

# *Economía Juris*

*Un libro de derecho  
del siglo XVII,  
refundido para  
el siglo XXI*

*Juan Javier del Granado*

Anno

MMX



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO

*Juan Favier del Granado*

# ŒCONOMIA IURIS

*Un libro de derecho del siglo XVI,  
refundido para el siglo XXI*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

MMX

**Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Álvarez**  
**Revisión: Karla Beatriz Templos Núñez**

**Primera edición: 9 de agosto de 2010**  
**Primera reimpresión electrónica: 9 de agosto de 2021**  
**DR © MMX. Universidad Nacional Autónoma de México**  
**Ciudad Universitaria, 04510 México, D.F.**

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS**

**Circuito Maestro Mario de la Cueva, s/n**  
**Ciudad de la Investigación en Humanidades**  
**Ciudad Universitaria, 04510 México, D.F.**

**ISBN 978-607-02-1734-0**

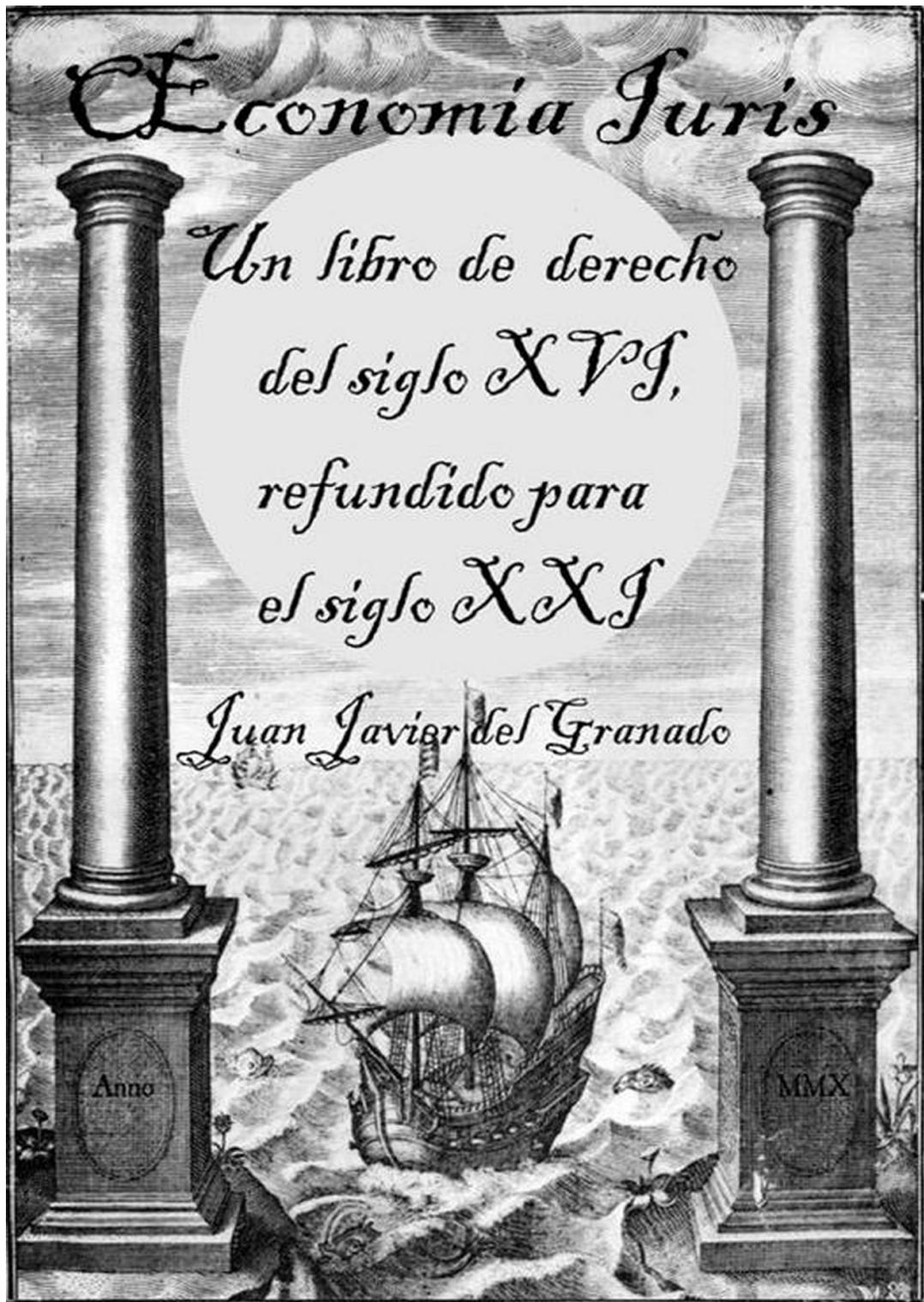
# *Economía Jurídica*

*Un libro de derecho  
del siglo XVIII,  
refundido para  
el siglo XXI*

*Juan Javier del Granado*

Anno

MMX









### *Al lector*

*Un día descubrí por casualidad, en una trapería, un lote de libros a buen precio. Los compré todos. Entre aquéllos encontré libros antiguos y raros, algunos de ellos incunables de gran valor, que habían sido elaborados desde la invención de la imprenta en 1440; seguramente fueron traídos en un galeón que navegó con las velas al viento. También hallé un libro americano delicioso, por su edición y por su contenido. Me pareció que tratábase de un libro escrito en el siglo XVI, pero que hablaba con una claridad inequívoca a los estudiosos del derecho del siglo XXI. Helo aquí: hágame la merced de aceptar este pequeño obsequio.*

