

# *El rol de las instituciones a la luz de la Teoría de la Opción Pública y del Análisis Económico del Derecho\**

Nasly Ustáriz Forero\*\*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-143-172

**Resumen:** El presente trabajo busca profundizar en la línea de investigación multidisciplinaria que he venido adelantando, primero explorando el nexo entre Economía y Derecho, que ahora se amplía hacia el **Análisis Económico del Derecho, e incorpora también el examen institucional que podemos derivar de la Teoría de la Elección Pública (Public Choice)**. Todo ello con la finalidad de entender la relevancia de las instituciones, entre ellas los contratos, así como el rol institucional de nuestra ciencia jurídica en la procura de desarrollo, cooperación y prosperidad.

**Palabras clave:** Análisis Económico del Derecho, Teoría de la Elección Pública, instituciones, contratos, autonomía de la voluntad.

## *The role of institutions in the light of the Public Choice and the Law & Economics*

**Abstract:** *This paper seeks to deepen the line of multidisciplinary research that I have been advancing, first exploring the link between Economics and Law, which is now broadened towards the Economic Analysis of Law (Law & Economics), and also incorporates the institutional examination that we can derive from the Public Choice. All this in order to understand the relevance of institutions, including contracts, and the role of our legal science in the pursuit of development, cooperation and prosperity.*

**Keywords:** *Law & Economics, Public Choice, formal and informal institutions, contracts, free will.*

**Recibido:** 28/05/2023

**Aprobado:** 29/06/2023

---

\* Muchas de las nociones y opiniones expresadas en este artículo han sido tomadas del material para la preparación de las clases a las que he sido invitada por la profesora y economista Marelyn Mayen en la asignatura "Public Choice" que dicta en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Francisco Marroquín, Guatemala. A ella, a esa casa y a sus alumnos mil gracias por su acogida.

\*\* Abogado mención *Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela. Doctorado en Ciencias mención Derecho (elaboración de tesis doctoral), Universidad Central de Venezuela. Real Colegio Complutense, *Harvard in cooperation with John M. Olin, Center for Law, Economics and Business Harvard University. IV Harvard Course in Law and Economics, Cambridge, U.S.A.* Profesora del Programa Internacional de Fideicomiso. Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) y del Programa impartido con la Universidad Metropolitana y la Asociación Bancaria de Venezuela (ABV). Máster en Economía, Universidad Francisco Marroquín/OMMA Business School, Madrid. Directora Legal de 100% Banco, Banco Universal. Presidente del Comité de Fiduciarios de la Asociación Bancaria de Venezuela. [ustariznasly@gmail.com](mailto:ustariznasly@gmail.com).



# *El rol de las instituciones a la luz de la Teoría de la Opción Pública y del Análisis Económico del Derecho\**

Nasly Ustáriz Forero\*\*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-143-172

*“En un mundo de recursos escasos, el desperdicio debe considerarse inmoral”*

Richard A. Posner

## SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Nociones iniciales: Estableciendo el territorio común. 2. Economía y Derecho. El Análisis Económico del Derecho. 3. El Papel de las Instituciones y la Teoría de la Opción Pública. 4. Breve Referencia al Modelo Constitucional y Constituyente Implantado en Venezuela por el Chavismo. 4.1. Proceso de Publicación de la Constitución Venezolana de 1999. 4.2. El Método Constituyente. Un “aporte” del Chavismo para la América Hispana.* A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

Desde hace un tiempo mi línea de investigación se ha venido decantando por una mirada multidisciplinaria ante los problemas que el Derecho enfrenta, en especial en momentos de clara convulsión como los actuales. Nuestra “vieja ciencia jurídica”, en concreto la rama comercial a la que me dedico, debe tener aún algo que decir, algo que aportar, y no sólo en cuanto a observar de cerca los complejos procesos sociales, pese a la característica de cambio constante propia de los tiempos que corren, sino, y

---

\* Muchas de las nociones y opiniones expresadas en este artículo han sido tomadas del material para la preparación de las clases a las que he sido invitada por la profesora y economista Marelyn Mayen en la asignatura “Public Choice” que dicta en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Francisco Marroquín, Guatemala. A ella, a esa casa y a sus alumnos mil gracias por su acogida.

\*\* Abogado mención *Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela. Doctorado en Ciencias mención Derecho (elaboración de tesis doctoral), Universidad Central de Venezuela. Real Colegio Complutense, *Harvard in cooperation with John M. Olin, Center for Law, Economics and Business Harvard University. IV Harvard Course in Law and Economics, Cambridge, U.S.A.* Profesora del Programa Internacional de Fideicomiso. Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) y del Programa impartido con la Universidad Metropolitana y la Asociación Bancaria de Venezuela (ABV). Máster en Economía, Universidad Francisco Marroquín/OMMA Business School, Madrid. Directora Legal de 100% Banco, Banco Universal. Presidente del Comité de Fiduciarios de la Asociación Bancaria de Venezuela. [ustariznasly@gmail.com](mailto:ustariznasly@gmail.com).

más importante aún, contribuir en la búsqueda del desarrollo y la prosperidad<sup>1</sup>. Pero el cambio constante no ocurre de manera aislada, pues también mutan las decisiones de los individuos que conforman la sociedad. Como han sostenido Wieland y Garrigues, entre otros, el campo de aplicación del Derecho cobra verdadero sentido si se logra profundizar en las causas que han determinado, a través de distintos períodos históricos “una concreta y cambiante realidad económica”<sup>2</sup>.

En esta misma línea de pensamiento hemos sostenido que una visión de la sociedad a partir del individuo, tal y como fuera estudiado por las escuelas escocesa y austriaca, sólo puede llevarnos a la conclusión de que la interacción humana tiene aspectos económicos a la par que evidentes aspectos jurídicos, y es la base de la creación de instituciones que canalizan la cooperación y la convivencia<sup>3</sup>, como se ve con claridad en el caso de la empresa<sup>4</sup>. Esta visión interdisciplinaria me ha permitido desde hace un tiempo, explorar las relaciones entre diversas ciencias sociales, en particular las que se plantean entre Derecho y Economía.

En concreto, ese intento lo hemos dirigido recientemente a plantear la idea de que, dentro de las ramas del Derecho, es justo nuestra disciplina mercantil la que mejor estaría encargada de recoger, y en lo posible, servirse del dinamismo, las reglas y los fundamentos propios de la Economía para cumplir sus fines y cometidos. La idea postulada es que el Derecho mercantil sería a mi juicio, la expresión más acabada de esa conexión entre ambas ciencias<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Como bien señala el profesor peruano Alfredo Bullard, a quien seguiremos en parte de estas reflexiones: “Reglas claras, jueces honestos y normas predecibles no sólo tienen que ver con bienestar individual, sino con el bienestar agregado. Hoy sabemos que «el mal Derecho» nos cuesta varios puntos en el crecimiento del PBI y reduce la inversión. Hoy sabemos que «el mal Derecho» no sólo genera injusticia, sino además subdesarrollo”. Alfredo Bullard González, *Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales* (Lima: Palestra Editores, 2006, prefacio a la 1ª edición): 34.

<sup>2</sup> Wieland y Garrigues ambos citados por Manuel Broseta Pont, en *La Empresa, La Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil* (Madrid: Edit. Tecnos, 1965): 25.

<sup>3</sup> Una de las acepciones de *Derecho económico*, de hecho, se basa en la idea de que el Derecho estaría penetrado de manera intensa por el aspecto económico, por lo cual, así concebido, el Derecho económico “es pues, el motor de las transformaciones del Derecho”. Cfr. Sebastián Martín-Retortillo Baquer, *Derecho Administrativo Económico I* (Madrid: La Ley, 1991): 22.

<sup>4</sup> Recordamos en este punto las enseñanzas de nuestro inolvidable maestro, Alfredo Morles Hernández, para quien la empresa y el empresario se han erigido como los centros de estudio del nuevo Derecho mercantil. Así lo afirma, al comentar la situación expuesta por la doctrina española, en la que muchos de sus exponentes “*aceptan la noción [la de empresa] como delimitadora de la materia mercantil...*”. En fin, compara la situación española con la venezolana cuando concluye: “*Algo similar podría afirmarse respecto a Venezuela: el Derecho mercantil positivo sigue girando en torno del acto de comercio y del comerciante, pero el Derecho mercantil de la realidad es el derecho del empresario y de la empresa*”. Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998): 214.

<sup>5</sup> Cfr. Nasly Ustáriz Forero, “El Derecho mercantil como la manifestación más acabada del nexo entre derecho y economía”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil* N° 9 (2022): 22-37.

Con este trabajo quisiéramos dar un paso más en esa misma ruta, proponiendo una suerte de reflexión tripartita, cuyo alcance me propongo explicar a continuación. No obstante, y por el momento, me permito destacar que en su décima edición, el Comité Editorial de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, ha decidido dedicar un merecido homenaje a la obra del profesor Hugo Mármol Marqués, profesor de tantos abogados egresados de distintas universidades y autor de libros que constituyen parte de los “Fundamentos” de la especialidad. En este marco, retomo una vez más la vía multidisciplinaria, por cuanto considero que es del todo cónsona con los principios de nuestra disciplina comercial.

### ***1. Nociones iniciales: Estableciendo el territorio común***

En primer lugar, para acometer la tarea tripartita propuesta, hemos de incursionar en otra disciplina estrechamente vinculada, incluso conformada a partir del Derecho y de la Economía, como es el Análisis Económico del Derecho<sup>6</sup>, dada su evidente conexión con los tópicos que nos ocupan.

La vertiente que quisiera exponer nos permitiría enfatizar en el rol del individuo y volver a poner en relieve el ámbito privado, tan invadido, tan secuestrado por el Derecho público. A pesar de que las ideas contrarias son las dominantes, me atrevo a proponer una renovada puesta en valor de la autonomía de la voluntad y de la propiedad privada dada su enorme importancia para la vida humana en libertad, no sólo desde el punto de vista de la eficacia y el pragmatismo que les son propios, sino más allá, desde una perspectiva ética, basada en aquella famosa “razón que calcula” que debemos al pensamiento de Hobbes. Consideremos, por lo demás que la doctrina clásica ha estructurado toda la Teoría General del Contrato, en torno a la figura de la voluntad, como afirma la profesora Claudia Madrid<sup>7</sup>, para así calibrar con más precisión la importancia de este enfoque.

