de maximizar el bienestar económico por medio del derecho privado de los jueces, siendo comparable con el derecho parlamentario o legislativo (Posner, 1979, pp. 485–508, 2014; Rubin, 1977, p. 51, 1982, pp. 205–244). Las cortes independientes se encuentran en una situación difícil cuando las familias con grandes riquezas, o las empresas, financian a ciertos abogados, que a su vez son maestros de la recodificación, que impugnan cada caso relevante a través de varias instancias y que pueden monopolizar la discusión jurídica.

La hipótesis de Pistor es interesante y es un impulso intelectual. Sin embargo, se encuentra tan solo parcialmente fundamentada. Para la recodificación de normas jurídicas, las cuales resultan en modificaciones de capacidades sobre ciertos recursos, no son suficientes los abogados. Sus sugerencias deben ser confirmadas como normas jurídicas por cortes independientes, porque, de lo contrario, se deja de un lado su protección por medio del monopolio estatal de la violencia.

Pistor señala en este contexto la internacionalización del derecho, la cual viene acompañada de una pérdida de significado de las cortes y de los legisladores nacionales. Los codificadores del capital deberían buscar para sí algún país, en la cual las cortes aceptaran sus recodificaciones sin reserva alguna, para así poder aplicarlas en otros estados (Pistor, 2019). Las normas del derecho internacional privado ciertamente han llegado a ser más amigables frente a la aceptación del derecho extranjero. Como consecuencia de ello, éste juega un rol cada vez más grande en la realidad jurídica interna. Sin embargo, esto tan solo puede explicar una parte de las deficiencias señaladas por Pistor.

En primer lugar, la competencia entre normas jurídicas resultantes es usualmente beneficiosa, porque puede llegar a evaporar normas nacionales fallidas, ineficientes o aquellas normas que favorecen intereses parciales. Aclara Pistor, en segundo lugar, por qué los tribunales supremos pueden doblegar las propuestas de los abogados codificadores, que solo representan los intereses parcializados de sus clientes. Aquí no se trata precisamente de Estados que son a su vez dictaduras corruptas, sino de aquellos altamente desarrollados con cortes independientes.

En tercer lugar, juega el derecho nacional (o el derecho de la Unión Europea) asimismo un papel importante. Pistor debería aclarar por qué las cortes independientes en realidad siguen a los codificadores, cuando sus propuestas son capaces de generar riqueza en favor de sus clientes, siendo asumidos los costos de ello por terceros. Finalmente faltan también aquí diferenciaciones analíticas. Un ejemplo de ello es la sentencia dictada en La Haya, en la que el consorcio petrolero Shell fue obligado a indemnizar a unos agricultores nigerianos, cuyas tie-

rras de labranza fueron contaminadas debido a una fuga en un oleoducto, lo cual fue a su vez posible por un ejercicio de *forum shopping*. En Nigeria los agricultores no habrían tenido oportunidad alguna de haber conseguido esta indemnización. El *forum shopping* no es solo un arma para los poderosos, sino que también lo es para los débiles (*Shell Nigeria Liable for Oil Spills in Nigeria*, 2021).⁵

Pistor (2019) señala en algunas partes, que crecientemente se implementa el uso de tribunales de arbitramento para la resolución de conflictos, que a su vez se establecen *ad hoc* por las partes y que no son independientes. Estas decisiones se encuentran sometidas al orden público a través de la revisión de las cortes estatales, con lo cual tan solo se puede impedir el desarrollo de errores generales. Pero incluso cuando el derecho extranjero pueda sobreponerse al derecho nacional, lo cual no es el caso, permanece vacía la tesis del poder de los maestros codificadores sin una teoría de decisión judicial que la fundamente. El lector tiene la impresión, de que el derecho privado sería hecho por las personas con grandes riquezas en los países capitalistas, que incrementa al mismo tiempo sus riquezas y la desigualdad dentro esos países.

Pistor habría tenido que presentar su tesis de una manera más fuerte, porque esta es contraria a la teoría ampliamente difundida, según la cual el derecho de los jueces es superior al derecho del parlamento, por tener aquel en consideración en menor medida ciertos intereses parciales. Muchos autores en los EEUU exaltan la independencia y estructura descentralizada las cortes estatales. Pistor escribe, por ejemplo, que los maestros codificadores crean para sus clientes el nuevo derecho (*They often make new law*, 2019, p. 160). Cuestiones como por qué las

5 Desde 2015 se declaró competente la Corte de los Países Bajos.

cortes estatales, contrario a cómo sucede con el parlamento, se ven fuertemente influenciadas por grupos de interés, al punto de llegar a considerarse agentes vicarios de los abogados, y que aquellas incorporan a través de sus decisiones judiciales los intereses de los ricos y poderosos, deberían haber sido trabajadas más fuertemente por parte de la autora.

Ciertos planteamientos de la literatura así lo enfocan. Así, en un tratado sobre el aumento del Estado regulador desde el final del S. XIX (*The Rise of the Regulatory State*), Glaeser y Shleifer afirman y defienden tesis similares, a partir de las cuales el derecho civil se ha desprendido del interés general con el aumento del “*Big Business*” desde el final de la Guerra Civil en los EEUU, porque en una disputa de derecho civil no habría más una “igualdad de armas” entre las partes. Solo el compromiso político y civil de las partes, de asociaciones y de sindicatos, del Estado democrático, del derecho regulatorio y del derecho parlamentario de orden público han funcionado como una especie de poder compensatorio en favor de la corrección de desarrollos indeseables en relaciones laborales, en la protección al consumidor y en la del medio ambiente (Glaeser y Shleifer, 2003).⁶

Una línea adicional de la literatura desarrolla la posición, según la cual la probabilidad de salir victorioso de un proceso judicial depende del esfuerzo que una de las partes pueda ejercer en relación con la otra u otras. Si acaso se tratara acá de un desequilibrio, podrían los tribunales supremos conver-

6 En relación a este se suele citar mucho la decisión de la Corte Suprema de los EEUU conocida como *Lochner v. New York*: 198 U.S. 45 (1905). En esta se declaró inconstitucional una ley de protección laboral, porque intervenía en la autonomía privada; y porque le otorgaba un estatus que no podía deducirse desde una perspectiva jurídico-política consecuente y coherente. También porque se basaba en principios libertarios no consecuentes y de hecho implicó la participación de la Corte Suprema en favor de intereses económicos.

tirse en la “pelota de juego” de aquella parte que experimenta un gran incentivo de gastar relativamente muchos recursos en el proceso y de involucrar a los mejores abogados por el relativamente mayor número de horas posibles (Cooter y Rubinfeld, 1989)⁷.

Por parte de Pistor este aspecto es impreciso. Lo que se necesitaría serían los abogados adecuados. Las razones por las cuales los tribunales supremos independientes se convertirían en agentes vicarios y concederían fuerza jurídica a las recodificaciones jurídicas de los abogados no son claras. ¿Se trata acaso de una justicia de clases? ¿Hay acaso una dinámica que opera a las espaldas de los jueces involucrados, los cuales solo pueden conocer los presupuestos de argumentación de los abogados de las grandes empresas, no pudiendo considerar suficientemente a la otra parte?

A esto se contrapone, que no solo los representantes de intereses que son remunerados se encuentran en la capacidad de influir en la jurisprudencia, sino que también ciertos científicos independientes darían forma al discurso jurídico. El desarrollo del derecho civil es el objeto de confrontación jurídica en la que participan, además de los abogados, científicos del derecho y de otras disciplinas; así como también las cortes a través de su jurisprudencia y los jueces a través de sus propias publicaciones en revistas académicas, comentarios y antologías. Éstas discusiones no son determinadas únicamente por parte de los abogados de grandes empresas y sus mandantes, sino que

7 La hipótesis consiste en que la probabilidad de ganar un proceso depende del esfuerzo que se asigna por parte del demandante y del demandado. En caso de que existan muchos casos similares respecto de una de las partes del proceso, experimenta ésta un incentivo de esforzarse más que la otra parte, porque la ganancia potencial del proceso solo compromete una fracción de su ganancia total. Gastará más y así podrá elevar la probabilidad de ganancia relativa a la de su contraparte, la cual no tendría incentivo alguno para asignar tanto esfuerzo a ello.

abarcan un espectro de presupuestos de argumentación diferentes y controversiales con diferentes intereses.