*Por cierto, me ayudaron en su refundición —al revisarlo una vez y otra o aportar una serie de pautas y criterios— Alejandro Mayagoitia, un docto, polifacético e incansable historiador del derecho, Mauricio López Noriega, un estupendo helenista, y Eric Posner, un notable inoseconomista y compañero de la infancia en el colegio Laboratorio. Roger Myerson, un excepcional teórico de lo lúdico, me ayudó a visualizar el esquema analítico que subyace en esta obra. A ellos les debo mucho... Además, dejo constancia de mi profundo agradecimiento a Héctor Fix-Fierro, un académico comprometido con el análisis esclarecido, por el apoyo decidido.*

*Reales Audiencias de Santo Domingo, Nueva España, Panamá, Guatemala, Lima, Guadalajara, Santa Fe de Bogotá, Charcas, Quito, Concepción, y Manila*

Poderoso Señor:

Por mandado de vuestra Señoría he visto *Œconomia iuris: Un libro de derecho del siglo XVI, refundido para el siglo XXI*, escrito por el doctor Juan Javier del Granado, quien construye un texto admirable con el doble juego del lenguaje y del concepto de los que es maestro. Todo lo que hay de bien escrito y pensado en derecho, se hallará junto en este autor, sin que los estudiantes y los estudiosos tengan que andar buscando en infinitos otros antiguos y modernos, pues se hallan en el abundante florilegio bien cultivado de este libro, que por ello merece ser alentado con el aplauso de los buenos ingenios y la licencia de los superiores para imprimirse.

La novedad reside en el olvido de la memoria. Por obra de esta premisa, la tienda del anticuario se convierte en un magnífico laberinto de realidades plurales y contrapuestas, en un recinto donde es difícil distinguir entre el ayer y el hoy. En este espacio del pasado-presente, la tienda del anticuario, es donde puedo imaginar a Borges, o a su *alter ego* bibliófilo, Cartaphilus, recorriendo cuidadosamente con sus ávidos dedos de bibliotecario algunos viejos anales. El escritor argentino intérprete, amante y seductor de lo antiguo descubre en esa tienda, ubicada en el porteño

barrio de San Telmo, a un hombre procedente del país alegórico del Libertador, el cual busca entre los palisemptos, pergaminos y otras sombras de la memoria al Hado de Iberoamérica. El viejo se dirige al joven y le dice que él puede mostrarle cómo descubrir el arcano conocimiento que anhela. Ambos dialogan sobre la estética occidental y la cultura indiana, sienten devoción por la retórica escolástica y se maravillan ante el esplendor intelectual del Siglo de Oro. Es América y Europa, el Viejo y Nuevo Mundo, el barroco y la modernidad, que se unen desde la lógica de las semejanzas discontinuas en un sincretismo cultural e intelectual perfecto: A verröes, Abenjaldún, Suárez y Vitoria, conviven con Vázquez de Menchaca y Solórzano, pero también con figuras como Coase, Manne, Becker, Posner, Cooter y Myerson. En el culmen de esta conversación apócrifa, el más joven, del Granada, descifra el mensaje órfico-pitagórico de esta neo-caverna, y con extrema fe en el progreso de los pueblos de América, se convierte en un jurista apasionado que, tal como él mismo expresa, se atreve a yuxtaponer la segunda escolástica del siglo XVI con el análisis económico del derecho del siglo XXI, es decir, el pensamiento jurídico de las escuelas americanas de Chuquisaca y de Chicago; arriesga mucho y sin lugar a dudas las críticas llegarán por este flanco, pero la obra debe entenderse globalmente ya que dosifica la tradición propia con la contemporaneidad de nuevas perspectivas.

La tienda del anticuario es la gran matriz que desencadena el estudio de Granada. La obra participa del recurso estructural del argumento-tesis marco organizado al modo de las <cajas chinas> que se desenvuelven de forma concéntrica. Las piedras maestras que unen este edificio teórico sostenido por los pilares del elenco de tradiciones, culturas, lenguas y gentes, son el derecho indiano y el derecho romano; sirven al autor para reformular y remodelar los conceptos tanto del estado de derecho como también del orden de pandectas.

Del Granada responde a aquellas críticas que producen un inmerecido efecto deslegitimador de la función jurisdiccional a momento que se fragua el estado de derecho. De este modo el razonamiento jurídico, que ya no se justifica deductiva y literalmente sino a manera de analogía, expresa una historia que ya se ha narrado que parece irreal porque se mezclan los sucesos que pertenecen a hombres en épocas distintas. De este <experimento intelectual> del Granada extrae todas las posibilidades fusionando la mentalidad matemática de la teoría de juegos con la profunda teología y poética de la segunda escolástica.

La arquivolta de esta compleja construcción se cierra con un análisis profundo del orden de pandectas. El manejo de las fuentes en este apartado es sumamente rico, y sorprende la comparación constante entre los postulados de los legistas del medioevo y los de la elección racional, contrapuestos ambos al imperante

racionalismo europeo también monoteísta, que pretende la adoración de la diosa Razón con el mismo fervor con el que Moisés bajaba del Monte Sinaí; no en vano del Granado ha debido extraer el brillo a muchas viejas joyas.

La superación que se produce de la dicotomía entre el saber barroco y el saber moderno por razón de su invitación a la ficción y al juego, nos desvela el mundo secreto de las conexiones, donde del Granado utiliza una nueva rejilla desmontando los parámetros culturales que cifran el discurso, superando el lenguaje y las medidas tradicionales.

Ha llegado la hora de partir, ya el manto de la noche empieza a cubrir al barrio de San Telmo y la conversación los ha dejado exhaustos, pero Borges desaparece un instante y reaparece con una bella edición de los *Prólogos, con un prólogo de prólogos*, la ofrece como presente a su compañero porque ahora ha comprendido plenamente que no sólo su idioma, su literatura, sino su derecho y sus instituciones de gobierno, fueron una gigantesca revolución en el pensamiento del siglo XVI, que se caracterizó por el empeño de acabar con la tiranía que subyuga al hombre con su poder desde hace siglos.

Guarde Dios a vuestra Señoría como este su servidor desea.

—Josep Cañabate, Universitat Autònoma de Barcelona.