Creemos de interés proponer esta visión, puesto que puede concebirse al Análisis Económico del Derecho como una herramienta que sin apartar de la reflexión jurídica la relevancia de sus instituciones y fines propios, se sirve del desarrollo teórico de la Economía (como el conjunto de principios teóricos universales basados en la acción humana), para así sistematizar el estudio del proceso de intercambio del mercado<sup>8</sup>. La fuerza y el empuje imprimidos por el análisis económico nos permitirá ir avanzando hacia una forma más abierta de repensar el Derecho, calibrando el costo de perdernos

<sup>6</sup> De hecho, la corriente es conocida y usualmente citada en lengua inglesa bajo el nombre de *Law & Economics*.

<sup>7</sup> Claudia Madrid Martínez, “La libertad contractual: su lugar en el derecho venezolano de nuestro tiempo”, *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini*, Serie Eventos 29 (2012): 105-140.

<sup>8</sup> Bullard González, *Derecho y Economía*...,41.

exclusivamente en lo colectivo, dejando de lado el hecho de que las decisiones individuales de cada uno de nosotros<sup>9</sup> pueden ser, de hecho, un gran propulsor del bienestar y coadyuvar en la tarea de ponerlo a nuestro alcance.

Por último, y para que avanzar aún más en este recorrido que habíamos propuesto como triple, nos faltaría agregar las reflexiones propias de otra *subdisciplina* estrechamente vinculada con las anteriores, al menos bajo la mirada que propongo, a la que se reconoce en los ámbitos económicos como el **Public Choice**, o bien la **Teoría de la Elección u Opción Pública** que son las formas más comunes de referirse a esta relativamente nueva área del conocimiento o *programa de investigación*, como prefirió catalogarlo en sus inicios el profesor James Buchanan<sup>10</sup>. Esta propuesta nace del entendimiento de que existen una serie de afinidades entre el proceso de mercado y los enfoques propios de la llamada elección u opción pública.

Siguiendo entonces la ruta marcada por el profesor Buchanan como pionero, diremos, para introducir el tema, que la elección pública, el *Public Choice* en sus orígenes se caracterizó por un marcado distanciamiento del modelo de acción colectiva emanado de la idea del “Estado orgánico”, proponiendo encauzarse hacia un modelo individualista, según lo habían explicado el mismo Buchanan junto con el profesor Tullock<sup>11</sup>, en su conocida obra *El Cálculo del Consentimiento*. Así, para la teoría de la elección pública:

el gobierno no es una entidad colectiva ni un instrumento de las clases dominantes, sino un vehículo o “máquina” mediante el cual los individuos eligen actuar en concierto uns con otros con el fin de producir bienes colectivos. Además, al elegir colectivamente, los individuos no tienen menos interés en sí mismos que en sus elecciones privadas (Olson 1965: 101). De modo que la elección pública comienza como el estudio de los agentes políticos utilizando el supuesto de comportamiento convencional del interés propio individual que se encuentra en el estudio de los agentes económicos<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> El inimitable escritor argentino, Jorge Luis Borges solía despedirse de sus alumnos y audiencia al concluir alguna de sus conferencias y charlas con una frase que no pude más que ceder a la tentación de copiar aquí: «me despido de cada uno de ustedes y no digo todos porque *todos* es una abstracción mientras que *cada uno* es una realidad». En la misma línea, el gran Ortega y Gasset afirmó “Hay dos formas de vida humana, una, la auténtica, que es la vida individual, la que le pasa a alguien y a alguien determinado, a un sujeto consciente y responsable; otra, la vida de la gente, de la sociedad, la vida colectiva que no le pasa a nadie determinado, de que nadie es responsable.” citado por Alberto Benegas Lynch (h), *Las Oligarquías Reinantes. Discurso Sobre el Doble Discurso* (Buenos Aires: Unión Editorial, 2018), 45.

<sup>10</sup> Debemos al genio de Buchanan, en conjunto con otros economistas, esta iniciativa que ahora conocemos como *Public Choice* la cual, en sus orígenes, se negó a calificar como una disciplina, incluso como una subdisciplina, con la finalidad de imponer límites precisos al dominio de la investigación. Así ha afirmado en su estudio sobre la “Génesis y Desarrollo de un Programa de Investigación” emprendido en la *George Mason University*, lo siguiente: “Desde una perspectiva cronológica, este programa se vincula a medio siglo durante el cual se ha creado, desarrollado y madurado. Aunque hubo precursores, podemos fechar los orígenes de la elección pública a mediados del siglo XX”. Cfr. James M. Buchanan, “Public Choice: The Origins and Development of a Research Program” [Traducción: Mario Piñera], *RAE Revista Asturiana de Economía*, N° 33 (2005): 203-221.

<sup>11</sup> Peter J. Boettke y Edward J. López, “Economía Austríaca y Elección Pública”, *The Review of Austrian Economics*, 2(3) (2002): 112.

<sup>12</sup> Boettke y López, *Economía...*, 112-113.

Siguiendo lo que nos explican Boettke y López<sup>13</sup>, en un sentido fundamental, la Teoría de la Elección Pública se refiere a la aplicación de la forma de pensar económica para estudiar el proceso político. Consideremos que la forma económica de pensar se ocupa de la toma de decisiones individuales y de las relaciones de intercambio en una variedad de entornos sociales.

Recapitulando en lo dicho hasta hora, y volviendo a las enseñanzas del profesor Bullard, para poder amalgamar con alguna coherencia lo que nos proponemos, si consideramos que el Derecho es un sistema de regulación de conductas, su relación con la Economía resulta bastante evidente, como ya hemos afirmado en otro lugar<sup>14</sup>. También hemos sostenido que en un sentido último, el fenómeno jurídico se enfrenta a la comprensión de la conducta humana, en contextos diversos<sup>15</sup>.

Entonces, si la materia prima del Derecho es la conducta humana, y si lo que se pretende es regular dicha conducta, la capacidad de predecirla se transforma en una herramienta muy eficaz para tales propósitos. Saber el posible impacto de una Ley, de una decisión judicial o de un contrato en la conducta futura de los individuos permite aproximar al Derecho a la realidad, de la que, muchas veces se le ha acusado de estar distanciado.

Ya dentro del marco formal que constituye cualquier ordenamiento jurídico bajo los cánones occidentales, conviene destacar en este punto la noción según la cual la Constitución asume el rol de norma suprema de un Estado o *Superley* al entenderse como la norma que es superior a todas las demás. Esta noción nos será útil en el desarrollo posterior de este trabajo, en especial si en virtud de esta característica, el texto constitucional deviene en la norma de más difícil y costosa posibilidad de reforma.

Entonces, nos encontramos aquí en un centro de confluencia con numerosos puntos de contacto entre las tres disciplinas enumeradas: la política, la jurídica y la económica. Por ello, proponemos pensar en ellas como una suerte de triángulo en cuya base ubicaríamos a la Economía, porque es la ciencia que va a prestar sus fundamentos, sus herramientas, sus principios teóricos para pensar en soluciones que amplíen el horizonte en las otras dos disciplinas<sup>16</sup>. Como decíamos al inicio de estas ideas, de lo que se

<sup>13</sup> Boettke y López, *Economía...*, 111.

<sup>14</sup> Ustáriz Forero, *El Derecho mercantil...*, 22-37.

<sup>15</sup> Hemos seguido en este punto las enseñanzas de Cossio, citado en Enrique Aftalion, José Vilanova, y Julio Raffo, *Introducción al Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999): 353-354.

<sup>16</sup> No en balde el mismo profesor Bullard, en su trabajo ya citado, se ha encargado de resaltar que a la Economía se le conoce como la «reina de las ciencias sociales». Tal apelativo lo ha obtenido por haber desarrollado un marco analítico bastante sofisticado, capaz de traducir la conducta humana en modelos; con ello, en criterio del profesor, que compartimos, ha logrado explicar mejor el mundo real, a pesar de que, paradójicamente, estén simplificando dicha realidad, Bullard González, *Derecho y Economía...*, 74.

trata es de aplicar la forma de pensar y de resolución de problemas propias de la Economía, no sólo al estudio del proceso político, sino también al examen (y predicción) de las conductas humanas que el Derecho, en principio, estaría encargado de regular.

Recordemos también en este punto, como han sostenido Boettke y López, que podríamos calificar a Mises como el primer académico en defender una unificación de las ciencias sociales mediante un modelo común de elección racional. También postulan por reconocer a Hayek como uno de los precursores de la economía de la política, así como de la economía política constitucional, tal como se aprecia en *Camino de la Servidumbre* (1945) y en *La Constitución de la Libertad* (1960). Finalmente, no olvidemos la contribución de Buchanan y Tullock a la economía política moderna, según expusimos, porque también se ocupan de estos temas: elección racional, cataláctica o intercambio<sup>17</sup> y construcción constitucional<sup>18</sup>.

Consideremos además, para redondear estas ideas, que cuando hablamos de conductas humanas se observa que tanto los actores políticos en particular, como los sujetos de derecho en general, somos siempre y en última instancia los individuos, y ambos enfoques persiguen, por supuesto, entender y predecir esas conductas de los individuos.

Adentrándonos un poco más, diremos que, entre todos aquellos campos en los que el *Public Choice* o elección pública ha puesto su atención, es el de las instituciones el que ha ido cobrando relevancia creciente, toda vez que un marco institucional confiable y sólido se erige como la plataforma indispensable para que los individuos puedan organizarse de manera tal que les permita incorporar a su vida las ganancias que generan la especialización y la división del trabajo.

Por su parte, en el campo del Análisis Económico del Derecho ha tomado principalísima relevancia el estudio, tanto en forma conjunta como por separado, de aquellas instituciones jurídicas que conforman la base sobre la que los seres humanos concentramos el esfuerzo de nuestra actividad y en las que focalizamos nuestra atención. En la cúspide de estas instituciones formales, como ya mencionamos, está la Constitución, toda vez que a través de sus disposiciones se supone que las personas acordamos una especie de *carta de naturaleza*, de macrotexto organizativo de la vida social y en el que se rige al Estado, regulando la relación de los poderes públicos entre sí y entre éstos y

---

<sup>17</sup> Para una visión del enfoque austríaco en el análisis de las implicaciones formales de la acción humana y de la praxeología como método propio de la Escuela Austríaca de Economía, véase Andrea Rondón García, «¿Qué podemos aprender los abogados de los viejos liberales de la Escuela Austríaca de Economía?», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil* N° 8 (2022): 89-100.