2. La codificación de la propiedad

En la presentación de su tesis principal, Pistor hace uso de ejemplos históricos, como el desarrollo de la propiedad de bienes raíces en Inglaterra y en los EEUU. Durante la Edad Media, en Inglaterra grandes porciones de la tierra agrícola eran, o bien tierra libre, o bien tierra común de los aldeanos. Con el transcurso del tiempo, los miembros de la aristocracia cercaron la tierra, con los infames “*Enclosures*,” los utilizaron exclusivamente para ellos, similar a como lo harían propietarios privados (Pistor, 2019, p. 31 y ss.). Esto fue un acto de violencia brutal descrito muchas veces en la literatura.

Como lo expone Pistor (2019), aquello fue acompañado de la recodificación de los derechos de propiedad sobre la tierra por parte de los abogados, en favor de la aristocracia, como derecho absoluto de propiedad, paso a paso y por medio de decisiones judiciales. Los tradicionales derechos de uso de los agricultores que fueron excluidos de sus tierras fueron arrebatados en favor de aristocracia rural, a través de un largo proceso y sin indemnización alguna. Más tarde se siguió desarrollando la propiedad sobre la tierra en favor de la aristocracia rural con la ayuda de “*Trusts*” en beneficio de las familias nobles, protegiéndose en contra de los acreedores. A través de esto se lograron proteger las posesiones familiares en contra de posibles ovejas negras en la familia.

Sin embargo, Pistor está menos interesada en los efectos económicos de este desarrollo, a diferencia de, por ejemplo, Karl Marx, quien en el tomo I de *Das Kapital*, dedica casi la totalidad del capítulo 24 sobre la acumulación original a los *Enclo-*

sures, por medio de un análisis más complejo. Marx critica los cercamientos incisivamente como actos de violencia sangrientos, pero destaca que habrían sido un paso hacia la formación del capitalismo y que en Inglaterra habrían hecho posible una acumulación originaria, que a su vez desembocó en la industrialización. Este desarrollo, según Marx, trajo consigo tanto riqueza nacional, como pobreza popular (Marx, 1867, p. 741 ss.).

Otros autores como North y Thomas en su obra *“The Rise of the Western World”* destacan, que este desarrollo impulsó la productividad a través de la multiplicación de los cultivos agrícolas, lo cual hizo posible, por primera vez, la generación de un superávit sobre el consumo personal, con el cual se pudo alimentar a la rápidamente creciente población de las ciudades. Estos autores señalan a aquellos Estados que fueron relativamente empobrecidos y atrasados, como por ejemplo España, donde la corona era dependiente de los impuestos de degüello de ganado, que protegía los derechos tradicionales e inapropiados para la agricultura, y que incluso prohibió la re-dedicación de tierras de pastoreo a campos abiertos (North y Thomas, 1973). El historiador económico Bairoch (1988) habla incluso de una revolución agraria, la cual hizo posible la urbanización de Inglaterra.⁸ La eficiencia, la riqueza de la nación o el desarrollo de las fuerzas productivas, categorías centrales del análisis económico, no solo en Marx, sino que también en la ciencia economía, juegan para Pistor un rol bastante subordinado.

Esto merece ser criticado, ya que el análisis de la desigualdad a través de las recodificaciones jurídicas del capital no puede separarse de los efectos sobre la productividad de tales recodificaciones sin correr el riesgo de convertirse en un análisis

8 Según Bairoch los *Enclosures* jugaron un papel decisivo en la modernización de la agricultura y en el ascenso de la producción agrícola en Inglaterra.

sis vacío. La recodificación jurídica puede causar grandes ventajas para todos, como suprimir la pobreza mientras aumenta fuertemente la desigualdad como actualmente sucede en China. La recodificación jurídica puede aumentar la riqueza nacional y dejar atrás daños no compensados como en el caso de los *Enclosures*. También puede provocar destructivamente una redistribución en favor de los más ricos a costa del público en general, conduciendo a su vez a un atraso en la productividad, como en el caso de los fideicomisos (*Fideikommiss*).

Quien no considere la desigualdad no está en la capacidad de distinguir estos casos, porque todos ellos permiten que aumente un indicador estadístico de desigualdad como el coeficiente de Gini. Pistor (2019, p. 222) de hecho destaca, que no hay nada reprochable con las transcodificaciones que incrementan la eficiencia, cuando aquellas no resultan en efectos desventajosos para terceros. No obstante, ella no aplica este discernimiento a sus ilustraciones. Estos procesos no son infrecuentes y pueden igualmente aumentar fuertemente la desigualdad. Esta constelación se logró en China, donde en el sector moderno los préstamos aumentaron a la par del ingreso popular y la pobreza absoluta se encuentra casi que desaparecida. Al mismo tiempo, la desigualdad en el ingreso ha disminuido drásticamente desde los tiempos de Mao Zedong.⁹

Mientras los *Enclosures* desarrollaron las fuerzas productivas de Inglaterra, la protección jurídica descrita por Pistor de las familias nobles frente a sus acreedores a través de fideicomisos y *Trusts* fue un paso hacia atrás en términos de economía institucional, porque esa protección excluyó la utilización de la tierra como prenda de los créditos, convirtió la tierra en capital muerto y llevó a la subcapitalización de los bienes de los no-

9 Así aumentó el coeficiente de Gini de un valor por debajo de 0.3 a uno que sobrepasaba 0.45 en la primera década del S. XXI. Ver Whyte (2012).

bles en toda Europa. Los fisiócratas Jacques Turgot y François Quesnay analizaron esto de forma clarividente en el S. XVIII, atribuyéndole a ello el atraso de la agricultura francesa (Schäfer, 2013, Chapter 4). Estas diferenciaciones esenciales no se ofrecen en el trabajo de Pistor, porque ella solo se pregunta por los efectos negativos sobre terceros de las transcodificaciones jurídicas y por los impactos sobre la desigualdad en el ingreso. Pistor (2019, p. 93) trae a la discusión el ejemplo de los bancos hipotecarios de Silesia (*Schlesischen Landschaften*). Después de la Guerra de los Siete Años, el rey de Prusia, Federico II, permitió a los nobles silesios que dieran en prenda sus bienes, para así titularizar las deudas a nombre de sus acreedores, lo cual resultó en una rápida reconstrucción de las provincias destruidas por la guerra.

La presión comercial en favor de la transcodificación jurídica no iba usualmente en dirección a un escudo de activos o *Asset Shield*, sino en una dirección contraria. A saber, no hacia la protección del deudor frente al acreedor, lo cual pueden resultar en efectos económicos destructivos, sino hacia la codificación de activos como prenda crediticia para así movilizar préstamos a empresas. Esto aplica, por ejemplo, a la garantía mobiliaria, la cual supone la separación de las funciones de la propiedad en funciones de garantía; y en funciones de uso con un vínculo fiduciario con el tenedor de la garantía mobiliaria. La discusión acerca de la admisibilidad de la reserva de dominio para pasar por alto el derecho prendario o pignoraticio fue decidida positivamente por el Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) en 1899. Desde las discusiones al interior del Asociación de Juristas (*Juristentag*) de 1908 y 1914 no se pone en tela de juicio esta solución económicamente productiva (Reich, 1969).