*Royal Courts of Santo Domingo, New Spain, Panama,  
Guatemala, Lima, Guadalajara, Santa Fe of Bogota,  
Charcas, Quito, Concepcion, and Manila*

My Lord:

The author and subject, here presented to your Lordship, have, in themselves, the best of claims to your protection. Much of the history of law in Latin America turns on the pivot of Jean-Jacques Rousseau. In Rousseau we can see clearly the promise of Latin America in the throes of a democratic revolution, characterized by an explosion of political organizing and the abortive attempt in 1812 to establish the short-lived Constitution of Cadiz; in Rousseau we also see its predicament. On one side lies the promise of a law that helps educate the citizens of democracy to a virtuous freedom. On the other is the quest for utopia through politics. Juan Javier del Granado's ambition, evident in these pages, is to edge Latin American law from the non-realism of an incorrigibly ideological turn of mind, to the realism of the rule of law and the law of the pandects infused with social facts.

When Rousseau proclaimed, «I hate tyranny; I consider it to be the source of all the evils of humankind,» he confirmed the possibility of seeking the fulfillment of man in society through the elimination of political oppression and domination. In itself, certainly there can be nothing objectionable about wanting to resist tyranny. The problem is not

that of engaging politics in an effort to protect human liberty. The temptation of Rousseau, instead, is to understand the salvation of humankind from the tyranny and chains of the world to arrive through the perfect synthesis of individual wills in the *volonté generale*. The final, fatal tendency of any Rousseau-like ideology is therefore the paradox of seeking liberation through subjection to the all-powerful Legislator, to seek human fulfillment through the most hubristic pretenses of the State.

Latin American law has suffered from this ideology at least since the days of Simon Bolivar. The *Libertador* was, famously, an acolyte in the priesthood of Rousseau. Bolivar wrote of Rousseau to his tutor Simon Rodriguez (who himself was consumed with the thought of Rousseau), «You cannot imagine how deeply the books you gave me are engraved on my heart. I have not been able to omit even a single comma from these great theses which you presented to me. They have ever been before my mental eye, and I have followed them as I would an infallible leader.» Unfortunately, the infallibility of his intellectual leader became, in Bolivar's self-image, his own infallibility as the leader of the new republics of America. The man whose military vision vanquished an empire, whose foresight longed for the transnational unification of a continent, also had such constitutional blindness that he was prepared to retain almost absolute power in himself for life,

understanding himself to be the embodiment of the will of the people with an utterly Rousseauian confidence. The scars of statism, autocracy and revolutionary violence without a genuine rule of law have been a part of what del Granado refers to as the «convulsive history» of constitutionalism in Latin America ever since.

Yet, that it not the sole legacy of Rousseau, and Rousseau is far from the only tradition of thought to mold Latin American law. Such a medley of traditions has molded Latin American law (from the democratic movement in canon law called conciliarism to the contractual reading of the nature of political power articulated by the Jesuit Francisco Suarez, always thought to be one of the bright lights of the School of Salamanca, to the rebellions which brought independence to English North America and to the French colony of St. Domingue) that it's hard to tell which have had the most impact. If we are able to resist the temptation to utopia, we can receive from Rousseau a great passion for humanity as well. The law envisioned by his political pamphlet *Le Contrat social* is an education of citizens in public virtue, a self-imposed constraint on the disorderly and chaotic wills of individuals for the benefit of the common good. This is a clear vision of the constructive possibility, indeed necessity, of the rule of law. How can Latin America capture this, without continuing to fall prey to the dark side of Rousseau, as Bolivar did?

The proposal offered by the method of this book is a brilliant response to that predicament. The antidote to the modern tendency toward utopia/away from dystopia is to assert a presence, an encounter with something given. As the contemporary French philosopher Alain Finkelkraut has said, «at the base of modernity is a sort of resentment toward the world as it has been given to us, a resentment toward the given.» Del Granado accepts, embraces the given. He understands that the utopian temptation of Latin American law is to be met with a self-understanding that «Latin Americans are the inheritors of a great tradition of legal thought.» Who would even imagine to-day that law is the inheritance of Latin America? Perhaps no other continent has been, to such a degree, the victim of foreign perceptions. There are the Spanish colonies of the Black Legend (Inquisition, intolerance, counterreformation, the cruel conquistador and the saintly friar) promoted by the synonymy of Protestantism and modernism. There is the South America of English travelers and the Latin America of French romantics. There is even the backward Spain of Hemingway's sanguinary tourism. Yet there is no recognition of the vast Catholic Habsburg empire of the New World under law, which foreshadowed the federalism and constitutionalism of the United States of America.

In seeking the possibilities of the law of the future that most authentically corresponds to our humanity,

therefore, del Granado unearths the rich legacy of the past rather than looking to schemes and ideologies. Baroque humanists, jurists, theologians and grammarians in the 16<sup>th</sup> century acknowledged, with such robustness, the human frailties and fallibilities which we all have; they elevated human values, affirmed the inherent dignity and worth of every human being, defined individual liberty and human rights. They also asserted that humanity must take responsibility for its own destiny, that human beings are responsible for the realization of their aspirations and have within themselves the power of achieving them under the law of pandects. And they resisted being assigned to any overarching ideology. «The noble savage,» «the new man,» «the state's man»—such universalizing ideas were alien to them.

One need not be versed in the discipline of economics (I am not) nor share the author's commitment to Kelsenian positivism (I do not) to appreciate and be moved by this work's sincere attempt to offer an «extended encounter with humanism.» One need only be open to the possibility of an unexpected encounter. There, perhaps (rather than a Rousseauian utopia, or a Hobbesian dystopia,) we may discover something indeed new, including the marvelous possibilities of law.