<sup>18</sup> Boettke y López, *Economía...*, 112.



sus ciudadanos<sup>19</sup>. El magno texto también establece los derechos fundamentales de las personas, así como sus libertades.

Es en este último punto relativo a las instituciones, cuando de libertad y autonomía individuales se trata, donde cobra relevancia la comprensión de que los contratos de todo género constituyen un aspecto fundamental del marco institucional, en cuyo examen y eficacia como instituto confluye todo el sistema. Ello debido a que los contratos son la forma en que los términos de los intercambios se expresan.

La interconexión entre estas nociones que se entrelazan ha sido lúcidamente destacada por el profesor North, cuando ha afirmado:

Los mercados efectivos son una consecuencia de las instituciones que proveen maneras de bajo costo para medir y hacer cumplir contratos. Este resultado es logrado por medio de reglas que promueven la eficiencia en la adaptación, con restricciones complementarias e informales, y por el cumplimiento efectivo<sup>20</sup>.

La cita precedente resume a mi entender, de manera simple y clara esa conexión entre la Teoría de la Elección Pública y el Análisis Económico del Derecho, entendidos como herramientas de análisis de los procesos de mercado, así como el rol crucial de las instituciones en todo el proceso; o dicho en otra forma, son instrumentos que nos permiten comprender la relevancia del marco institucional para ampliar y profundizar en los acuerdos y contratos que forman la trama del tejido social de nuestro mundo de especialización. Se trata pues de aproximarnos a estos fenómenos complejos con una mirada interdisciplinaria, que, como ya apuntamos, es propia también de la Escuela de Economía Austríaca.

## ***2. Economía y Derecho. El Análisis Económico del Derecho***

La relación entre Derecho y Economía ha sido explorada y repasada desde el enfoque clásico de esta última disciplina. Ya hemos tenido ocasión de referirnos en el trabajo antes citado a esa génesis común entre ambos saberes, recordando que los primeros autores en Economía mostraban una intención filosófica de evidente vinculación con el Derecho. En este vínculo destacábamos, a modo de ejemplo, la importancia que el Derecho ha concedido desde siempre a la regulación del derecho de propiedad.

---

<sup>19</sup> Así es para Gabriel L. Negretto, *La Política del Cambio Constitucional en América Latina* (México: Fondo de Cultura Económica, 2015): 13.

<sup>20</sup> Douglass C. North, *Instituciones, Ideología y Desempeño Económico* (Instituto Cato, 2003), <https://www.elcato.org/instituciones-ideologia-y-desempeno-economico>.

Dejando atrás aquel momento inicial, entre los diferentes enfoques existentes hemos examinado dos puntos de vista<sup>21</sup>: el primero, bastante obvio desde su misma denominación, relativo al campo del Derecho económico o Derecho de la Economía; el segundo, uno menos evidente, que nos permite pensar en otra forma, una más abierta de aproximarse al Derecho a través de la raíz común que ofrece la praxeología como ciencia de la acción humana<sup>22</sup>, pese a que dicho enfoque no sea el más usual, ni cuente con un desarrollo teórico de la misma profundidad y alcances que existe en el campo económico, tal como hemos recogido de las enseñanzas del profesor argentino Ricardo Rojas<sup>23</sup>.

Asimismo, hemos expuesto nuestra tesis respecto de que tal condición inusual, o bien esa falta de desarrollo de la segunda visión propuesta se deba, probablemente, a la idea tan presente y hasta incontrovertida para muchos, de que las normas jurídicas emanan -sólo pueden emanar- de un ente investido de autoridad y, por ende, percibido como superior, como sugería la definición clásica<sup>24</sup>. Pero, debemos dejar muy claro que no es esa la noción que proponemos con este trabajo y con la línea de investigación que adelantamos, pues como ya hemos sostenido, entendemos que el fenómeno jurídico debe encarar más bien la comprensión de la conducta humana. Sobre la base de la fusión que involucra la noción misma del Análisis Económico del Derecho, es que sustentamos nuestra visión, y en la que hemos enfocado este trabajo.

Lo cierto es que habiendo establecido precisamente la relevancia que en el Derecho se le confiere a la conducta humana, a la intencionalidad de los individuos, incluso con independencia de la concepción adoptada, queda claro que éste sea el enfoque escogido, ya que el individualismo metodológico, sobre la base de un modelo de elección racional, se encuentra de lleno tanto en el campo de acción de La Teoría de la Elección Pública como en el de la Escuela de Economía Austríaca<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Algunos de los conceptos que aquí exponemos han sido tomados de nuestro trabajo ya citado: Ustáriz Forero, *El Derecho mercantil...*, especialmente pp. 26-35.

<sup>22</sup> A Ludwig von Mises le debemos el desarrollo de un fecundo trabajo que nos permite situar los problemas económicos dentro del amplio marco de la teoría general de la acción humana.

<sup>23</sup> Ricardo Manuel Rojas, "Fundamentos Praxeológicos del Derecho", *Revista de Estudios sobre Justicia, Derecho y Economía (RJDE)*, N° 2 (2015).

<sup>24</sup> "Derecho es la recta ordenación de las relaciones sociales, mediante un sistema racional de normas de conducta declaradas obligatorias por la autoridad competente, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica". Luis María Olaso, *Curso de Introducción al Derecho. Tomo I* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2017): 9.

<sup>25</sup> Afirman Boettke y López que tanto los economistas de procesos de mercado como los de elección pública comienzan con el individualismo metodológico: Los austriacos desarrollaron su individualismo metodológico dentro de su debate con la Escuela Histórica Alemana; la Teoría de la Elección Pública, por su parte, desarrolló su enfoque como un desafío a las teorías de interés público sobre la formulación de políticas gubernamentales. También encuentran similitudes en el hecho mismo de que Buchanan y Tullock hayan utilizado el término "praxeológico" para describir su enfoque general. Boettke y López, *Economía...*, 112-113.

Entonces, desde la perspectiva interdisciplinaria y a la vez unificadora en el campo de las ciencias sociales que nos hemos propuesto, si se indaga en otras tesis que nos propongan un enfoque diferente, aunque cónsono con la génesis común entre Derecho y Economía, podemos encontrar posiciones doctrinales más liberales<sup>26</sup> que han propuesto definiciones del Derecho con sentido pleno en los requerimientos de la naturaleza humana.

Así se les ha conferido a las normas un **contenido negativo** que las explica no como la imposición a los individuos de realizar determinadas conductas (“*Recta ordenación de las relaciones sociales*”), sino como la prohibición de realizar ciertos actos que, en definitiva, impliquen violar derechos ajenos<sup>27</sup>. En su relación con el proceso económico, se entiende al Derecho como un conjunto de reglas de juego que establecen el marco dentro del cual se llevan a cabo los intercambios económicos. No obstante ello, si se estudia a la sociedad desde postulados praxeológicos como propone el profesor Rojas, “*el derecho debería ser considerado como parte integrante del proceso de mercado, como uno de sus aspectos, y no como algo distinto*”<sup>28</sup>.

En este punto, consideramos inestimable el aporte de Ronald Coase, para quien existiría una suerte de “equiparidad” entre un mercado de bienes y un mercado de valores: en ambos casos hay competencia entre intereses o estimaciones contradictorios y también, en ambos casos, la verdad no es estática, dogmática, sino que se alcanza dinámicamente —y siempre en forma provisional— como resultado de una permanente búsqueda comparativa.

El problema con este lúcido enfoque es que, como bien apunta el profesor Bullard, la gran mayoría de la gente no entiende bien ni los postulados ni la utilidad del Análisis Económico del Derecho (AED). A los efectos de este trabajo podemos explicarlo brevemente citando al catedrático peruano:

En primer lugar, como el AED se basa en un análisis costo-beneficio, se tiende mucho a pensar que es un análisis deshumanizante: es convertir en números el Derecho, que tiene que ver con la justicia, con la conducta humana y con los valores. Eso no es lo que persigue el AED. Lo que persigue es evitar que los sistemas jurídicos, a la hora de legislar, generen desperdicios. Y, como dice CALABRESI, desperdiciar, en una sociedad donde los recursos son escasos, es injusto. Lo que se busca es, por tanto, un Derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un Derecho eficiente, es decir un Derecho que evite el desperdicio creando incentivos de conducta adecuados para lograr sus fines<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> En este punto, en la búsqueda de esas posiciones doctrinales más liberales, es menester mencionar los esfuerzos por establecer un campo de estudio que destaca las semejanzas e identidades entre la Escuela Austríaca y la Teoría de la Elección Pública. Es el caso de Peter J. Boettke, y Edward J. López, en la obra citada supra (1), que se corresponde a un número especial de *The Review of Austrian Economics*.

<sup>27</sup> Ricardo Manuel Rojas, “El orden jurídico espontáneo”, *Libertas*, N° 13 (1990): 194-196.

<sup>28</sup> Rojas, *Fundamentos...*, 22.

<sup>29</sup> Bullard González, *Derecho y Economía...*, 43.

En esto consiste eso que me atrevo a calificar como la simple belleza del Análisis Económico del Derecho: es una herramienta que sin apartar del análisis jurídico la relevancia de las instituciones y fines que le son propios, se sirve de todo el dilatado desarrollo teórico formulado por los estudiosos de la Economía, que ha logrado establecer un conjunto de principios teóricos universales basados en la acción humana, lo que ha permitido sistematizar el estudio del proceso de intercambio del mercado (Cataláctica). Dado que la forma económica de pensar se ocupa de la toma de decisiones individuales y de las relaciones de intercambio en una variedad de entornos sociales, de lo que se trata, en el fondo, es de repensar el Derecho de una manera más abierta, menos abstracta, lo que, a no dudarlo, es algo positivo.