Casi ningún problema del derecho civil ha sido discutido en tal grado de profundidad como este, en lo que respecta a su clasificación de dogmática jurídica. Finalmente, ciertas consideraciones económicas han conducido a una consolidación de la clasificación jurídica de compra bajo reserva de dominio y a una ampliación de los casos a los que se puede aplicar (reserva de propiedad ampliada, reserva de cuenta corriente, reserva de consorcio, reserva de propiedad intermedia, reserva de propiedad transmitida). De este modo, después de la II Guerra Mundial fue movilizaba la totalidad del capital circulante de las empresas hasta la última acreencia con el objetivo de ofrecer garantías crediticias. Esto no solo ha aumentado las ganancias, sino que también ha contribuido a la reconstrucción. También el denominado saneamiento por cesión en procedimientos concursales es el fruto de la actividad del ejercicio de los abogados criticada por Pistor. Aquella figura elevó la eficiencia del antiguo ordenamiento concursal fallido respecto de la relación jurídica y logró mejores posibilidades para evitar que empresas viables fueran aplastadas.

En la presentación de sus varios ejemplos de historia del derecho, Pistor comete un error al concluir que es suficiente para una crítica de política jurídica tomar en consideración el hecho de que los abogados codificadores solo toman en cuenta los intereses de sus clientes orientados por las ganancias. Esto se remonta a conocimientos esenciales de la ciencia política y la economía, desde Nicolás Maquiavelo,¹⁰ pasando por Adam Smith hasta Karl Marx y la actual ciencia económica. Particularmente, Marx sostenía, que el desarrollo de las fuerzas productivas y el avance económico se encuentran ligados a la implementación de los intereses de una clase, lo cual podría ser o no contra

10 Maquiavelo instó a los príncipes Medici a unificar Italia “por la gloria propia y el bienestar de todo el pueblo italiano.” (Machiavelli, 1512, p. 106).

productente bajo determinadas condiciones. Cuando Pistor escribe sobre riqueza a través de la recodificación de normas jurídicas, no diferencia con suficiente claridad entre (i) riqueza clientelista, la cual solo es posible por medio de redistribución, en la cual la sociedad en general se estanca o se empobrece más; (ii) riqueza que permite que un país avance económicamente, pero que a la vez puede generar altos daños para muchos que no se compensan; y (iii) riqueza que genera ventajas económicas para muchos o para todos y que casi no genera daños para alguien, pero que de igual manera aumenta la desigualdad.

En su descripción de la apropiación de tierra en América del Norte por medio de colonos blancos, también se puede identificar un desinterés en el trabajo de Pistor por los efectos del derecho en la distribución de recursos. Allí casi que no hubo ninguna consideración de las formas tradicionales de propiedad de la población indígena. La tierra fue convertida en propiedad privada de aquellos colonos blancos a través de una cruda violencia y a través de una transcodificación mediante el ejercicio de los abogados y las cortes –y a través de la misma estrategia, la población indígena fue despojada de la posesión. ¿Qué habría sucedido si el ordenamiento jurídico, como lo reclama Pistor (2019, p. 34) hubiera protegido los derechos de propiedad (*Property Rights*) de las tribus indígenas por medio del principio de antigüedad? Antes de la colonización de América del Norte por parte de los blancos, este territorio alimentó y resguardó aproximadamente a 3,8 millones de nativos sobre una superficie de casi 20 millones de kilómetros cuadrados con el estado de las fuerzas productivas de los indígenas de aquel entonces, lo que correspondería a 50 veces el tamaño de Alemania, según una investigación de Denevan (1992).

Pistor describe vívidamente como los derechos tradicionales fueron violados y, sin embargo, no presenta aquellas alternativas a la brutal subyugación, que hubiesen sido compatibles con la inmigración y la colonización; y que considerarían lo difícil que es transferir, a través de negocios jurídicos, derechos de propiedad sobre la tierra fuertemente tradicionales e imprecisamente definidos, con varias diversas posiciones de veto por parte de jefes tribales, de familias y de clanes.

El desinterés por las propiedades productivas de las normas del derecho civil también se reconoce en el análisis que hace Pistor de la codificación de las personas jurídicas, la cual fue impulsada desde la Edad Media por parte de los abogados. Éstos tan solo tenían la meta de poner a disposición de sus clientes un *Asset Shield* (Pistor, 2019, p. 57). El interés egoísta de esta codificación fue el de proteger los activos, que los comerciantes comprometían en una empresa y así retirar del alcance de sus deudores la existencia misma de aquella, para más adelante permitir que en la sociedad de responsabilidad limitada (*Limited Company*) hubiera una separación entre el capital de la firma y el privado. Aquí Pistor pasa por alto el hecho de que, respecto de esta codificación, la recodificación generalmente no está relacionada con efectos negativos sobre terceros, contrario a la inobservancia de los derechos de propiedad de los indígenas en América del Norte; o a la exclusión del campesinado de la tierra comunal en Inglaterra.

Un prestamista, no pudiendo acceder más a los activos empresariales de su deudor, sino a las acciones de la compañía, reaccionará con un margen de tasa de interés más alto para cubrir el incumplimiento del crédito con el precio, o incluso no otorgando el crédito. Lo mismo aplica al principio de la responsabilidad limitada. Los créditos se otorgan a las

compañías, bien sea encarecidos o soportados con una garantía. Sin contar a los acreedores forzosos (en especial a las víctimas de accidentes), no se producen en lo más mínimo efectos negativos sobre terceros.¹¹ Adicional a esto, es sugerido, más no desarrollado, por Pistor, que el desarrollo gradual de la persona jurídica es una de las innovaciones jurídicas más productivas de la historia jurídica europea, lo cual promovió el ascenso de Europa Occidental a potencia económica en el S. XIII –como lo ha afirmado Timor Kuran (2011, p. 60 y ss.).

Solo aquella figura hizo posible que empresas con largos periodos de vida pudieran asegurar su capital de manera independiente de las inversiones de sus accionistas; y que sus acciones pudieran ser titularizadas y negociadas en bolsa. La figura hizo posible convertir activos vinculados a largo plazo en activos líquidos y también reunir capital de varios inversionistas. De esta forma pudieron formarse grandes empresas generadoras de economías de escala. Esta nueva forma jurídica no trajo consigo perdedor alguno –salvo con algunas excepciones.

No obstante, ella generó enormes riquezas dondequiera que fue utilizada por primera vez, lo cual obviamente aumentó la desigualdad. Esto no se puede equiparar con aquella desigualdad, que en una economía clientelista genera riqueza privada al costo de toda la población y a la par resulta en una disminución de la riqueza nacional. Se puede estar de acuerdo con Pistor (2019, p. 222) cuando ella escribe que la codificación del capital es la llave para la distribución de la riqueza en una sociedad. Sin embargo, hay que diferenciar si acaso la codificación de la riqueza hace posible la riqueza de los ricos a través de redistribución y a costa de terceros, o por medio de un aumento de la productividad.

11 Visión general encontrada en Schäfer y Ott (2020, Cap. 25).

Que las normas jurídicas puedan tener un papel sobresaliente en el desarrollo económico, tanto en un sentido positivo como en uno negativo, es hoy en día conocimiento común (Hall & Jones, 1999; Rodrick, 2006; Rodrik et al., 2004).¹²

3. ¿La codificación del capital y una tendencia hacia una mayor desigualdad?

La codificación del capital sigue la lógica del poder y del dinero –según Pistor. Esto es indiscutible. Pero llegar de este enunciado a la afirmación de que aquello llevaría a desigualdad e incluso a empobrecimiento, es un paso muy grande, que demanda un análisis cuidadoso como en el caso de este libro. Generalmente, el comportamiento que busca maximizar ganancias no es en sí mismo algo reprochable. No se encuentra en una clara relación con las exigencias de la ética social. Lo mismo aplica para el comportamiento altruista, el cual puede degenerar en paternalismo.