I am, your Lordship's most obliged humble servant,  
—Paolo Carozza, Notre Dame Law School

*Ex commissione supremi hispani senatus clarissimi et prudentissimo domino Iohannes Paulus Pampilius Balinnius, Mexicanensis liber scholæ de iure advocatus, professore et consiliarius, Universitas Complutensis Matritensis iuris doctore et academicus jurisprudentia et legislationem*

Muy respetable Junta:

*In nomine Domini nostri Jesu Christi*, me dirijo a usted para certificar que he revisado, detenidamente, una obra del doctor Juan Javier del Granado —*eximie et eruditissimi auctore*—, intitulada *Œconomia iuris: Un libro de derecho del siglo XVI, refundido para el siglo XXI —altum & profundum iuris scriptum—* que así por su buen estilo y curiosidad, como sobre todo por el provecho de su materia y los principios jurídicos que en ella se recogen y proponen, pudiera merecer la licencia que solicita.

Pudiera, digo, pues la cuestión no es para mí en lo absoluto clara, sino más bien, a mi parecer, dudosa, pues, por principio de cuentas, ya se entenderá, Señor, que no todos los libros pretenden escribirse para refundirse cinco siglos después, ni mucho menos abordar materias tan amplias, complejas y espinosas como las que en el susodicho se compendian, entreverando autoridades, razones y citas —algunas asaz sospechosas—, en muchas y muy diversas lenguas vivas y muertas, con erudición tan rara como desconcertante, e ingenio tan vivaz y penetrante.

Xiii

En efecto, Señor, el libro abunda no sólo en gravidosos latines —como fue usual en los de su materia en otro tiempo, pero incluso ha dejado de serlo dentro de nuestra Santa Iglesia, desde que la Constitución *Sacrosanctum Concilium*, dada por el Concilio Vaticano II, generalizó el uso de las lenguas vernáculos—, sino también en herméticos griegos, crípticos arameos o hebreos, antiguos árabes, ¡y hasta jeroglíficos egipcios!, por ya no mencionar los constantes galicismos, germanismos, italianismos, lusitanismos, catalanismos y los más que recurrentes anglicismos...

Además, Señor, el elenco de autores es tan prolijo cuanto desconcertante. En efecto, es verdad que los hay desde luego sabios, piadosos e insospechables y pueden encontrarse constante citas de las Escrituras, los Concilios, del buen Platón, del gran Aristóteles, del Doctor Común Tomás de Aquino, del Doctor Eximio Francisco Suárez, de los insignes teólogos españoles Luis de Molina, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto. Hay también referencias al célebre obispo autor de las *Etimologías* Isidoro de Sevilla y al mártir Canciller de Inglaterra Tomás Moro, así como al insigne humanista español Juan Luis Vives, sin contar el recurso a los juristas, desde los romanos como Domicio Ulpiano, hasta los indianistas como Juan de Solórzano y Pereira y Antonio de León Pinelo, pasando por los comentaristas Baldo de Ubaldis y el canonista Manuel González Téllez.

Pero igualmente, Señor, por el otro lado, abundan también la citas de autores impíos —*damnatus*— de teorías heréticas, ateas, agnósticas, panteístas indiferentistas, tolerantistas, sincréticas, etcétera, que estuvieron durante muchos siglos prohibidos —dentro del *Index Librorum Prohibitorum*— o que únicamente podían ser leídos previa expurgación —*opera damnata nunc vero cum expurgatione permissa*— tales como Pelagio, quien negó la gracia que Dios derrama; el frió y calculador Maquiavelo; el matemático y astrónomo Isaac Newton; Karl Marx el comunista; Adam Smith el padre del liberalismo económico; Ernesto <Che> Guevara el prototipo romántico y sanguinario del revolucionario; el ginebrino Juan Jacobo Rousseau; el evolucionista Charles Darwin; el ateo e inmoral Federico Nietzsche y otros muchos autores, algunas de cuyas tesis contravienen explícitamente aspectos de la doctrina de la Iglesia, como el filósofo matemático Ludwig Wittgenstein, quien creyó haber zanjado para siempre cualquier controversia especulativa; David Hume el sensualista; Arturo Schopenhauer el pesimista; el estructuralista Niklas Luhmann; el existencialista Jean Paul Sartre y, entre los juristas, algunos tan sospechosos como Hans Kelsen, quien redujo el derecho a las solas formas positivas; John Rawls, quien desarrolló una concepción procedimental y discursiva sobre la justicia; los neopositivistas Ronald Dworkin y H. L. A. Hart, además de los diversos economistas, sin mencionar a representantes del <análisis económico del derecho> tan

conspicuos como Milton Friedman, Ronald Coase, Joseph Stigler, Henry Manne, Richard Posner y un muy largo, largísimo etcétera.

Así pues, Señor —espero se me disculpe y comprenda— antes de referirme al curiosísimo libro cuya censura se me ha encomendado, conviene asentar preliminarmente, que en razón del original estupor y postrero desconcierto que me produjo su primera lectura —al tratarse de una obra tan distinta a las que acostumbramos a ver— decidí entrevistarme personalmente, en varias ocasiones, con el antes mencionado autor, para poder entender mejor el origen y razón de ser de su obra.

Según me ha referido, ha refundido la presente mezcla de textos inspirándose en aquél género literario de naturaleza crítica, humorística y moralizante, iniciado por el filósofo griego Menipo de Gadara, quien alternando la prosa con el verso, buscaba, mediante la hipérbole, la yuxtaposición y la parodia, ridiculizar sarcásticamente muchas de las realidades e ideas de las que se ocupaba.

No tengo, Señor —debo confesarlo con llaneza— certidumbre moral respecto de si califica su obra como sátira por humildad filosófica o por evadir con mayor facilidad una censura más severa, pues evidentemente, los ejercicios de imaginación literaria permiten una serie de libertades estilísticas que no serían aceptables en una monografía estrictamente científica.