Me voy a permitir en este punto una digresión: escogí apelar a la “belleza” del Análisis Económico del Derecho en el párrafo precedente, aun calificándolo de herramienta, y no a su clara utilidad, con la deliberada intención de apartarme un poco del enfoque pragmático al uso. Con ello pretendo cumplir un objetivo que quiero hacer explícito: si la propuesta consiste en impulsar la idea de repensar el Derecho mediante el Análisis Económico del Derecho, entendido aquél como institución formal de gran relevancia para la vida y la prosperidad de los individuos y, en última instancia, de un país (o cómo fórmula de erosionarlas), no creo conveniente que la argumentación se fundamente sólo en la solvencia científica y práctica. Ni siquiera con ese marco analítico tan sofisticado que es capaz de traducir (simplificar) la conducta humana en modelos y que sin duda proporcionan fuerza y coherencia a cualquier argumento, me parece suficiente o conveniente.

En el capítulo que sigue, cuando examinemos el marco institucional, veremos que no sólo allí, no sólo en las instituciones formales – y el Derecho, es parte de ellas – se moldea el desempeño económico, sino que éste va de la mano con la ideología. Más aún, considero que, bien entendida la tesis institucionalista, la ideología adecuadamente expuesta esculpe a las instituciones informales, hasta configurarlas de cierta manera que el marco formal institucional por sí solo es incapaz de efectuar. Y si las ideas, las costumbres, las percepciones son tan relevantes como postulamos, con apoyo de la doctrina, no podemos limitarnos a esgrimir el buen funcionamiento de un instituto como su única razón de ser, incluso de prevalecer, porque entiendo que con ello empobrecemos el análisis, pues se carecería de un ideal, de un principio motivador.

Acudo aquí nuevamente a la reflexión de Buchanan, contenida en su *paper* clásico sobre salvar el alma del liberalismo, “*Los libros y las ideas son necesarios, pero no son suficientes, por su propia cuenta, para asegurar la viabilidad de nuestra filosofía. No, el problema está en la presentación de las ideas*”<sup>30</sup>.

Y entonces, lo que es interesante del Análisis Económico del Derecho, no va sólo por el lado utilitario, pues como sostiene el mismo Bullard, no se trata meramente de

un análisis patrimonial o monetario, sino quizá tiene que ver, al menos en una primera aproximación, con esa relación compleja y tortuosa que solemos tener con el dinero; o más bien, con la asimilación automática entre costo y dinero: se suele entender, cuando hablamos de “costo”, que se refiere a que algo *cuesta dinero*, lo cual no siempre ni necesariamente es cierto<sup>31</sup>. A este respecto, se expresa claramente el profesor peruano cuando afirma que “*Cuando uno habla de un análisis costo-beneficio, no está hablando de dinero necesariamente, sino de los motores de la conducta humana, y estos son bienestar, y malestar. Lo que hace el AED es establecer las relaciones que existen entre ellos para poder determinar el comportamiento de los individuos*”.

La reflexión anterior le permitió aseverar, como lo demuestran los trabajos de Gary Becker<sup>32</sup>, que es posible analizar con las herramientas del Análisis Económico del Derecho casi cualquier conducta.

Podemos concluir este apartado de nuestro trabajo con la referencia que hace Fernando de Trazegnies en el prólogo de la obra del mismo profesor Bullard:

El análisis económico, como lo practica BULLARD, nos ayuda a quedarnos con los pies en la tierra, a no despegarnos como globos aerostáticos que se entusiasman con las elucubraciones jurídicas y pronto pierden de vista el suelo en el que nacieron y donde están destinados a actuar, es decir, donde deben resolver los problemas<sup>33</sup>.

### **3. El Papel de las Instituciones y la Teoría de la Opción Pública**

Cuando se habla de instituciones aludimos a las reglas y costumbres del juego social, o más formalmente, siguiendo a North<sup>34</sup>, son restricciones creadas por las propias personas para dar forma a la interacción humana. De esta manera estructuran incentivos en el intercambio, ya sea político, social o económico<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> James Buchanan, *Salvando el Alma del Liberalismo Clásico* [Traducido por Constantino Díaz-Durán] (Instituto Cato, 2004), <https://www.elcato.org/salvando-el-alma-del-liberalismo-clasico>.

<sup>31</sup> Pensemos en este punto en el “costo” que representa el esfuerzo en tiempo y recursos no monetarios, por ejemplo, de dedicarse al estudio de una carrera, de un máster o postgrado. O lo que “cuesta” el cuidado y mantenimiento de cualquier relación de afecto (un hijo, por ejemplo), en términos de desgaste, de desvelos, de expectativas.

<sup>32</sup> Ver por ejemplo Gary Becker, “El enfoque económico del comportamiento humano”, *Información Comercial Española*, N° 554 (1990): 11-18.

<sup>33</sup> Bullard González. *Derecho y Economía ...*, prólogo por Fernando de Trazegnies, p. 20.

<sup>34</sup> North, *Instituciones...*

<sup>35</sup> El mismo Fernando de Trazegnies en el prólogo de *Derecho y Economía* ya citado reflexionaba sobre la moral del mercado postulando que si consideramos el mercado como el mejor sistema para maximizar nuestros intereses, tenemos que salvar al mercado de esos propios deseos maximizadores. La idea por él expuesta se basa en desarrollar una cultura de mercado que nos haga “internalizar la idea de que es necesario calcular la mejor forma de realizar nuestros objetivos propios; y ese cálculo nos dice que para lograr mejor tales objetivos individuales tenemos que crear una sociedad que limite de alguna manera nuestro poder o capacidad de acción. Lo «privado salvaje», que busca simplemente en forma alocada los objetivos individuales, se engaña creyendo que actuando sin referencia alguna obtendrá un beneficio por encima de

También podemos acudir aquí, porque nos será de utilidad, a la descripción propuesta por el profesor Juan Sebastián Landoni, quien al redactar su ensayo sobre el pensamiento de Elinor Ostrom, dibuja a las instituciones como “sistemas de reglas que incentivan determinadas conductas de los individuos que interactúan en sociedad”<sup>36</sup>, o en las propias palabras de la profesora ganadora del premio nóbel<sup>37</sup>: “*Prescriptions refer to which actions (or states of the world) are required, prohibited or permitted*”<sup>38</sup>. Bajo este enfoque, Landoni concluye señalando que:

Mientras algunas reglas facilitan la cooperación y aumentan la productividad tanto individual como media, otras impiden las relaciones pacíficas y productivas. Determinadas reglas disminuyen incertidumbre y hacen posible alinear expectativas, otras promueven lo contrario. Existen reglas formales como constituciones y códigos legales e instituciones informales como tabúes o códigos de conducta. Algunas normas surgen de procesos formales de toma de decisiones, mientras que otras emergen de la interacción espontánea<sup>39</sup>.

Por su parte, el argumento central del profesor North en el trabajo que hemos citado, se concreta en la afirmación de que las instituciones, junto con la ideología, dan forma al desempeño económico, debido a que son ellas las que determinan los costos de transacción y de producción. Este planteamiento no es nuevo en su discurso, puesto que había hecho expresa mención a él previamente, en un ensayo del año 1986, tomando como punto de partida las ideas del inmenso Ronald Coase para quien “*La moderna economía institucional debería estudiar al hombre tal como este es, actuando dentro de las restricciones impuestas por las instituciones reales*”<sup>40</sup>.

North iniciaba aquel ensayo previo citando a Coase y, a partir de allí, se planteaba un conjunto de reflexiones con el fin de delimitar el territorio propio de esa “nueva” corriente institucionalista y el conjunto de alternativas de que dispone, para contraponerlas con los postulados de la teoría neoclásica tradicional<sup>41</sup>.

los otros; en realidad, termina creando una pérdida o una situación insatisfactoria para todos”: 20-21.

<sup>36</sup> Juan Sebastián Landoni, “Elinor Ostrom y el gobierno de los recursos de uso común. Entre una primera aproximación y el problema de la naturaleza humana”, *Revista Libertas, Segunda Época* (2015): 175.

<sup>37</sup> Elinor Ostrom junto con su marido Vincent Ostrom se consideran como los referentes principales de la *Bloomington School de la Universidad de Indiana*. Proviene pues, de la ciencia política, dentro de un marco general de disciplinas diferentes y complementarias a la vez: la economía y la política. Ello nos permite alinear nuestro propósito interdisciplinario con su enfoque y visión.

<sup>38</sup> “Prescripciones referidas a qué acciones (o estados del mundo) son requeridos, prohibidos o permitidos” (Traducción propia). Elinor Ostrom, *El Gobierno de los Comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva* (México: Fondo de Cultura Económica, 2000): 5.

<sup>39</sup> Cabe destacar que las premisas básicas del Derecho mercantil, su énfasis en la regla consuetudinaria, en la autonomía de la voluntad lo emparentan cercanamente, a mi modo de ver, con el Análisis Económico del Derecho.

<sup>40</sup> Ronald Coase, “El Mercado de los Bienes y el Mercado de las Ideas”, *Revista Estudios Privados*, Año 1, N° 1 (1974): 123-128.

<sup>41</sup> Douglass C. North, “La Nueva Economía Institucional”, *Revista Libertas* 12 (1990).