12 Los autores mencionados destacan, que, sin la ejecución de contratos, sin la protección de la propiedad y de las inversiones no es posible desarrollo económico alguno. Hall y Jones (1999, p. 86) resumen el resultado de un amplio estudio empírico de la siguiente manera: “*Countries with corrupt government officials, severe impediments to trade, poor contract enforcement, and government interference in production will be unable to achieve levels of output per worker anywhere near the norms of Western Europe, Northern America, and Eastern Asia*”. En Rodrick et al. (2004, p. 976) se destaca, que este resultado no está condicionado necesariamente por el imperio de la ley en un sentido Occidental, sino que también puede darse a partir de instituciones sustitutas (*Substitute Institutions*), como agremiaciones de comerciantes, o poderosos solucionadores de conflictos de un Estado, o un partido político. “*The cross-national literature has been unable to establish a strong causal link between any particular design feature of institutions and economic growth. We know that growth happens when investors feel secure, but we have no idea what specific institutional blueprints will make them feel more secure in a given context. The literature gives us no hint as to what the right levers are. Institutional function does not uniquely determine institutional form.*” Esta opinión es compartida preponderantemente en la literatura actualmente. Sin embargo, no existen ningún país rico, que no cuente con un imperio de la ley materializado –con la excepción de ciertos países pequeños y ricos en materias primas. Ver Cooter y Schäfer (2012).

Para una crítica desde la ética social hacia el comportamiento egoísta deben satisfacerse y desarrollarse ciertas características especiales. Las crisis financieras actuales, el aumento mundial de la desigualdad y el estancamiento observable los salarios reales en el EEUU desde los años ochenta son ciertamente razones de mucha preocupación. Sin embargo, Pistor describe un sistema económico y jurídico, que se desarrolló a lo largo de siglos, que se implementó a la vuelta del S. IX en los países Occidentales; y que conllevó un aumento masivo de prosperidad y de bienestar generales, incluyendo una mejoría en salud, educación escolar y una mayor expectativa de vida sin precedentes.

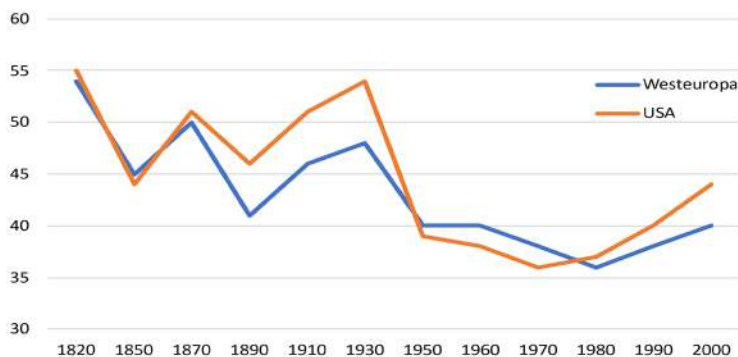
Ningún otro sistema económico concurrente ha alcanzado jamás algo siquiera parcialmente parecido. Un estudio comprensivo de historia económica de Jan Luiten van Zanden y otros (2014) demuestra esto. Entre los años de 1820 y 2000 se multiplicaron por 13 los salarios reales promedio de los trabajadores de la construcción en Europa Occidental; y el ingreso real per cápita lo hizo por 16 (De Zwart et al., 2014). Los EEUU, Canadá, Australia y Nueva Zelanda suelen resumirse en series de tiempo de historia económica como *western offshoots*.¹³ En este grupo de países se multiplicó por 21 el ingreso real per cápita desde 1820 a 2000 (Bolt et al., 2014). Las estimaciones de los salarios reales de los trabajadores de la construcción solo están disponibles para el período de 1860 en adelante. Para el año 2000, estos se habían multiplicado por 3,8 desde 1860. En los EEUU el ingreso real per cápita se multiplicó por 21 entre 1820 y 2000. Durante este período, los salarios reales de los trabajadores de la construcción se han multiplicado por 2,9.¹⁴

13 Angus Maddison (2006) introdujo esto en su innovador estudio empírico sobre series de tiempo en historia económica.

14 Todas las cifras en cálculos propios sobre la base de datos en los estudios de Jan Luiten van Zanden et al. (ver notas al pie 19, 20 y 22). Ver especialmente las Tablas 3.2 en p. 65, Tabla 3.4 en p. 67, Tabla 4.4 en p. 80 y Tabla 4.6 en p. 81.

En todos los estratos sociales desde entonces se han incrementado tanto la expectativa de vida como el nivel de educación de manera dramática. Cifras similares aplican a los EEUU, Canadá o Australia, pero de lejos no lo hacen para aquellos países, que fueron menos capitalistas que los mencionados. Aquellos hallazgos son incompatibles con la descripción de un sistema jurídico, que hace a los ricos cada vez más ricos y a los pobres cada vez más pobres. Ante ello, que en los sistemas capitalistas de economía de mercado aumente sistemáticamente la desigualdad no está demostrado. La siguiente tabla contiene series temporales del Coeficiente de Gini para Europa Occidental y los EEUU. El Coeficiente de Gini, un número entre 0 y 1, (o expresado en porcentajes entre 0 y 100) es la medida estadística de mayor uso para explicar la desigualdad en el ingreso y riqueza. Un Coeficiente de Gini de cero indica que todos los receptores de ingreso cuentan con los mismos ingresos; uno de 1 implica, que la totalidad del ingreso popular es percibido por un solo individuo.

Figura 1: Desigualdad en el ingreso en Europa Occidental y los EEUU, 1820-2000, Coeficiente de Gini (en porcentajes)

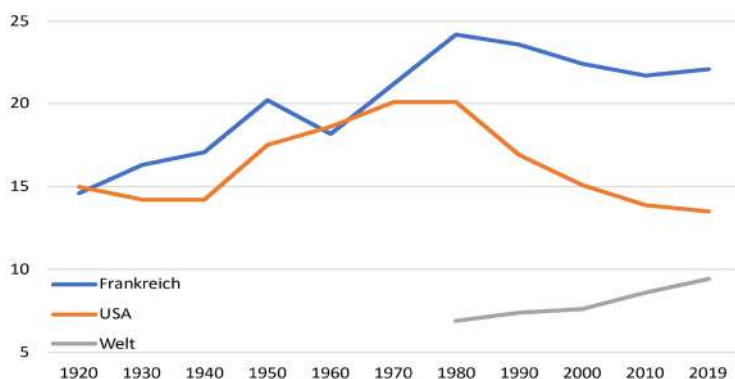


Fuente: Moatsos et al. (2014, pp. 206, 210)

La investigación de Moatsos et al. (2014) muestra, que la desigualdad en el ingreso en economías Occidentales de mercado, expresado mediante el Coeficiente de Gini desde 1980, ha aumentado; y en EEUU la tan valorada desigualdad fue en 9 de las 12 series temporales mayor a la de Europa Occidental. Sin embargo, la misma investigación no ofrece indicios para afirmar que las economías de mercado constituyen una tendencia para la intensificación de la desigualdad.

Este hallazgo es fortalecido por medio de series temporales adicionales de *World inequality Database*, la cual expresa la suma de los ingresos de la mitad de los receptores de ingresos con los ingresos más bajos como porcentaje de todos los ingresos; y, a diferencia del estudio de van Zanden, contiene datos hasta 2019. Series temporales prolongadas, que van hasta el año de 1920, existen en este estudio solo para los EEUU y Francia y se incluyen en la siguiente tabla.

Figura 2: Participación del 50% de los ingresos más bajos de todos los ingresos en Francia y EEUU entre 1920-2019.



Fuente: World Inequality Database (2021, s. p.)

Las series temporales de Francia y EEUU presentadas respecto de este indicador de desigualdad, asimismo, no constatan aumento de la desigualdad alguno. Para Francia la línea de tendencia en general indica antes una disminución de largo plazo de la desigualdad. En EEUU disminuyó la desigualdad hasta 1980 de manera regular. No obstante, después aumentó –como también sucedió en Francia- más fuertemente que en Francia y que la mayoría de países Occidentales.