De hecho, si consideramos el libro objeto de escrutinio como una sátira menipea, el género mismo le permitiría —por definición— una serie de licencias (que de hecho se ha tomado con grande amplitud) que no permiten esclarecer, respecto de ciertos pasajes más o menos comprometedores, si cuánto afirma o niega el autor es con pretensión expositiva, normativa o crítica, pudiéndose en todo caso —siendo éste el criterio que he seguido— conciliar perfectamente con el dogma y la moral católica prácticamente todo cuánto queda escrito, siempre y cuando se haga —insisto— mediante una <hermeneusis armonística>, que no deja de ser forzada —hay que reconocerlo sin ambages— en varios momentos.

La obra que se me ha encomendado revisar trata sobre muchos y muy diversos temas jurídicos, económicos y políticos, aunque todos ellos pertenecientes al ámbito de la filosofía práctica y de la teología moral. Expone, etiológicamente, la importancia del —hoy tan trillado como desgastado— concepto del <estado de derecho> como un desarrollo del iusnaturalismo bajomedieval, y aboga, en último término, por la «desconstitucionalización» de un derecho, actualmente estatalizado, que permita la recuperación de la centralidad del derecho privado. Tiende un puente entre la segunda escolástica y el análisis económico del derecho: la <racionalidad de la persona>... a la que debiera agregarse, en mi concepto, la <razonabilidad>, como guía hacia el *honestum* y la

*utilitas*, hacia la *reliability* y la *efficiency*. Refuerza el argumento, poniendo de relieve, que varios teólogos juristas, como Martín de Azpilicueta y el padre Molina, muestran el interés que existe por el vínculo entre la economía y el derecho, justificando así la pretensión de cohesionar el análisis económico del derecho con la segunda escolástica. Destaca el proceso de voluntarización de la racionalidad que tuvo verificativo durante la modernidad, mismo que de hecho parte —como es sabido— de la teología franciscana y de la canonística del siglo XIII, con las que empieza a sustituirse el énfasis sobre la *ratio Dei* para pasar a la *voluntas Dei* y que habría de suponer para el derecho, el tránsito del <racionalismo> al <voluntarismo jurídico> que alcanzó su máxima expresión con la <dogmática positivista> preconizada por Hans Kelsen. Subraya cómo la modernidad transitó, de la búsqueda de las <verdades claras y evidentes> de Descartes, al más radical de los <escepticismos>, que podemos encontrar igualmente en la <sospecha del inconsciente> de Freud, en el <nihilismo> de Nietzsche, en la <crítica de la cultura> de Adorno y Horkheimer, o en el <postmodernismo> de Deleuze y Lipovetsky. A dicha actitud escéptica, contrapone la confianza que la segunda escolástica tenía en la verdad aunque, en materias de filosofía práctica, sólo puede alcanzarse a través de una aproximación discursiva, por medio de la retórica y de la lógica, para llegar, finalmente, a una <opinión probable>. Critica las intervenciones del gobierno en la economía,

xviii

particularmente respecto de las afectaciones al derecho de propiedad, observando cómo las mismas deben ir aparejadas —a partir de la lógica económica liberal— de <compensaciones redistributivas de la riqueza>, refiriéndose para ello el <concepto de eficiencia> del <óptimo de Pareto> (beneficio sin perjuicio) y del <óptimo de Kaldor-Hicks> (mayores beneficios que costos). Destaca la importancia de los tribunales como rama del gobierno, refiriendo su virtualidad como «institución representativa diacrónica», es decir como un órgano que no responde solamente —como las ramas legislativa y ejecutiva— a una mayoría sincrónica, actual o presente, sino a un criterio de razón tradicional, anclado en la historia y probado por la experiencia, considerando también, al resolver el caso concreto, las posibles ramificaciones que el mismo podrá tener en la jurisprudencia posterior. Refuta la impugnación del déficit contramayoritario del Poder Judicial —con argumentaciones que recuerdan a las del procesalista italiano Mauro Cappelletti— y observa que se trata de un «órgano perfectivo de la democracia», anticipando que para un reestablecimiento sólido de la democracia en el ámbito supranacional, será una condición esencial «el gobierno de los jueces». Demuestra que más allá del desarrollo reciente del contencioso administrativo y de sus varios antecedentes franceses e ingleses, fue en realidad el orden jurídico indiano, con sus Audiencias, precursor en esta materia. Denota la necesidad del control jurisdiccional para la integración regional, que

requeriría, por definición, de la conformación de una serie de centros de poder y administración descentralizados. Y por último, expone las diversas figuras del orden de pandectas y, explicándolas económicamente como auténticos <incentivos> o <señales> para la conservación de las cosas y para la coordinación de la acción humana, propone una renovación de las mismas a fin de complementar y matizar los planteamientos privatizadores y liberalizadores del análisis económico del derecho.

Expuesto así Señor, sucintamente, el tema de la obra, debo proceder a continuación a la censura correspondiente, para lo cual, preliminarmente creo que considerando de buena fe el pretendido género literario aducido por el autor —sátira menipea— y el método hermenéutico que he empleado para analizarla —armonístico—, pudiera concluirse que se trata de una obra conforme con la Revelación y el Magisterio.

Sin embargo, antes de pronunciarme definitivamente sobre tan delicado asunto, conviene expresar las múltiples dificultades con que he debido enfrentarme para llegar a mi actual convencimiento. Por lo desusado de la <censura eclesiástica> respecto de los textos jurídicos de nuestro tiempo, me di en primer lugar a la tarea de revisar la legislación, doctrina y jurisprudencia canónica vigente, haciendo un largo recorrido que va desde el *Directorium inquisitorium* de Nicolau Eymerich publicado en 1376, hasta la más reciente *Instrucción sobre algunos aspectos relativos al uso*

*de los instrumentos de comunicación social en la Promoción de la Doctrina de la Fe*, publicado en el año 2002 de nuestra era por la Congregación para la Doctrina de la Fe —causahabiente del Santo Oficio— autorizadas por S.S. Benedicto XVI, entonces Cardenal Ratzinger, como Prefecto de la misma.