Con el fin de no exceder los límites propios de este ensayo, diremos que, a nuestros fines, lo relevante del estudio de North, pionero en las ideas que hemos venido analizando, es que se entiende a esa *nueva* economía institucional, básicamente como un **estudio contractual**, tanto en el ámbito político como en el económico, lo que según el profesor de Washington:

*provee un puente entre teoría y observación. En el mundo real, los contratos específicos incluidos en casos legales, reglas de decisión política y derechos de propiedad son los ladrillos básicos, esto es, son el conjunto de observaciones que pueden someterse a análisis. La teoría utiliza estas observaciones para proveer una comprensión de los procedimientos institucionales y un análisis del cambio institucional<sup>42</sup>.*

Bajo este enfoque, retomemos la investigación pionera con la que abríamos este capítulo del trabajo, puesto que en ella North ha enumerado cuatro variables principales que, a su juicio, determinan el costo de las transacciones en el intercambio:

- i. la primera refiere al **costo de medición** de los atributos que son más valiosos respecto de los bienes y servicios o el desempeño de los agentes en el intercambio. Dado que los derechos de propiedad consisten en un puñado de derechos y que no podemos medir de forma precisa los atributos más valiosos de los derechos que se intercambian, la consecuencia será que los costos de transacción y las incertidumbres asociadas con las transacciones crecen dramáticamente;
- ii. la segunda variable es el **tamaño del mercado**, lo cual determina si se lleva a cabo un intercambio personal o impersonal. En el intercambio personal, los lazos familiares, las amistades, la lealtad personal y la repetición en las transacciones jugarán un papel en la constrictión de los participantes y reducirán la necesidad de especificaciones y ejecuciones costosas. En contraste, en el intercambio impersonal, nada parecería restringir a los participantes de aprovecharse los unos de los otros, según observa North. De este modo, el costo de hacer contratos se incrementa con la necesidad de especificaciones más elaboradas de los derechos intercambiados;
- iii. la tercera variable que enumera North es el **cumplimiento**, y con ello alude al ideal de un mundo de cumplimiento perfecto, en el cual un tercero evaluaría de manera imparcial (y sin costo) las disputas y otorgaría compensaciones a la parte afectada cuando hubiese una violación del contrato. Pero, como es bien sabido, ese mundo ideal no existe, lo que en la práctica ha llevado al desarrollo de un sistema contractual de gran complejidad, que en sí mismo, hace parte de esos

---

<sup>42</sup> North, *La Nueva Economía...*

costos de transacción asociados a los intercambios, pero que ha devenido en un requerimiento esencial en una sociedad de especialización como la actual, y en una forma de interpretar el bienestar social;

iv. Ideología y percepciones.

Bajo el supuesto neoclásico de maximización del ingreso, las tres primeras variables que hemos enumerado siguiendo a North, bastarían para determinar el costo del intercambio. Pero lo cierto es que ello no es suficiente, y que el pensamiento neoclásico, ha sido superado como expusimos al inicio. Entonces, como sostiene el profesor North, es difícil de imaginar que una organización y un intercambio complejos fuesen posibles, si aquél fuera el panorama de la conducta humana, porque los costos de hacer cumplir y dar seguimiento a acuerdos y contratos en condiciones tan inestables hubieran impedido por completo un mundo de especialización y de división del trabajo como el que hoy disfrutamos. Y eso nos conduce al aspecto más elusivo, pero muy real de esta enumeración, por cuanto las actitudes ideológicas y las percepciones (que conforman la cuarta variable) de hecho importan y mucho. Intentaremos una sucinta aproximación práctica a esto acudiendo a la realidad venezolana con apoyo doctrinario, en el siguiente apartado de este trabajo.

Como hemos visto, la previa enumeración de cada una de esas variables permite concluir que la ideología es relevante y lo es porque, en resumidas cuentas, importa la carga con que las personas nos aproximamos a los intercambios. Eso que somos, junto con lo que estamos dispuestos a intercambiar y en qué términos, sí importa y estimo que será aún más decisivo en la medida en que la tecnología siga su desarrollo, entre otras cosas, porque el componente “calidad” o con más precisión, “satisfacción” -y con ello me refiero a las prestaciones y facilidades subjetivas- se hará cada vez menos palpable, pero no por ello, menos real.

El punto que trato de enfocar no es sólo que la medición y el cumplimiento son costosos, como ha sostenido North, sino que ambos se podrían hacer aún más elusivos -más costosos, por ende- en la medida en que la tecnología avanza. Pensemos solamente, a modo de ilustrar nuestro punto, en la distancia que existe entre la posibilidad de palpar, percibir la tonalidad exacta y hasta probarse una prenda en una tienda física, versus hacer la transacción por canales remotos. También consideremos el crecimiento de ámbitos aun inexplorados del sector terciario (servicios) que se harán posibles gracias a los avances del porvenir: en últimas, además de la ideología como cuarta variable, según North, corresponde no descuidar en el análisis, el aspecto tecnológico<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Consideremos que para North existe un dilema fundamental de difícil resolución propio de las tensiones existentes entre la tecnología y la organización, no sólo de la economía, sino de la familia, de la comunidad, mostrando incompatibilidades



Pero, la ideología no sólo es relevante para impulsar decisiones individuales, que en su conjunto se imponen o moldean el desempeño económico, sino que juega también un rol primordial en lo que respecta a opciones políticas. El punto es que las ideas son capaces de moldear las instituciones, entendidas éstas no sólo como reglas formales, según sigue afirmando North, sino también como un conjunto de restricciones informales, y las condiciones del cumplimiento de éstas. Mientras que las reglas formales pueden cambiarse con relativa prontitud, las restricciones informales, costumbres, como su mismo nombre lo indica, están sometidas a un proceso de cambio mucho más lento, dada su propia naturaleza evolutiva. Ambas son moldeadas, en última instancia, por las percepciones subjetivas de la gente sobre el mundo que los rodea.

Entonces, si es razonable afirmar con North que las instituciones no sólo surgen, sino que evolucionan por la interacción de los individuos y que la creciente especialización y división del trabajo en la sociedad es la fuente básica de esta evolución institucional, entonces es igualmente plausible indicar que esa interacción tenderá en tal contexto, a manifestarse en forma de intercambios. Hay muchos incentivos para que así sea. Y, claro está que, dentro de tal marco institucional, los individuos forman organizaciones o suscriben contratos, deseablemente en forma voluntaria (si no hay voluntad, digamos que no se trata de un contrato), en los cuales se establecerán los términos de dichos intercambios. El problema, como veremos más adelante, es que nada garantiza que esa interacción entre los individuos va a dirigirse hacia el bienestar social, ni siquiera hacia el mantenimiento de una situación dada. Nada garantiza, como dice el profesor Acemoğlu, la deriva hacia buenas instituciones.

Es en este punto donde vemos la relevancia de los contratos como parte del marco institucional. Para Coase y siguiendo los postulados de su teorema, podemos estudiar por qué los contratos pueden ser (o no) un instituto eficiente (en términos paretianos, aunque esta idea no sea aceptada en forma unánime), sirviéndonos para ello de los postulados del Análisis Económico del Derecho.

El análisis, como ya se anticipó en la primera parte de esta investigación, persigue identificar los incentivos y motivaciones que nos mueven, lo eficiente que puede ser un contrato, pero también las situaciones en las que el esquema contractual, basado en la autonomía de la voluntad, podría resultar no apto o idóneo para enfrentarlas. De esto se ha encargado la Teoría de la Elección Pública al introducir la noción económica de **costos de transacción**. Si contratar cuesta, y en determinados casos, utilizar el mercado puede ser muy costoso (es la idea básica que subyace en el *paper* clásico de

---

de ciertos incentivos. Según el profesor, solo una *relativa flexibilidad* de las instituciones en Occidente es un factor de mitigación en estos problemas. En este punto considero que, aunque la rigidez tampoco constituye un valor, es conveniente ser cautos con la excesiva flexibilidad institucional.

Ronald Coase, publicado en el año 1937, “Teoría de la Firma”), habría casos en que dichos costos lleguen a impedir o cuando menos, obstaculizar, la solución contractual. En última instancia, también debe contemplarse aquí la existencia de externalidades, porque ellas generan o añaden más costos de transacción que son generados por algunos individuos, pero que no son asumidos por ellos, lo que, en sí mismo, es generador de distintas ineficiencias.

Concretamente en materia de contratos, el profesor Bullard<sup>44</sup> postula que los verdaderos problemas que pueden surgir respecto de ellos son dos. De un lado, puede suceder que la voluntad de contratar no sea auténtica y perfectamente informada en una de las partes, lo que significa que esa decisión no es tal, es aparente, lo cual se traduce en que no estaríamos aquí ni ante una real manifestación de voluntad, ni ante una verdadera conducta de mercado, por cuanto no constituye una demanda real. Ese es el caso de los contratantes incapaces o de aquellos en los que ha intervenido un vicio de la voluntad: error, intimidación, etc.

De otro lado, puede surgir en la ejecución del contrato un factor perturbador constituido por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una de las partes, que da lugar a la aparición de costos transaccionales no previstos; costos que distorsionan o hacen excesivamente gravosa la operación que de verdad era la causa del contrato e incluso —si ello se extiende o generaliza— podrían alterar el funcionamiento del mercado mismo. El Derecho se encarga de evitar, hasta donde sea posible, esas distorsiones de la operación económica real.

Pero el Derecho, más allá de ser el preceptor de un conjunto de reglas, muchas de ellas, supletorias o negativas, como ocurre en el ámbito del Derecho privado, y concretamente en el Derecho mercantil, ha venido en cambio, dando paso a una regulación cada vez más intensa en el ámbito público. En ello también resulta de utilidad el Análisis Económico del Derecho toda vez que es útil para descubrir la dimensión individual de las normas y a entender que lo social no es sino la suma, el agregado de lo individual, de manera que nada en lo social encuentra sentido si no es a través de agregar intereses individuales. Nos permite, como dice el profesor Bullard, “redescubrir el verdadero objeto, fin del Derecho, es decir, la persona”.

El problema que advierto es la desproporción con la que se ha desbordado el ámbito del Derecho público, porque es en esta área donde en mayor medida puede ser manipulable, mediante la ideología y ser utilizado de forma meramente instrumental en un proceso de clara erosión institucional. Recordemos que las reglas formales son tan sólo parte de la matriz institucional. Por eso destaco el peligro del debilitamiento

---

<sup>44</sup> Bullard González. *Derecho y Economía ...*, 20.

institucional, puesto que ello podrá derivar, Venezuela se constituye en un doloroso ejemplo de ello, en una dinámica de perverso empobrecimiento del país de que se trate, según trataremos de mostrar, revisando brevemente un par de ejemplos que nos suministra la realidad venezolana de las últimas dos décadas, a partir de la irrupción del chavismo en el panorama nacional.