Del mismo estudio se concluye, que la desigualdad en ingresos definida en la Tabla 2 disminuyó generalmente de manera suave entre 2010 y 2019 en los Estados industrializados Occidentales; y que la tendencia sostenida desde 1980 de una mayor desigualdad no avanzó en la segunda década del S. XXI. No existe ninguna evidencia de una tendencia duradera en aumento de la desigualdad en los países capitalistas Occidentales. A esto no se contrapone, que más de 3 décadas de un aumento de la desigualdad de ingresos después del 1980 y un estancamiento de los salarios reales en los EEUU hayan derribado el optimismo detrás de la noción de que la economía de mercado siempre resulta en un aumento del bienestar de todos.

La desigualdad en el ingreso (y aún más fuerte, la desigualdad en la riqueza) en los sistemas capitalistas fue esencialmente mayor a la de los sistemas socialistas, para los cuales se determinaron coeficientes de Gini de más de 20. Éstos aumentaron en los antiguos Estados del COMECON hasta el final de la Unión Soviética desde alrededor de 20 a 30 (Milanovic, 1999); en China incluso aumentó hasta 45 (Statista, 2021). Sin embargo, la desigualdad es parcialmente un epifenómeno de la libertad económica. Aquella surgiría de igual manera, cuando su uso no pudiera causar efectos negativos a terceros.

En caso de prestar atención únicamente a la desigualdad como consecuencia del comportamiento que busca maximizar ganancias, no puede diferenciarse más entre un innovador como Guglielmo Marconi, quien inventó y también comercializó exitosamente el telégrafo inalámbrico y el teléfono; los aristócratas ingleses, que despojaron a los agricultores de sus tierras, desarrollando la agricultura; y una oligarquía mafiosa, la cual con ayuda de las normas jurídicas llevan a la sociedad al subdesarrollo, haciéndose ella misma rica.

Los tres casos presionan al alza el coeficiente de Gini. Es impensable, que Katharina Pistor no sea consciente de esta diferencia. Su libro se compone de una serie de ejemplos históricos, de los cuales cada uno de ellos recae dentro de alguna de estas categorías: desde la ocupación de tierras por parte de colonos blancos en América del Norte, pasando por el *Asset Shield* destructor de prosperidad de familias nobles a través de fideicomisos; hasta el *Asset Shield* de la persona jurídica, una de las extraordinarias y económicamente poderosas innovaciones en la historia del derecho. Comprender todo esto en una sola categoría es un error analítico.

Es también claro e indiscutible, que la desigualdad de ingreso ha crecido fuertemente en los Estados de Occidente con economías de mercado desde 1980 hasta la segunda década del S. XXI. En los EEUU se relacionó esto incluso con un estancamiento de los salarios reales. Habría tenido más sentido enfocar el análisis en esta serie temporal y describir los factores que produjeron esto. La autora no habría llegado a la idea de que todo esto se les atribuye a los laboriosos maestros codificadores. Desde una monografía dirigida a un amplio público no se puede esperar conscientemente que se filtre la información de estos factores y la fuerza de su influencia por medio de métodos métricos estadísticos.

Sin embargo, sí habría tenido que ser discutido el señalamiento de ciertos factores determinantes para el aumento de la desigualdad desde 1980 (Alvaredo et al., 2018). A aquellos pertenecen la educación escolar precaria y un acceso más difícil a las instituciones de educación superior. También pertenecen a aquellos factores la supresión de la producción industrial en muchos Estados Occidentales, después de que la mayoría de los países en vía de desarrollo pusieran fin a su política nacionalista (sustitución de importaciones) en la década de 1980 y comenzaran a producir para el mercado mundial, lo cual disminuyó la oportunidad de ingresos de la fuerza productiva con menor nivel de formación en los países ricos. Y también a aquello se suma el ascenso de la tecnología de la información, lo que trajo consigo una muy buena remuneración a las fuerzas productivas con buen nivel de formación y prescindió de las demás.

Finalmente juega también un papel el bajo grado de inversión estatal en bienes públicos. Como un factor importante también puede incluirse la internacionalización del derecho. El derecho internacional privado, que contiene los puntos fundamentales para el grado de internacionalización del derecho, fue hace algunas décadas aún materia de especialistas del derecho de divorcios. Entretanto, se ha transformado en una materia jurídica que es central y que da forma a nuestras vidas. Haber hecho hincapié en este punto en el trabajo de Pistor es ciertamente meritorio.

4. Propiedad sobre los datos personales

A partir de los desarrollos históricos, Pistor (2019, p. 126 y ss.) hace referencia a los gigantes del Internet, quienes consiguen sus fabulosas ganancias con el procesamiento de datos personales. Aquellos no cuentan en lo más mínimo con derechos de autor sobre los datos personales brutos que recogen

de los usuarios y sin embargo se encuentran protegidos por el secreto comercial. Mediante el uso de efectivas tecnologías de encriptación, estas empresas tienen la propiedad exclusiva, no *de jure* sino *de facto*, de esos datos personales en bruto. Esta situación arroja de hecho una serie de preguntas de política jurídica importantes, que están relacionadas con la protección de la protección industrial, del derecho de la competencia y de la protección de la propiedad sobre los datos personales. Las empresas de Internet posicionan sus propios productos para la venta en lugares privilegiados. Ellas generan nuevos conjuntos de datos con ayuda de unos algoritmos, que tienen un valor de mercado distinto al de los datos personales brutos. Sin embargo, aquellas empresas no están en la obligación de compartir esos con sus competidores, las cuales, de igual manera, generan nuevos conjuntos de datos desde los mismos datos personales brutos, que también venden en el mercado. Los científicos no tienen ningún acceso asegurado a esto. La protección de los datos brutos como secreto comercial impide que aquellos trabajadores que optan por ser independientes o que llegan a trabajar a otras empresas puedan llevar tales datos consigo, lo que entorpece la competencia y lo cual es acertadamente criticado por Pistor.

Que los datos personales se encuentren de hecho dentro de la propiedad de las empresas de Internet; y que la correspondiente codificación del inventario de datos personales brutos se implemente dócilmente en los EEUU y en otros países por medio de las cortes, es algo que Pistor (2019) compara con la apropiación violenta de tierras por parte de los señores feudales ingleses a través de los *Enclosures*. “*We are now in danger of losing access to our own data*” y llama a esto “*the second Enclosure*” (p. 131). Esto es por consiguiente inadmisibile, porque a través del reconocimiento del secreto comercial y la conformación de

una propiedad de facto sobre datos personales en bruto por parte de los gigantes del Internet, no solo no ha ocasionado la muerte de ningún ser humano, ni ha exterminado ningún tipo de existencia, sino que se trata de una contraprestación como consecuencia del uso gratuito de las redes sociales.

Un derecho de propiedad desde el derecho civil comprensivo, cuyo objeto sea la información propia de la persona, no puede derivar en sí mismo a partir de la noción de la protección personal ni de la de protección de la dignidad humana; ni tampoco puede inferirse como un derecho natural („our own Data“). La Corte Constitucional de la República Federal de Alemania ya rechazó la noción de un derecho natural a los datos personales y trazó una convincente línea divisoria de política jurídica entre la protección de la propiedad y la de la privacidad. “*El individuo no tiene un derecho sobre sus datos en el sentido de tener un dominio absoluto e ilimitado*” (Bull, 2018; BVerfGE 65, 1 - Volkszählung, n.d., p. 43 y ss.).¹⁵

¿Quién soy yo, dónde y cómo vivo? Las respuestas a estas preguntas constituyen secretos que vale la pena proteger, los cuales a su vez son protegidos en todos los Estados de Derecho. Derechos adicionales que se relacionarían con aquel uso de datos personales, más aún cuando estos datos permanecen anónimos en conjuntos de datos, no se justifican por medio de la protección de privacidad y deben someterse a una prueba de conveniencia social o económica.