Lo primero que debo señalar, es que muy a pesar de los apologistas de la leyenda negra, que se ufanan en descalificar a la Inquisición, resultaría muy provechoso para nuestro tiempo, reestablecer la práctica de censurar, conforme a criterios objetivos y sustantivos, muchas de las publicaciones que hoy circulan indiscriminadamente, pues por su misma prolijidad y heterogeneidad, Señor, sólo confunden y embotan a un lector promedio carente de un criterio debidamente formado, que frecuentemente se abisma en un marasmo de ideas y conceptos, la mayor parte de las veces contradictorios entre sí, e inclusive incongruentes con la misma realidad de las cosas.

En el anterior sentido, Señor, la *Instrucción* de 2002 resulta en mi concepto ejemplar, pues a lo largo de ella, se advierte la búsqueda de un «diálogo fraterno», de «un espíritu constructivo de respetuoso diálogo» orientado radicalmente hacia la verdad, privilegiando en todo caso las «aclaraciones necesarias» y promoviendo la participación de comisiones doctrinales «con la necesaria competencia científica».

En segundo lugar, me parece oportuno señalar, que mal que les pese también a muchos detractores de la Iglesia Católica, el corpus de «pensamiento social» en torno a las *res novæ*, que se ha venido ocupando desde hace siglo y medio de los problemas más apremiantes que nos presenta el mundo de hoy, constituye un extraordinario acervo de reflexión multiseccular, que más allá de su arraigo teológico —que podrá resultarle sospechoso a algunos en razón de cierto dogmatismo anticatólico— arroja esplendentes luces, muchas de ellas visionarias en su tiempo, en materias tan actuales como humanismo, dignidad de la persona, diálogo científico, libertad, destino universal de los bienes, propiedad privada, derecho natural, principios de subsidiariedad, participación, solidaridad, familia, libertad religiosa, trabajo y derechos de los trabajadores, economía, globalización, sistema financiero internacional y un muy largo etcétera. La consulta a documentos tan trascendentales como las encíclicas *Rerum Novarum*, *Quadragesimo anno*, *Non abbiamo bisogno*, *Mit brennender Sorge*, *Divini Redemptoris*, *Humani Generis*, *Mater et Magistra*, *Pacem in Terris*, *Dignitatis humanæ*, *Populorum Progressio*, *Laborem exercens*, *Sollicitudo rei socialis* y *Centesimus annus*, además de las Constituciones Conciliares *Gaudium et Spes* y *Dignitatis Humanæ*, puede ofrecer a los científicos sociales una fuente de inspiración de insospechada riqueza, misma que puede ser consultada en una extraordinaria versión sintética en el Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia de  
xxii

2004 de la cual existen versiones en prácticamente todas las lenguas.

Así las cosas y entrando en materia, mi criterio es, Señor, que la obra objeto de censura es perfectamente conforme con nuestra Fe, salvo, quizás, en la justificación autoreferencial de derecho positivo, que es contraria a la doctrina sobre la interdependencia y complementariedad del derecho positivo respecto del derecho natural y la pretensión del autor —cito literalmente— de «yuxtaponer» las teorías desarrolladas por los juristas barrocos españoles y el análisis económico del derecho.

Sobre dicho último punto, creo que la pretensión del autor en el sentido de cohonestar el análisis económico del derecho con la segunda escolástica, responde a una actitud <sincrética> y cae en la falacia del <eclecticismo>, que consiste —como es bien sabido— en el error epistemológico y metodológico de sobreponer —sin conciliar— principios, métodos y conclusiones provenientes de diversas corrientes, incluso cuando son incompatibles entre sí, prescindiendo en ello de una debida articulación.

Ahora bien, respecto de este punto, hay que reconocer, Señor, que el doctor Juan Javier del Granado nos ofrece en realidad una primera aproximación a un tema sugerente, atractivo y quizás incluso —así lo creo— fértil en posteriores desarrollos, por lo que recomendaría, que en todo caso, se

estimulara al autor —por los medios que se estimen idóneos— para que se comprometiera en un futuro —a ser posible inmediato, caso contrario próximo— a presentarnos un esquema epistemológico capaz de armonizar ambas teorías.

Finalmente, como un deber de justicia y en beneficio del autor y de su obra, me gustaría anticipar una posible crítica —esta sí, a mi parecer, improcedente— que podría hacerse a su libro. Podría tildársele —por algún espíritu vulgar— de críptico, rebuscado y hermético... Sin embargo, hay que reconocer, Señor, que se trata de un divertimento intelectual, que con erudición, elegancia expositiva e indudable sentido del humor —ciertamente refinado y sutilísimo—, promueve la reflexión y el discernimiento y hasta excita una cierta pedagogía, pues su estilo exigente y complejo, es capaz de acicatear la curiosidad de un lector comprometido.

Además, si bien es verdad que no hay que aplaudir lo nuevo por solo nuevo —*non nova, sed vera*— no es menos cierto que mucho se agradece, el que dentro de una literatura jurídica y económica estandarizada y plana —por decir lo menos—, se presente un libro original por su género, estilo, objeto y pretensiones.

Por añadidura, Señor y citando la vocación acérrima de ortodoxia de G. K. Chesterton, no hay que olvidar que «*Angels can fly because they can take themselves lightly*»...

Así las cosas y en mérito de todo lo expuesto, bajo las anteriores premisas y salvedades, principios y condiciones, considero que no existe impedimento para que la presente obra sea impresa —*nihil obstat quominus imprimatur*— siguiendo las leyes y pragmáticas de la República, pues no parece contener cosa alguna contraria a nuestra santa Fe Católica y buenas costumbres, sujetándome desde luego a la autoridad y Magisterio de la Iglesia y siendo estrictamente necesaria la licencia del Ordinario. Vale. *Dat. Mexico, I. Calend. Januarius, Anno Domini MCMX<sup>A</sup>*

—Juan Pablo Pampillo Baliño, Escuela Libre de Derecho



---

<sup>A</sup> La presente *Censura* constituye más bien un prólogo a la obra de mi admirado colega D. Juan Javier del Granado, escrita por ruego suyo según el estilo de las que fueron usuales en su tiempo. Aunque suscribo de buena fe todos los conceptos en ella vertida, no constituye propiamente una censura eclesiástica, sino tan sólo un respetuoso divertimento intelectual.