En este punto también consideramos de suma utilidad acudir a los fundamentos de la Teoría de la Elección Pública. Así la vinculamos con todo el análisis precedente, toda vez que, como también ha afirmado North:

El determinante más importante del desempeño económico es el cumplimiento de los acuerdos. La habilidad de hacer que se cumplan acuerdos a través del tiempo y el espacio es la piedra fundamental de un mercado eficiente, cosa que en la superficie puede parecer fácil de lograr. (Lo único que se necesita es un sistema efectivo e imparcial de leyes y cortes que vigilen el cumplimiento eficiente de reglas formales, sanciones sociales “correctas” que hagan que se cumplan las normas de comportamiento, y estándares personales sólidos de honestidad e integridad)<sup>45</sup>.

Si el cumplimiento de acuerdos es el factor *determinante del desempeño económico* de una sociedad, pero para ello “lo único” que se requiere, como se resalta en la cita precedente, es de “*un sistema efectivo e imparcial de leyes y cortes que vigilen el cumplimiento eficiente*”, entonces ese *único requisito* se vuelve de primordial importancia, una auténtica meta, un logro. También, y dada justamente su cardinal relevancia podemos llegar a la conclusión de que, cuando hablamos de cumplimiento de acuerdos, no nos referimos solamente a los contratos privados, sino también a los acuerdos fundamentales que una sociedad se da a sí misma, a modo de restricciones informales -percepciones, costumbres, calificaciones de reglas- que solucionan infinidad de problemas de intercambio de una manera que no pueden hacerlo a cabalidad las reglas formales.

Se trata, como se concluye en el ya citado prólogo de la obra de Bullard, de un código de moral propio que, contra la opinión general, también ostenta el mercado, si lo vemos como ese orden espontáneo que mejor nos permite organizar y “maximizar” nuestros intereses y apetitos. Alude a la necesidad “*de que el individuo sea un maximizador de sus deseos individuales, coherente e informado, que comprenda que si no nos sometemos a un cierto orden todos perdemos y que la vida sería bruta, tosca y breve*”<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> North; *Instituciones* ..., 2003.

<sup>46</sup> Bullard González. *Derecho y Economía* ..., 20-21.

#### ***4. Breve Referencia al Modelo Constitucional y Constituyente Implantado en Venezuela por el Chavismo***

En un estudio con enfoque histórico del año 2003, el laureado autor Daron Acemoğlu, al plantearse la revisión de las posibles causas fundamentales de las diferencias en la prosperidad de los países, estableció dos posibles opciones: la geografía<sup>47</sup> y las instituciones. Para entender mejor la incidencia relativa de los factores geográficos e institucionales, se propuso dicho enfoque histórico por cuanto estimó que, para probar su hipótesis, se necesitaba encontrar una fuente de variación exógena en las instituciones, y ello lo consiguió examinando la colonización europea de gran parte del mundo a partir del siglo XV.

Para abreviar, digamos que la historia no parece corroborar la tesis geográfica, pero por el contrario Acemoğlu estima que *“la hipótesis de las instituciones sí es válida. De hecho, al examinar los distintos tipos de colonización se nota que el vuelco de la suerte concuerda perfectamente con la hipótesis”*. Y concluye el mismo estudio aseverando que:

*Lo que los datos indican es que la geografía ni sentencia a un país a la pobreza, ni le garantiza el éxito económico. Para entender por qué un país es pobre hoy en día, conviene más concentrarse en las instituciones que en la geografía*<sup>48</sup>.

Nos pareció de interés traer las conclusiones del estudio antes citado para esta parte final de nuestro trabajo, no sólo porque desde otro enfoque se arriba a los mismos resultados que hemos ido asomando respecto de la preponderancia de las instituciones, sino, también porque entendemos que, una vez efectuada la reflexión teórica precedente, este estudio coincidiría con nuestra hipótesis propia de la Teoría de la Elección Pública, de que cualquier búsqueda de soluciones deberá enfatizar en la relevancia de las instituciones, tanto las formales como las informales.

Como ya hemos mencionado, en la cima de los de sistemas jurídicos de base constitucional (instituciones formales), está, obviamente, la constitución, y conviene aquí recordarlo puesto que un debate aún vigente en las distintas vertientes del institucionalismo se encuentra en la función del Estado y en la participación de los gobiernos en la génesis del cambio institucional.

---

<sup>47</sup> Para explicar la inclusión del factor geográfico en su análisis, Acemoğlu observó que los lugares más pobres del mapamundi se encontraban casi en su totalidad cerca del Ecuador. Me pareció relevante sumar esta reflexión, aún a pie de página, pese a la conclusión posterior que apunta más bien hacia el aspecto institucional, en vez del geográfico, por cuanto Venezuela se encuentra a 0 grados del Ecuador. Pero mientras sus instituciones tuvieron alguna relativa estabilidad y confiabilidad, se convirtió en uno de los países de creciente prosperidad del continente, durante buena parte del siglo XX.

<sup>48</sup> Daron Acemoğlu, “Raíz Histórica. Un enfoque histórico de la función de las instituciones en el desarrollo económico”, *Revista Finanzas y Desarrollo*, (2003): 28-29.

Más allá de las evidentes discrepancias entre la tesis “tradicional” del institucionalismo (John R. Commons, entre otros) concentrada en la función correctora del Estado ante las *fallas de mercado*; por contraposición a la corriente institucionalista más “nueva” de un Estado cuya intervención genera más costos que beneficios, es decir, se enfoca en las *fallas del gobierno* (Francis Bator -1958-, y luego Ronald Coase<sup>49</sup>, entre otros que los han seguido), he estimado necesario cerrar el presente trabajo con estas reflexiones, a fin de poner de relieve la importancia de la ideología en lo que respecta a la instauración de instituciones, en concreto en nuestro país. Recordemos que esa era la cuarta de las variables principales que, a juicio de North, determinan cuan costosas resultan las transacciones en el intercambio.

Considero que un análisis mínimamente descriptivo excede los fines que nos hemos propuesto con este ensayo. Pero sí estimo de utilidad hacer esta introducción porque lo que vamos a examinar a continuación, se refiere a dos ejemplos concretos de actuación pública con deliberados propósitos de introducir cambios radicales en la estructura institucional de Venezuela, concretamente en su marco constitucional, que recordemos, se presume la norma de más costosa enmienda.

A tales efectos, mencionemos muy brevemente dos aspectos del proceso de deterioro de la institucionalidad venezolana, en momentos y con instrumentos de delimitación precisos: en primer lugar, el proceso de publicación de la Constitución venezolana de 1999, y, en segundo lugar, lo que se ha denominado “el método constituyente del chavismo”.

Diversos trabajos de investigación han sido publicados en Venezuela desde entonces sobre este tema, pero en especial he escogido esos dos ejemplos, por haberlo extraído de la investigación que debemos a la autoría de nuestro estimado profesor Francisco Delgado, en la que dedicó sus esfuerzos a desentrañar lo él que ha denominado la *Filosofía del Derecho del Chavismo*. Se refiere con ello a una perspectiva que sin pretender ser un examen del conjunto de su ideología, ni de sus conceptos sobre el Estado, la política, el hombre, la economía, la sociedad o la democracia, en cambio sí indaga en una “*concepción general, una forma de pensar, entender y actuar en el mundo jurídico, no necesariamente elaborada como teoría, sino una visión relativamente abstracta del universo normativo y de la que se derivan métodos para determinar el funcionamiento del derecho*”, por cuanto coincido con su visión de que “*desde el año 1999 esta concepción ha condicionado la totalidad de la vida institucional y social venezolana*”<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> En su trabajo sobre industrias reguladas Coase afirmó: “*It is no accident that in the literature... we find a category “market failure” but no category “government failure”*”. Williams, Ernest W., y Ronald H. Coase, “Discussion.”, *The American Economic Review* 54, N° 3 (1964): 192-97.

<sup>50</sup> Francisco J. Delgado, *Chavismo y Derecho* (Caracas: Editorial Galipán, 2017), 10.

La referencia al trabajo de Delgado es de suma utilidad para cerrar las ideas que hemos venido desarrollando. Me parecen especialmente ilustrativos esos dos aspectos que hemos seleccionado, dado que fueron examinados con prolijo detalle en la obra *Chavismo y Derecho* del profesor Delgado y por cuanto dan una idea cabal de la notable incidencia de la ideología en todo el proceso de apuntalar o deteriorar un marco institucional determinado. A ellos nos vamos a referir sucintamente a continuación.

#### ***4.1. Proceso de Publicación de la Constitución Venezolana de 1999***

Hemos seleccionado el espurio proceso de publicación de la Constitución de 1999 como el primer ejemplo para ilustrar nuestra posición, cuyos detalles cuentan con abundante soporte doctrinario. Empecemos por mencionar que ha sido calificado por el profesor Delgado como “El pecado original”, dada la grotesca desfachatez con la que se manipularon distintos textos y versiones del texto fundamental, a espaldas de la voluntad de los ciudadanos, de lo que, al final ha terminado por erigirse como la Constitución Bolivariana de Venezuela.

A los efectos ilustrativos que nos proponemos, consideramos este caso como una muestra clara de la relevancia de la ideología en cuanto a la tarea de moldear las instituciones de un país. Al respecto, quiero hacer hincapié en que el asunto fue y ha sido objeto de toda clase de pronunciamientos por parte de la Academia, pero, escojo hacer mención expresa a lo que se indicó en una publicación de varios autores sobre el asunto, en concreto lo reseñado por Ricardo Combellas, dada su condición de miembro de la Asamblea Nacional Constituyente del momento. También, por cuanto en un breve párrafo, logra relatar la serie de maniobras de las que fue objeto el texto constitucional. Para Combellas serían cuatro las versiones de dicho texto que el chavismo se encargó de manipular, y que él enumera así:

la carta firmada solemnemente por los constituyentes el 19 de noviembre de 1999; la versión profusamente editada para que los ciudadanos conocieran el proyecto de Constitución que refrendarían el 15 de diciembre; la Constitución publicada en la Gaceta Oficial de la República el 30 de diciembre; y por último, el texto publicado con la correspondiente Exposición de Motivos (por cierto que yo recuerde, nunca la conocimos ni menos la discutimos ni aprobamos los constituyentes antes del 15 de diciembre), el 24 de marzo de 2000...<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Ricardo Combellas, “El Proceso Constituyente y la Constitución de 1999”, en *Procesos Constituyentes y Reformas Constitucionales en la Historia de Venezuela: 1811-1999* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2005), 803.