Aquí surgen rápidamente problemas de justificación. Un problema central, que es a su vez difícilmente solucionable, es la explicación del término. La propiedad respecto de los datos personales, que va más allá de la protección de la

15 Texto original traducido del alemán al español: “*Der Einzelne hat nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneingeschränkten Herrschaft über seine Daten.*”

privacidad, es difícil de definir y de implementar. Los derechos absolutos no deben redactarse de manera idiosincrática, distinto a los derechos relativos, como por ejemplo aquellos derechos contractuales bilaterales, porque son protegidos en contra de las acciones de cualquiera e imponen deberes a todo el mundo. Deben ser reconocidos fácilmente, para que puedan ser observados (Smith, 2011). Esto ya establece límites a la expansión de los derechos asimilables a la propiedad sobre los datos más allá del derecho a la privacidad, que solo no existen en pequeñas sociedades tribales, donde de hecho los derechos completos y absolutos se encuentran generalizados. Porque, en el sentido de los derechos absolutos, existe una relación inversa entre la complejidad de una sociedad y la de los derechos de propiedad. La propiedad en sociedades globalizadas otorga derechos a un inmenso número de personas y les impone así mismo deberes. Por lo tanto, un derecho absoluto debe ser fácilmente reconocible y, de ser posible, ser protegido a través de una sencilla regla *hands off*.

Cuando cada individuo tiene un derecho absoluto sobre „sus“ datos, puede aquel vender sus datos personales a intermediadores de la información. Esto conlleva altos costos de transacción. En cada perfeccionamiento del contrato debe lograrse un acuerdo adicional con él sobre los costos de los datos transferidos. Surge entonces la pregunta de si puede en todo caso surgir un mercado así, con millones de oferentes de datos; o si, por lo tanto, tal propiedad sobre los datos es o no conveniente. A esto se suma que los derechos de propiedad fragmentados sobre los datos hacen posible el comportamiento estratégico; entorpecen el intercambio de datos, planteando así un problema de los anti-comunes, el cual resultaría en una infrautilización de tales datos (Acquisti et al., 2016; Duch-Brown et al., 2017, p. 29).

Incluso cuando no se esté de acuerdo con Pistor en este punto, ella resalta un gran problema jurídico, cuya actual solución termina beneficiando las posiciones monopolísticas de las empresas de Internet. Se genera una brecha digital entre aquellos que cuentan con acceso al *big data* y aquellos que no. Los usuarios científicos pueden ser excluidos del acceso a datos a voluntad. Para evitar una nueva separación entre *Insider* y *Outsider*, debería el Derecho facilitar el acceso a estos datos. De esto no tienen interés alguno aquellos que recodificaron legalmente los grandes conjuntos de datos según los intereses de sus mandantes.

Las declaraciones de Pistor son acertadas en cuanto al derecho de patentes y sobre derechos de autor, cuyos niveles de protección y duración los considera tanto excesivos como a veces contraproducentes, y que más que fomentar, obstaculizan el surgimiento de nuevo conocimiento como resultado de múltiples posiciones de veto (Pistor, 2019, p. 118 y ss.) –y está afirmación es consistente con el naciente consenso de la investigación del análisis económico del derecho. Estos derechos siguen siendo aún ampliados y no restringidos, lo que hace posible que se genere riqueza por parte de algunos pocos a costa de la riqueza nacional.

5. La codificación de los créditos

Las titularizaciones de créditos, la creación de dinero, el dinero fiduciario y los contratos de opción ocupan un amplio espacio, cuyos inventores son asimilados por Pistor con los alquimistas. Con razón, Pistor rechaza la consideración del capital en términos de unidades físicas. Sin embargo, también respecto de productos financieros complejos, permanece la relación con los bienes de la economía real, cuyos productividad y valor son influenciados por la codificación jurídica de los

productos financieros. Tampoco es cierto, como lo sugiere Pistor, que únicamente los bienes reales se conviertan en capital por medio de la codificación jurídica. En docenas de Estados impera hoy en día la anarquía. La propiedad existe en estos lugares en forma de dominio fáctico sobre objetos físicos o en conocimiento privado, el cual se puede defender en contra de un Estado corrupto y cleptocrático, o bandas de ladrones.

De todas maneras, estos bienes son utilizados para producir y consumir, aunque a bajo nivel y con baja productividad. Si bien la codificación jurídica aumenta la productividad de bienes físicos y de información privada, no genera ninguna de estas. La comparación con la alquimia es problemática. En la economía institucional se ha desarrollado la expresión “bien efectivo” (*effective commodity*) a partir de la combinación de las cosas con derechos de propiedad (*Property Rights*). Esto aplica también a la titularización de contratos de crédito entre acreedores y deudores y a través de papeles al portador como letras de cambio o bonos. Esto no produce nuevo capital, pero sí hace que aumente el valor real de los créditos subyacentes para los deudores.

Los préstamos hipotecarios son inicialmente intransferibles o muy difíciles de transferir. En la medida en que pueden ser transcodificados en activos líquidos y fungibles, pueden aquellos ser negociados a nivel mundial; y los bienes de capital se encuentran en capacidad de movilizarse a nivel mundial para la producción de bienes inmuebles útiles. La capacidad de transferencia y liquidez generada a través de las normas jurídicas aumenta el valor de las deudas para los acreedores, sin que pierda algo el deudor; y moviliza el capital. Pero al final se encuentra solo el contrato de crédito originario son sus riesgos, el cual hace posible la adquisición de una cosa.

La presentación por Pistor (2019, p. 48) de la crisis de Lehman, con sus repercusiones mundiales a través de una “autopsia institucional” del consorcio Lehman tiene errores, en la medida de que identifica como la causa de la crisis: la codificación más compleja de los créditos hipotecarios a través de redes de consorcios y cadenas de titulación y codificación cada vez más largas y confusas. La compleja titularización de créditos hipotecarios fue de hecho una condición *sine qua non* para la crisis de Lehman, sin embargo, apenas contribuye a su comprensión. Un análisis que se concentra en este punto no proporciona claridad del por qué muchos bancos, especialmente en Europa, se empaparon de estos productos financieros, hasta el punto en el que debieron ser rescatados por el Estado.

Puede descartarse que los bancos estaban desinformados al encontrarse al final de la cadena financiera solo préstamos *sub prime*; o que fueron llevados al error por parte de maestros codificadores. También lo puede ser que confiaron ciegamente en la calificación de triple A de las agencias calificadoras. Esta crisis no se explica mediante una analogía con la protección del consumidor con asimetría de la información entre compañías de titulación y los bancos. Al comienzo de sus causas no se encontraba tampoco ningún tipo de meta explotadora, sino la aspiración socio-política de la administración Clinton, que consistía en que a cada ciudadano americano con un pequeño bolsillo le fuera posible comprar una casa o un apartamento propio por medio de crédito hipotecario.¹⁶

La *Housing and Community Development Act* expedida durante la administración Clinton en 1992 debería haber ayudado a grupos menos favorecidos y a minorías a convertirse en propietarios de vivienda. El presidente Bush continuó con esta

¹⁶ Me gustaría agradecer al profesor Thilo Kuntz, de Bucerius Law School de Hamburgo, por señalar esto.

política. El crédito debería cubrir el precio de venta completo del inmueble, no requerir fondos propios del comprador y, además, en caso de incumplimiento, limitar el cobro de la deuda al valor del inmueble. Los bancos hipotecarios fueron detenidos en el mercadeo agresivo de estos *Sub Prime Loans* (*reverse redlining*). Detrás de esto se encontraba una estrategia de política social en un país, cuyo parlamento adelantaba con dificultad labores para institucionalizar un Estado de bienestar financiado con impuestos y gravámenes progresivos a la renta. Esto lo sabía cada banco que gastó miles de millones.