## El Rey.

Por cuanto por parte de vos nos fue hecha relación que el doctor Juan Javier del Granado, cathedrático de Prima de leyes de la Real y Pontificia Universidad de México, diciendo que había de compuesto un libro intitulado *Œconomia iuris: Un libro de derecho del siglo XVI, refundido para el siglo XXI*, en el cual había pasado mucho trabajo, y nos pedisteis y suplicasteis vos mandásemos dar licencia y facultad para que lo pudiese hacer imprimir y vender con privilegio, lo cual se ha visto por los de nuestro consejo y acordado por no ver en ella cosa por donde no deba ser impresa, antes el autor con mucha diligencia lo ha adornado con justicia en tradición barroca y otras cosas como el examen de la theoría económica del derecho y de la misma de juegos y otras cosas de su buen ingenio, por lo cual damos licencia para que pueda hacer imprimir y vender el dicho libro en estos nuestros reynos y señoríos (siempre que no se independicen en el siglo XIX) so pena que cualquier persona o personas que sin tener para ello vuestro poder lo imprimiesen o vendiesen o hiciesen imprimir o vender pierdan toda la impresión y los moldes y aparejos de ella más incurran en pena de cien mil maravedís y mandamos a otras cualesquier justicias de estos nuestros reynos y señoríos que

guarden y cumplan y ejecuten esta real cedula y la hagan guardar y cumplir y ejecutar como ella contiene.

Hecha en el Bosque a veinte y tres días del mes de octubre, de 1565 años.

Yo el Rey.

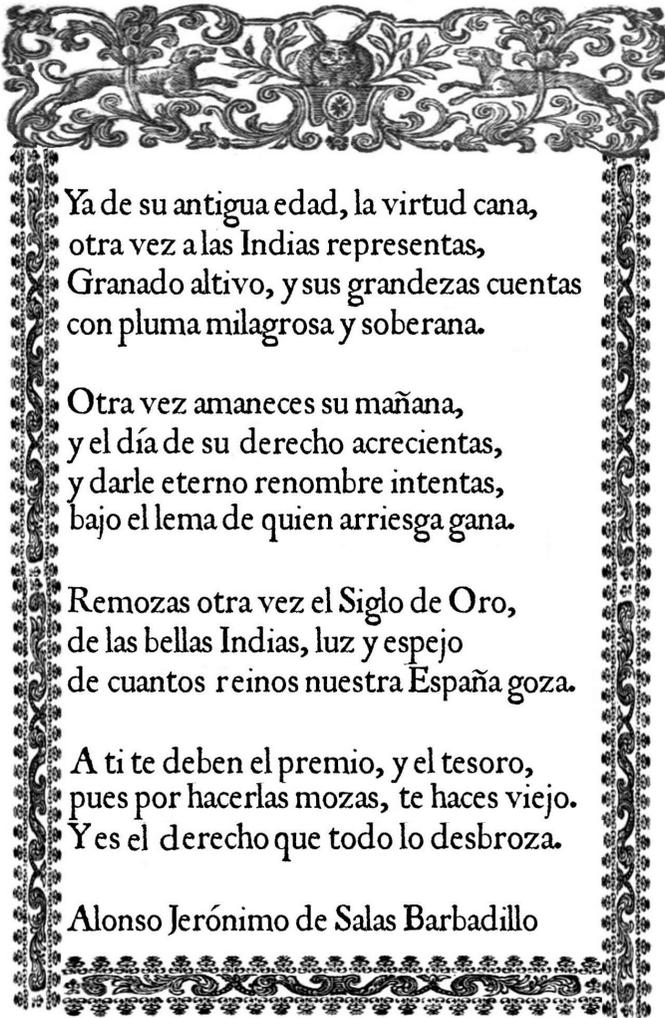
Por mandado de su Magestad.

—Pedro de Hoyos<sup>A</sup>



---

<sup>A</sup> Nombre ficticio o seudónimo de Mauricio López Noriega, Instituto Tecnológico Autónomo de México



Ya de su antigua edad, la virtud cana,  
otra vez a las Indias representas,  
Granado altivo, y sus grandezas cuentas  
con pluma milagrosa y soberana.

Otra vez amaneces su mañana,  
y el día de su derecho acreientas,  
y darle eterno renombre intentas,  
bajo el lema de quien arriesga gana.

Remozas otra vez el Siglo de Oro,  
de las bellas Indias, luz y espejo  
de cuantos reinos nuestra España goza.

A ti te deben el premio, y el tesoro,  
pues por hacerlas mozas, te haces viejo.  
Y es el derecho que todo lo desbroza.

Alonso Jerónimo de Salas Barbadillo

# *Œconomia Iuris*

*Un libro de derecho del siglo XVI,  
refundido para el siglo XXI*



*Juan Favier del Granado*

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

### *Prólogo*

Tal disco duro de pizarra, en un anticuario del barrio porteño de San Telmo, entre gramófonos viejos, muebles art-decó y retratos manoseados por la usanza, el Hado, que pesa sobre Iberoamérica,<sup>A</sup> parece ser de 178 revoluciones por minuto! Lo de ayer suena a disco rayado y obsoleto. Nuestra fragilidad, por los riesgos inherentes a la convivencia y organización social, no nos torna singulares o diferentes a otras regiones; ni los iberoamericanos por la inestabilidad vivida en el pasado, ni ningún otro pueblo, hemos nacido con la tragedia como destino. Debemos recordar que en una entrevista apócrifa, cuando hablaron juntos Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832) y Napoleón Ier. (1769-1821),<sup>B</sup> el tirano y dictador de Europa señala al vate que ya no se pueden escribir tragedias, por cuanto que al haber la política sustituido a la fatalidad, el

---

<sup>A</sup>Cabe señalar que los franceses acuñaron el término <latinoamericano> para justificar la invasión a México en los años 1860. Carlos Fuentes (1928-), por su parte, deja clara su preferencia por el término <América indo-afro-ibérica> en *Valiente Mundo Nuevo* pág. 288 (1990).