Esta auténtica charada de versiones diferentes<sup>52</sup> revela una relación de absoluto irrespeto que no podemos menos que calificar con Delgado como un *genuino horror a las normas* por parte del chavismo. Nuestro profesor considera que la explicación a este fenómeno se encuentra en la esencia delimitadora de las reglas: “*El problema del chavismo con las normas es el problema del chavismo con los límites, con la restricción definitiva de las posibilidades*”<sup>53</sup>.

Considero que este asunto en general es una muestra, bastante clara a mi juicio, de esa idea de Gabriel Negretto que se citó en el primer capítulo de este trabajo respecto de que la elección constitucional suele ser *endógena al desempeño de las estructuras constitucionales preexistentes y a los intereses partidistas y el poder relativo de los reformadores*. A este respecto diremos que la misma Constitución venezolana de 1961 incubaba un germen obviamente ideológico pues recogía un sistema de economía mixto, no de pleno mercado, lo cual sirvió, entre otros elementos de la estructura previa a su llegada al poder, como plataforma para los posteriores esfuerzos del chavismo en darle una justificación teórica a su concepción tan elástica del carácter vinculante de las normas.

Ese esfuerzo se ha concentrado en la definición que encontramos en el texto constitucional de 1999 de Estado social de derecho y de justicia, que, a la luz del tiempo transcurrido, no dudamos en calificar como uno de los aspectos teóricos e ideológicos de más importancia para el grupo que detenta aún el poder en Venezuela. Estimo que el análisis de esta noción, de límites imprecisos en lo jurídico por lo que ha sido objeto de diferentes enfoques y numerosos desvelos académicos, pero con relevancia suficiente como para haber alcanzado rango constitucional en distintos países, excede los límites de esta investigación<sup>54</sup>.

Para concluir el relato anterior que me ha servido de primer ejemplo, voy a limitarme a citar la posición del profesor Delgado, en la que justifica el apelativo que le sirvió como título a todo el extenso capítulo de su libro que narra con muchos detalles lo ocurrido:

Este es, sin la menor duda, el pecado original del ordenamiento chavista. Decimos que es el pecado original en varios sentidos: es el primero, es extremadamente grave, imposible de corregir y es la fuente del que se derivan todos los demás. La directiva de la ANC no consideró a la Constitución -porque lo que decidió

<sup>52</sup> El recuento detallado de esta historia, entre otras, puede leerse en la mencionada obra de Francisco J. Delgado, *Chavismo y...*, 20 y sig.

<sup>53</sup> Delgado, *Chavismo y...*, 30.

<sup>54</sup> No obstante, creo oportuno señalar que el mismo F. Hayek ha reconocido que desentrañar el significado de la expresión ha sido una preocupación de largo aliento para él. Cfr. Friedrich Hayek, *El Atavismo de la Justicia Social. New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas* (Chicago: University of Chicago Press, 1978), 184.

modificar ya era la Constitución- como inviolable. Asumió una autoridad que no tenía y procedió a hacer los cambios. Pero la alteración fraudulenta del texto aprobado por el pueblo el 15 de diciembre -fraudulenta puesto que no era lícita, no fue pública, la llevó a cabo un órgano sin autoridad para hacerlo y ni siquiera ha sido reconocida- no generó mayor escándalo y el país siguió su vida, como si ésta pudiera, sin consecuencias, fundamentarse en un fraude. Ninguna persona sensata puede pensar que una Constitución que es violada antes de que entre en vigencia será respetada después...Y si ello ocurre con la norma que hemos definido como suprema y fundamental, sería ingenuo pensar que no ocurrirá con el resto del orden jurídico<sup>55</sup>.

A modo de corolario, y entendiendo que no se han examinado ni el alcance de estos cambios ni las razones que persuadieron a la directiva de la Asamblea Nacional Constituyente para efectuarlos, por cuanto estimamos que el ataque institucional que revelan las líneas precedentes, ya son muestra suficiente del punto que tratamos de establecer, sólo añadiré al respecto que una de las condiciones esenciales de un régimen eficaz y estable consiste en que la élite gobernante se sienta vinculada en forma estrecha por la Constitución.

Por lo demás, ese texto era su proyecto seminal al erigirse en el poder y fundamento de su dominio, un modelaje para toda la estructura institucional. Pero si ni ellos mismos son capaces de entender en su propia norma fundamental algo digno de respeto, entonces nadie lo verá así. En eso, coincido con la lúgubre conclusión del profesor Delgado de que tal esquema de conducta, “*impide cualquier mínima esperanza de una vida social ordenada*”. También estimo que se alinea este pensamiento con la idea de Ostrom y comentada por Landoni, según la cual, mientras algunas reglas facilitan la cooperación y aumentan la productividad, otras impiden las relaciones pacíficas y productivas.

#### ***4.2. El Método Constituyente. Un “aporte” del Chavismo para la América Hispana***

En este aspecto, como ya adelantamos, no vamos a referirnos al órgano por cuya mediación se concibió parte -que no todo- el texto constitucional que hoy rige con sus más y sus menos en Venezuela. Vamos a aludir aquí, porqué lo estimamos de importancia, e incluso de plena vigencia a la vista del reciente caso chileno, lo que el profesor Delgado ha denominado “la Constituyente como método”. Consideremos que ya desde 1998, antes incluso de que Chávez fuera elegido, se había extendido por el país la convicción de que era importante una reforma constitucional (pensemos en los argumentos chilenos que se esgrimieron para apuntalar la necesidad de cambiar la

---

<sup>55</sup> Delgado, *Chavismo y...*, 21.



“Constitución de Pinochet”). Con esta idea germinando, el chavismo vio, como apunta el profesor venezolano: “*la oportunidad de un reacomodo completo de la vida política e institucional, viable en la práctica y al margen de la violencia*”<sup>56</sup>.

Como dijimos antes, la Constitución suele ser la norma de más costosa reforma, entre otras razones, porque ella misma acostumbra a prever en su texto el procedimiento -normalmente bastante estricto- para introducir modificaciones, siendo que es la ley de más alta jerarquía de un país. Como el proyecto chavista era revolucionario, obviamente se proponía una ruptura con el orden existente.

Considerando que la vía violenta, que intentaron y en la que fracasaron en años previos, no era la adecuada, y por cuanto finalmente pudieron acceder al poder por la vía electoral, el predicamento al que se enfrentaban era el de cómo crear un sistema fundacional desde sus propios cimientos. Sabían que debían apuntar a la mismísima cúspide del orden a ser barrido, pero su idea no se limitó a un mero cambio constitucional, ni siquiera como ocurrió en la práctica, en que se dio todo un nuevo texto (o varios) que derogó completamente a su predecesor.

La respuesta plena a esta interrogante la encontró el chavismo, justamente en el método constituyente. Según el profesor Delgado “*este hallazgo ha sido tan exitoso que conforma su principal aporte a la política latinoamericana...El método constituyente tiene tal significación para el chavismo que en el texto constitucional de 1999 quedó expresamente consagrado como una vía de creación de derecho*”<sup>57</sup>.

El método consta de una serie de pasos necesarios: El primero, crucial según Delgado, es convencer a la máxima autoridad judicial del orden a ser abolido, de que la convocatoria a asamblea constituyente no es contraria a la Constitución, y que invoca a la soberanía popular; si no fuere posible persuadirlos es menester sustituirlos. En segundo lugar, a la asamblea constituyente deben atribuírsele más poderes que la simple redacción de un proyecto de texto constitucional. Es fundamental no aceptar límites al “soberano”, o más bien a estos peculiares representantes, con el pretexto de que equivaldría a poner restricciones a la soberanía del pueblo. En tercer lugar, la asamblea debe ser *originaria*, en el sentido de que se constituirá en fuente de origen

---

<sup>56</sup> El nazismo, por ejemplo, tenía muy clara esta idea, como también la tuvo Chávez. A Joseph Goebbels -quien lo diría- le debemos esta esclarecedora frase: “*Puede que sea una buena idea sostener el poder mediante las pistolas, pero es mejor si ganas el corazón de la nación y obtienes su afecto*”. Cfr, Ralf Georg Reuth, *Goebbels, una Biografía*. (Madrid: La esfera de los Libros, 2009).

<sup>57</sup> El método fue imitado con éxito en Bolivia (años 2006 y 2009) y Ecuador (años 2007 y 2008) por los presidentes del momento, Morales y Correa. En Honduras se intentó, pero fue frustrada su realización por la deposición de Manuel Zelaya en 2009, antes de que se celebrara el referéndum al que se había convocado con tal propósito. En Chile acaba de ser aprobada la reforma constitucional “originaria”. Hasta en España el partido Podemos ha planteado la idea. Incluso en Colombia, recordemos que la convocatoria a una constituyente fue parte importante de las propuestas de las FARC en su proceso de negociación de paz con el gobierno.

de derecho, por lo cual podrá crearlo sin estar atada o condicionada por ninguna otra norma. Y cuarto, la propia asamblea debe programar los actos de transición hacia el nuevo orden jurídico.

El método así descrito, como nos relata Delgado, se siguió en Venezuela hasta sus últimas consecuencias. El resultado, más de 22 años después está a la vista, y lo resumiré en dos datos de público conocimiento: Venezuela es el país más pobre del continente americano, por debajo de países más pequeños y con largas décadas de inestabilidad, y la economía está sometida al proceso de inflación e hiperinflación más profundo en el panorama mundial.

Es evidente que si la ideología y la cultura en su sentido amplio, modelan las instituciones de un país y son capaces de conectar con un conjunto de valores y estándares de comportamiento que han evolucionado para resolver problemas de intercambio, de naturaleza social, política o económica, la impronta chavista no se ocupó sólo de la reforma de la Constitución en Venezuela, sino que consiguió impactar también en la red que forman las instituciones informales, y que en toda sociedad evoluciona de manera progresiva, a fin de estructurar la interacción humana. Es eso que el profesor North calificaba:

*como el “inventario de capital” básico que define la cultura de una sociedad; es decir, que la cultura provee un orden conceptual basado en el idioma para codificar e interpretar la información que los sentidos le presentan al cerebro. Como resultado, la cultura no sólo juega un papel en formar las reglas formales sino también está por debajo de los frenos informales que son parte de las instituciones*<sup>58</sup>.