¿Por qué entonces fueron tantas deudas de este tipo compradas en forma de titularización y sustitutos de dinero por parte de bancos que se encontraban por fuera de los EEUU, incluso por parte de lo que coloquialmente se conoce como *stupid German Money*? El banco central de los EEUU apoyó una expansión del crédito hipotecario a través de una política de dinero fácil, la cual ocasionó una inflación de los precios de los inmuebles, de tal manera que los bancos hipotecarios, los cuales habían financiado el 100 por ciento del precio de venta de los inmuebles, estuvieran después de pocos años en el lado seguro, cuando el deudor no pagara y el inmueble valorizado fuera vendido para el pago del crédito. El plan consistió en que esta inflación en los activos llegara a su fin aterrizando suavemente con ayuda de una política monetaria del banco central. Después estas titularizaciones habrían terminado al final con una enorme constelación gana-gana, en la cual (casi) todo ciudadano de los EEUU habría terminado siendo propietario de una casa; y los bancos alrededor del mundo junto con sus depositantes a plazo fijo habrían obtenido bienvenidas ganancias adicionales. Muchos creyeron en esta apuesta y también las instituciones financieras relevantes para todo el sistema se esperanzaron en un rescate en el peor caso posible. A ello se pueden incluir

también a los *Landesbanken* alemanes, que se encuentran bajo influencia política.

De otra manera aquellos papeles tóxicos no habrían encontrado tomadores en cientos de bancos a nivel mundial. Sucedió de otra manera y mientras los precios de los terrenos se hundían fuertemente la crisis había llegado. De identificarse en la codificación jurídica de los créditos *subprime* una causa relevante de la crisis, no se llega a un entendimiento comprensivo de ellos. La titularización de créditos hipotecarios riesgosos y la mezcla con créditos de menor riesgo en el marco de la titularización fueron condiciones necesarias, mas no suficientes, para la catástrofe incipiente. Hay que recordar a Katharina Pistor que las crisis en Grecia y del Euro, que surgieron como consecuencia de la crisis de Lehman, tuvieron causas similares.

Unos bancos con muy poco capital de riesgo experimentaron el incentivo de incurrir en mayores riesgos y compraron bonos del Estado griego, a pesar de que se trataba de los sencillos “bonos vainilla” de codificación básica. El portador del premio Nobel Kenneth Arrow presentó seguidamente una evaluación totalmente diferente de las crisis financieras en la última década. Si uno ve en la codificación jurídica de los créditos *subprime* una razón relevante de la crisis, no llega uno a un entendimiento comprensivo de ella.

Como todo jurista lo sabe, el conocimiento de las condiciones necesarias para el entendimiento y para la clasificación de la política jurídica suele ser más obstaculizador que conducente. Lo decisivo no fue la titularización, ni la mezcla de créditos hipotecarios de diferentes calidades, sino la creencia en una inflación de activos de largo plazo junto con la subcapitalización de instituciones financieras en los Estados

Occidentales. Martin Hellwig y Anat Admati (2013) llegaron a una evaluación similar y, por lo tanto, a la exigencia de mayores índices de capital propio para las instituciones financieras.

CONCLUSIONES

En lo relacionado con sus recomendaciones de política jurídica, la autora se limita a instrumentos del derecho civil. Es obvio que muchos de los efectos negativos de la recodificación del derecho civil descritos en el libro de Pistor pueden eliminarse por medio de normas propias de un Estado de bienestar y pagos de transferencia a los desfavorecidos; y por medio de la legislación tributaria, cuando estas medidas aumentan la riqueza nacional. El derecho regulatorio puede evitar aquellos efectos, cuando solo producen una redistribución en favor de los más ricos mientras la riqueza nacional cae. Esto se excluye en gran medida en un libro enfocado en derecho civil como lo es éste. Aquello habría complementado el panorama general.

Pistor (2019, p. 224) va mucho más allá del objetivo cuando reclama que las recodificaciones generales del capital del derecho civil, a través de abogados y cortes que vayan más allá de los módulos básicos, sean abolidas. Muchas de las recodificaciones descritas por Pistor causan simultáneamente riqueza nacional y desventajas para terceros. Si bien usualmente no causan aquellos daños a terceros, sí aumentan la desigualdad en el ingreso. Un sistema jurídico diferenciado, en el cual el derecho civil impulsara eficientemente la riqueza nacional y que brindara soluciones justas del derecho social, podría contrarrestar esto. Esta fue la fórmula de éxito previo al Estado-nación para la domesticación de una economía de mercado sin fronteras desde la legislación social de Bismarck. Es, por demás, una fórmula impartida por la mayoría de los economistas.

En la reclamación de Pistor de que no puede haber más innovaciones en el derecho civil más allá de la “codificación básica” hace que se pierda la comprensión de que las metas de la justicia social, generalmente a través de pagos de transferencia y la legislación tributaria en una economía de mercado, se alcancen de mejor manera y con menores pérdidas macroeconómicas, que simplemente prohibiendo la formación de formas jurídicas novedosas y más productivas. Esta comprensión, sin embargo, no se ha implementado en todo el mundo, sino en la mayoría de los Estados Occidentales y en Europa.

Después de la introducción del Marco alemán y de que la reunificación expusiera abruptamente a Alemania Oriental a los efectos de la globalización, fluyeron en 30 años 2 billones de Euros en pagos por transferencias hacia los nuevos estados federales, mayoritariamente por transferencias con fines sociales (Burda, 2020, p. 390 y ss). Esto no es precisamente evidencia de la incapacidad de actuar por parte de los Estados de bienestar nacionales de economía de mercado. Al entrar Portugal y España en la UE fue claro que se quebrarían sus industrias altamente protegidas. En compensación, recibieron estos países pagos provenientes del Fondo Estructural Europeo, el cual se había desarrollado en un importante elemento de la política de la UE hasta ese momento (Becker, 2020). Durante la crisis del Coronavirus han fluido pagos por transferencia de la UE a los Estados Miembros, cuyos montos fueron vertiginosos.

El resto fueron créditos baratos. En el marco del Instrumento SURE, la UE gasta hasta 100 mil millones de Euros para asegurar puestos de trabajo e impedir despidos. Los Estados Miembros de la UE han podido tomar prestados otros 240 mil millones de euros del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) en el sistema de salud, para gastos relacionados el

tratamiento de la crisis del Coronavirus (*Eurogruppe Macht Corona-Hilfen Über Rettungsfonds ESM Klar | Aktuell Europa | DW | 08.05.2020*, 2020).

Sin embargo, se puede estar de acuerdo con Pistor (2019, p. 224 y ss) en torno a otras propuestas. Parcialmente, la globalización del Derecho por medio del *fórum shopping* y la expansión del Derecho extraterritorial los critica acertadamente. Ella pasa por alto el hecho de que esto también puede ser un arma de los débiles en países sin Estado de Derecho. Pistor critica con razón el reemplazo progresivo de cortes estatales independientes por tribunales de arbitraje politizados controlados por las partes, especialmente en lo que a la protección de las inversiones internacionales se refiere. También es bienvenida la propuesta de la extensión de la responsabilidad civil para los desfavorecidos por las recodificaciones en conjunto con un mayor uso de las acciones colectivas; y también su petición de un proceder en el largo plazo e incremental.

El libro contiene imprecisiones empíricas y debilidades analíticas, sus recomendaciones de política jurídica están relacionadas con el Derecho civil de una manera demasiado angosta. Sin embargo, demuestra una tesis central importante. Un Derecho privado “codificado” por parte de abogados al servicio de grandes empresas y aceptado por las cortes, dada la concurrencia internacional de normas jurídicas en un mundo globalizados, no necesariamente conduce a una economía de mercado con bienestar para todos, cuandoquiera que no sean movilizadas también fuerzas contrarias. El libro también muestra, que para estos actores el derecho civil no es un marco regulatorio, sino un instrumento; y que se desarrolla e implementa constantemente en interés propio, en lo cual las

cortes deben estar de acuerdo, para que las recodificaciones se puedan implementar con el monopolio estatal de la fuerza. Finalmente, el libro rechaza la tesis de una superioridad jurídica y política fundamental del *private ordering* sobre la teoría de la decisión racional. Estas son ganancias importantes del trabajo por las que se puede agradecer al autor.

REFERENCIAS

- Acquisti, A., Taylor, C. y Wagman, L. (2016). The economics of privacy. *Journal of Economic Literature*, 54 (2), pp. 442–492.
- Alvaredo, F., Chancel, L., Piketty, T., Saez, E. y Zucman, G. (2018). *World Inequality Report 2018*. Harvard University Press.
- Bairoch, P. (1988). *Cities and Economic Development: from the Dawn of History to the Present*. University of Chicago Press.
- Becker, P. (2020). Die europäische Kohäsionspolitik und die Strukturfonds. En P. Becker y B. Lippert (Eds.), *Handbuch Europäische Union* (pp. 869–885). Springer.
- Bolt, J., Timmer, M., y van Zanden, J. L. (2014). GDP per capita since 1820. En J. L. Van Zanden, J. Baten, M. Mira d'Ercole, A. Rijpmma, C. Smith y M. Timmer (Eds.), *How was life?: Global Well-Being since 1820* (pp. 57–72). OECD Publishing.
- Bull, H. P. (2018). Wieviel sind meine Daten “wert? *Computer Und Recht*, 34 (7), pp. 425–432.
- Burda, M. C. (2020). 30 Jahre deutsche Einheit: Wie steht es wirklich? *Wirtschaftsdienst*, 100 (6), pp. 390–391.

BVerfGE 65, 1 – Volkszählung (n.d.). BVerfGE 65, 1 – Volkszählung .

Cooter, R. D., & Rubinfeld, D. L. (1989). Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution. *Journal of Economic Literature*, 27 (3), pp. 1067–1097. <https://doi.org/10.1126/science.151.3712.867-a>

De Zwart, P., van Leeuwen, B. y Van Leeuwen-Li, J. (2014). Real wages since 1820. En J. L. van Zanden, J. Baten, M. Mira D’Ercole, A. Rijpmma, C. Smith, & M. Timmer (Eds.), *How Was Life* (pp. 73–86). OECD publishing.

Denevan, W. M. (1992). The pristine myth: the landscape of the Americas in 1492. *Annals of the Association of American Geographers*, 82 (3), pp. 369–385.

Duch-Brown, N., Martens, B. y Mueller-Langer, F. (2017). *The economics of ownership, access and trade in digital data*. Joint Research Centre.

Eurogruppe macht Corona-Hilfen über Rettungsfonds ESM klar | Aktuell Europa | DW | 08.05.2020. (2020). Recuperado de: <https://www.dw.com/de/eurogruppe-macht-corona-hilfen-über-rettungsfonds-esm-klar/a-53375741>

Glaeser, E. L. y Shleifer, A. (2003). The Rise of the Regulatory State. *Journal of Economic Literature*, 41 (2), pp. 401–425.

Hall, R. E. y Jones, C. I. (1999). Why do some countries produce so much more output per worker than others? *The Quarterly Journal of Economics*, 114 (1), pp. 83–116.

- Häring, N. (2019, Junio 16). *BUCHTIPP: „THE CODE OF CAPITAL“ Neue Ideen gegen die Steuervermeidung der großen Digitalkonzerne*. https://www.handelsblatt.com/arts_und_style/literatur/buchtipp-the-code-of-capital-neue-ideen-gegen-die-steuervermeidung-der-grossen-digitalkonzerne/24450258.html?ticket=ST-614454-ABTbsbDo9sLCkZYrvs7f-ap3
- Hellwig, M. y Admati, A. (2013). *Des Bankers neue Kleider: Was bei Banken wirklich schief läuft und was sich ändern muss*. FinanzBuch Verlag.
- Jafri, J. (2019). *Book Review: The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality* by Katharina Pistor. London School of Economics Blog. Recuperado de: <https://blogs.lse.ac.uk/lsereviewofbooks/2019/09/26/book-review-the-code-of-capital-how-the-law-creates-wealth-and-inequality-by-katharina-pistor/>
- Kuran, T. (2011). *The Long Divergence: How Islamic Law held back the Middle East*. Princeton University Press.
- Marx, K. (1867). *Das Kapital Band 1*. Dietz Verlag.
- Milanovic, B. (1999). Explaining the increase in inequality during transition. *Economics of Transition*, 7 (2), pp. 299–341.
- Moatsos, M., Baten, J., Foldvari, P., van Leeuwen, B. y van Zanden, J. L. (2014). Income inequality since 1820. En J. L. Van Zanden, J. Baten, M. Mira d’Ercole, A. Rijpma, C. Smith, & M. Timmer (Eds.), *How was life?: Global Well-Being since 1820* (pp. 199–215). OECD.

- North, D. C. y Thomas, R. P. (1973). *The Rise of the Western World: A New Economic History*. Cambridge University Press.
- Pistor, K. (2019). *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*. Princeton University Press.
- Pistor, K. (2020). *Der Code des Kapitals: Wie das Recht Reichtum und Ungleichheit schafft*. Suhrkamp Verlag.
- Posner, R. A. (1979). The ethical and political basis of the efficiency norm in common law adjudication. *Hofstra L. Rev.*, 8, 487.
- Posner, R. A. (2014). *Economic analysis of law*. Wolters kluwer law & business.
- Reich, N. (1969). Funktionsanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung. *Archiv Für Die Civilistische Praxis*, 169 (H. 3), pp. 247–270.
- Rodrick, D. (2006). Goodbye Washington consensus, hello Washington confusion? *Journal of Economic Literature*, 44 (4), pp. 973–987.
- Rodrik, D., Subramanian, A. y Trebbi, F. (2004). Institutions rule: the primacy of institutions over geography and integration in economic development. *Journal of Economic Growth*, 9 (2), pp. 131–165.
- Rubin, P. H. (1977). Why is the common law efficient? *The Journal of Legal Studies*, 6 (1), pp. 51–63.
- Rubin, P. H. (1982). Common law and statute law. *The Journal of Legal Studies*, 11 (2), pp. 205–223.

Schäfer, H.-B. (2013). *Landwirtschaftliche Akkumulationslasten und industrielle Entwicklung: Analyse und Beschreibung entwicklungspolitischer Optionen in dualistischen Wirtschaften*. Springer-Verlag.

Shell Nigeria liable for oil spills in Nigeria. (2021). Press Release. <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Den-Haag/Nieuws/Paginas/Shell-Nigeria-liable-for-oil-spills-in-Nigeria.aspx>

Smith, H. E. (2011). Standardization in property law. En K. Ayotte y H. E. Smith (Eds.), *Research Handbook on the Economics of Property Law* (pp. 148–173). Edward Elgar.

Statista. (2021). *Gini Coefficient in China*.

Stoetzer, M.-W. (2001). Die Ordnungspolitik Euckens als Theorie der Wirtschaftspolitik. *WiSt-Wirtschaftswissenschaftliches Studium*, 30 (4), pp. 208–214.

Van Zanden, J. L., Baten, J., Mira d’Ercole, M., Rijpma, A., Smith, C. y Timmer, M. (Eds.). (2014). *How was life?: Global Well-Being since 1820*. OECD publishing.

Vatiero, M. (2020). A Review of Katharina Pistor’s “*The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*.” Oxford University, Business Law Blog. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/01/review-katharina-pistors-code-capital-how-law-creates-wealth-and>

World Inequality Database. (2021). <https://wid.world/>

Recibido: 09/08/2021

Aprobado: 18/06/2022

Hans-Bernd Schäfer: Bucerius Law School (*Affiliate Prof.*);
Universidad de Hamburgo (*Prof. emeritus*)

Ciudad: Hamburgo

País: Alemania

Correo: hans-bernd.schaefer@law-school.de

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0361-7415>

Santiago Dussan: Pontificia Universidad Javeriana, Cali
(profesor asistente)

Ciudad: Santiago de Cali

País: Colombia

Correo: sdussan@javerianacali.edu.co;

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1663-5591>