## **A MODO DE CONCLUSIÓN**

Si en la parte inicial de este trabajo, nos planteábamos la necesidad de repensar el Derecho, en buena medida coincidía este esfuerzo con la constatación de que toda la estructura institucional venezolana se ha vuelto progresivamente de una fragilidad sobrecogedora. Creemos que los dos ejemplos planteados gracias a la sistematización impecablemente efectuada por Francisco Delgado, muestran como de manera creciente unas condiciones tan inestables fueron estrangulando la posibilidad de celebrar acuerdos y contratos que no estuvieran bajo el amparo de la élite dominante. Salta a la vista que ello ha llevado a Venezuela a un proceso de empobrecimiento progresivo y alarmante. Recordemos que el profesor Holcombe, citado por Boettke, caracteriza a los mercados políticos “como generadores de oportunidades de lucro político cuando existen inestabilidad política y políticas ineficientes”<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> North, *Instituciones...*, 2003.

<sup>59</sup> Citado por Boettke y López, *Economía ...*, 111.

Nos parece oportuno traer aquí, a modo de conclusión, aquello a lo que aludían James Buchanan y Viktor Vanberg respecto del fracaso de una estructura constitucional fundada en los supuestos de benevolencia y omnisciencia (es una predicción que efectuaron para entender que aun en tales supuestos la estructura constitucional fracasaría en virtud del subjetivismo radical). Ambos demostraron en sus estudios comentados por Boettke<sup>60</sup>, que una constitución socialista hace posible el peor de los casos.

El ideal socialista del siglo XXI en Venezuela no es ni benevolente ni omnisciente, lo que lo hace infinitamente inferior no ya al sistema de mercado, sino, incluso al sistema “mixto” que aun con sus fallas imperaba en la Constitución venezolana derogada de 1961. En mi opinión, resulta apenas obvio que la explicación de la postulación económica e institucional del país es consecuencia de la extrema fragilidad de las instituciones formales, que carecen de respeto y de la obediencia generalizada de la que depende la existencia misma de cualquier norma; a ello se han sumado unas prescripciones complementarias e informales que hacen casi imposible que el Derecho cumpla la función ordenadora que le es propia.

La ideología chavista, que obviamente ha fracasado en traer prosperidad a nuestro país, o a ninguno de los otros en donde se ha ensayado, sí que ha triunfado en cambio, en su propósito de permanencia en el poder. Citemos nuevamente a los profesores Buchanan y Vanberg en este punto:

La mejor intención no permitirá que el futuro se introduzca en el presente, no importa cuán perfecto sea el conocimiento del presente. Y si la estructura institucional encarna el presupuesto de que tal hazaña es posible, deben surgir el estancamiento y el fracaso<sup>61</sup>.

Para concluir, nos parece llamativo comentar lo señalado por el profesor Acemoğlu, en su estudio citado al inicio de este capítulo, ante el cuestionamiento de por qué ciertas sociedades gravitan hacia instituciones deficientes, de lo cual creo que la sociedad venezolana es un claro ejemplo. Lamentablemente, señala que las investigaciones empíricas y teóricas no parecen apuntar hacia razones de peso que permitan concluir que las sociedades se enrumbarían espontáneamente hacia buenas instituciones. Y ello se debe a que las instituciones no sólo influyen en las perspectivas económicas de un país, sino que también determinan la distribución del ingreso entre grupos y, sobre todo, entre élites. Como también se ha apuntado, la causa de estos serios problemas y de las dificultades en plantear cambios profundos, está en el hecho de que se trata de

<sup>60</sup> Boettke y López, *Economía* ..., 116.

<sup>61</sup> Citado por Boettke y López, *Economía* ..., p.

un juego de suma cero en el que hay ganadores y perdedores; y los posibles perdedores en dichos cambios son justamente los que detentan el poder necesario para impedirlos.

No quisiera cerrar estas reflexiones sin una nota algo más luminosa, ya que se trata de nuestro país. Según Acemoglu, la persistencia de las instituciones y la renuencia a las reformas no significa, sin embargo, que el marco institucional sea estático. La evolución puede darse, y las crisis son, presuntamente, un buen punto de partida para gestarla. Pero el reconocimiento de la relevancia de las instituciones en todo el tejido social debe verse como el primer paso para ello. Una asignatura pendiente, que ni siquiera sabemos cuándo será evaluada en vista de que en Venezuela el gobierno chavista parece seguir gozando de muy buena salud, pese al entendimiento de la comunidad internacional de su condición forajida y depredadora.

Rescato a modo de cierre el pensamiento de Hayek al referirse al paradigma de elección pública en lo que respecta al análisis de la economía política para quien este enfoque era un aspecto crucial de la gran contribución de Hume y Smith en el siglo XVIII, expresado así:

El punto principal sobre el que hay pocas dudas es que la principal preocupación de Smith no era tanto lo que el hombre podría lograr ocasionalmente cuando estaba en su mejor momento, sino que debería tener la menor oportunidad posible de hacer daño en su peor momento. Difícilmente sería exagerado afirmar que el principal mérito del individualismo que él y sus contemporáneos defendieron es que es **un sistema bajo el cual los hombres malos pueden hacer menos daño**. Es un sistema social que no depende para su funcionamiento de que encontremos buenos hombres para dirigirlo, o de que todos los hombres se vuelvan mejores de lo que son ahora, sino que hace uso de los hombres en toda su variedad y complejidad, a veces buenos y a veces malos, a veces inteligentes y, más a menudo, estúpidos. (1948)<sup>62</sup>.

Esperemos que la experiencia acumulada en estos años nos permita encaminarnos, en algún futuro, hacia un marco institucional que reanude la ruta del crecimiento, logrando al menos un cierto equilibrio que permita el establecimiento de nuevas restricciones informales, tendientes hacia la resolución de los nuevos problemas propios de la interacción política, social y económica del porvenir. También que sea ello ocurra en armonía con las nuevas reglas formales a ser implantadas.

---

<sup>62</sup> Citado por Boettke y López, *Economía* ..., p.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acemoglu, Daron. “Raíz Histórica. Un enfoque histórico de la función de las instituciones en el desarrollo económico”. *Revista Finanzas y Desarrollo*, (2003): 28-29.
- Aftalion, Enrique, Vilanova, José, y Raffo, Julio. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.
- Becker, Gary. “El enfoque económico del comportamiento humano”. *Información Comercial Española*, N° 554 (1990): 11-18.
- Benegas Lynch (h), Alberto. *Las Oligarquías Reinantes. Discurso Sobre el Doble Discurso*. Buenos Aires: Unión Editorial, 2018.
- Boettke, Peter J. y López, Edward J. “Economía Austríaca y Elección Pública”. *The Review of Austrian Economics*, 2(3) (2002): 111-119.
- Broseta Pont, Manuel. *La Empresa, La Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*. Madrid: Edit. Tecnos, 1965.
- Buchanan, James. *Salvando el Alma del Liberalismo Clásico* [Traducido por Constantino Díaz-Durán]. Instituto Cato, 2004, <https://www.elcato.org/salvando-el-alma-del-liberalismo-clasico>.
- \_\_\_\_\_. “Public Choice: The Origins and Development of a Research Program” [Traducción: Mario Piñera]. *RAE Revista Asturiana de Economía*, N° 33 (2005): 203-221.
- Bullard González, Alfredo. *Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales*. Lima: Palestra Editores, 2ª edición, 2006.
- Combellas, Ricardo “El Proceso Constituyente y la Constitución de 1999”. En *Procesos Constituyentes y Reformas Constitucionales en la Historia de Venezuela: 1811-1999*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2005.
- Coase, Ronald. “El Mercado de los Bienes y el Mercado de las Ideas”. *Revista Estudios Privados*, Año 1, N° 1 (1974), 123-128.
- Ernest W. Williams, y Coase, Ronald H. “Discussion.”. *The American Economic Review* 54, N° 3 (1964): 192-97.
- Delgado, Francisco. *Chavismo y Derecho* Caracas: Editorial Galipán, 2017.
- Georg Reuth, Ralf. *Goebbels, una Biografía*. Madrid: La esfera de los Libros, 2009.
- Hayek, Friedrich. *El Atavismo de la Justicia Social. New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*. Chicago: University of Chicago Press, 1978.
- Landoni, Juan Sebastián. “Elinor Ostrom y el gobierno de los recursos de uso común. Entre una primera aproximación y el problema de la naturaleza humana”. *Revista Libertas, Segunda Época* (2015): 175.
- Madrid Martínez, Claudia. “La libertad contractual: su lugar en el derecho venezolano de nuestro tiempo”. *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini*, Serie Eventos 29 (2012): 105-140.
- Martín-Retortillo Baquer, Sebastián. *Derecho Administrativo Económico I*. Madrid: La Ley, 1991.

- Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998.
- Negretto, Gabriel L. *La Política del Cambio Constitucional en América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica. 2015.
- North, Douglass C. “La Nueva Economía Institucional”. *Revista Libertas* 12 (1990).  
\_\_\_\_\_. *Instituciones, Ideología y Desempeño Económico*. Instituto Cato, 2003.  
<https://www.elcato.org/instituciones-ideologia-y-desempeno-economico>.
- Olaso, Luis María. *Curso de Introducción al Derecho*. Tomo I. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2017.
- Ostrom, Elinor. *El Gobierno de los Comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Rojas, Ricardo Manuel. “El orden jurídico espontáneo”. *Libertas*, N° 13 (1990): 194-196.  
\_\_\_\_\_. “Fundamentos Praxeológicos del Derecho”. *Revista de Estudios sobre Justicia, Derecho y Economía (RJDE)*, N° 2 (2015).
- Rondón García, Andrea. «¿Qué podemos aprender los abogados de los viejos liberales de la Escuela Austríaca de Economía?». *Revista Venezolana de Derecho Mercantil de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil* N° 8 (2022), 89-100.
- Ustáriz Forero, Nasly. “El Derecho mercantil como la manifestación más acabada del nexo entre derecho y economía”. *Revista Venezolana de Derecho Mercantil de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil*, N° 9 (2022): 22-37.