<sup>B</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte* pág. 215 (1837). *Der Briefroman — ganz im Geist des Sturm und Drangs —*. La novela epistolar *Die Leiden des jungen Werther* (1774) enfurecía al emperador por ser en exceso pesimista.

## *refundido para el siglo XXJ*

destino ya no existe; sea porque la política es el arte de lo posible, sea porque en ella late la cuestión del actuar y el desafío de determinar el destino colectivo. Nunca hubo un destino escrito por la mano de la historia, que nos debía llevar, inevitablemente, a un supuesto desarrollo ineluctable. Hoy es un día nuevo y tenemos retos inaplazables.

Ahora, hay quienes están convencidos que, en cada una de las manifestaciones de la vida colectiva, la política se convierte en la lucha de clases. Si entendemos verdaderamente la historia política como la historia de la <lucha de clases>,<sup>A</sup> atrevámonos a dilucidar el misterio: ¿qué revolución es de provecho para la sociedad? A fin de cuentas, la revolución social acabaría con aquel contubernio de claro carácter redistributivo que inhibe el crecimiento sostenido y elevado de la actividad económica. Debemos rechazar enfáticamente la absurda tesis del economista de la Universidad de Maryland, Mancur Olson (1932-1998), cuando alega que un episodio bélico o revolucionario conduce a aumentar el crecimiento económico.<sup>B</sup> En el colmo de las paradojas no aclara

---

<sup>A</sup> Carlos Marx (1818-1883), *Manifest der Kommunistischen Partei* (1848); *Die Klassenkämpfe in Frankreich 1848-1850* (1911); *Der 18. Brumaire der Louis Bonaparte* (1914). Lionel Charles Robbins (1898-1984), *The Economic Basis of Class Conflict* págs. 17-22, 26-28 (1939).

<sup>B</sup> *The Rise and Decline of Nations: Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities* pág. 165 (1982). Pondríamos el mismo

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

cómo conjugar el riesgo del desgarramiento social con el mantenimiento de la estabilidad económica. ¿Acaso fue provechosa la revolución que, hace más de dos milenios, desataron los hermanos Graco como tribunos de la plebe?

Esboцemos aquí esa ilógica, pues no hay duda de que ninguna revolución social por sí misma es provechosa, al ser toda aquélla un proceso anárquico.<sup>A</sup> Mientras la anarquía impera, la población se afana en destrozos y ruedan cabezas sin asomo de remordimiento, tal como diría Hegel con aptitud teutónica: como si se partiera la flor de un repollo, «*als das Durchhauen eines Kohlhauptes*».<sup>B</sup> Mientras una revolución social perdura, el pueblo se extravía; esa orgía de sangre sirve de

---

argumento, pero al revés: en una era de prosperidad aparece el movimiento insurgente que se encarga de la redistribución de riqueza. Así, el argumento de Olson se muerde la cola como el uróboros. Las revoluciones las encabezan «*small conspiratorial elites*», *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups* pág. 106 (1965), ó «*крепкой организацией революционеров*» según la expresión conocida de Vladimir Ilich Lenin (1870-1924), *Что Делать?* pág. 127 (1902).

<sup>A</sup> Él mismo concede, «*Obviously, anarchic violence cannot be rational for a society*», *Dictatorship, Democracy and Development, The American Political Science Review* lib. 31 pág. 567 (1993); «*Obviously, anarchic violence is always irrational for a society*», *Power and Prosperity* pág. 64 (2000).

<sup>B</sup> *Die Absolute Freyheit und der Schrecken, Phänomenologie des Geistes* lib. 4 cap. 3 (1807).

## *refundido para el siglo XXJ*

monumento magro del proyecto colectivo. Los valores del respeto a la ley y las mínimas formas de convivencia se pierden, al tiempo que en el ánimo colectivo campea la idea que incita a matar y a expoliar. El gobierno queda neutralizado y sobreviene un clima de total desorden y falta de respeto por la propiedad privada. Desde la perspectiva del deterioro de las relaciones sociales, se puede señalar que el interés por la paz y la estabilidad disminuirá tanto como se detenga la participación de la población en la actividad económica. Como consecuencia, una revolución social llega a adquirir tal grado de violencia que ni siquiera sus propios líderes son capaces de controlarla, de contener el horror de la contienda sin freno que cada día, con toda su carga de desolación y zozobra, crea otra desesperanza.<sup>A</sup> El saldo de la espiral de la violencia es, para nuestro infortunio, la muerte, el miedo, el agobio. Por muchos años no se disipará la sombra que se cierne sobre el horizonte de la repercusión profundamente negativa de la contienda social que se desata.

Pero, al lado de este saldo de destrucción y dolor, la idea de una revolución social denota un intenso,

---

<sup>A</sup> Louis Antoine Léon de Saint-Just (1767-1794), quien profetizara el reino de la felicidad, constata hasta qué punto el ejercicio del Terror insensibiliza al que lo ve —tal y como los licores fuertes insensibilizan el paladar— en esos meses pavorosos y desgarrantes de la Revolución Francesa, cuando la cuchilla afilada de la guillotina no cesa de cercenar cabezas.

## *Un libro de derecho del siglo XXV<sup>g</sup>,*

rotundo y pleno sabor a esperanza. El alma afirma su devoción hacia quien nos asombra; en Iberoamérica veneramos el símbolo de <El Che> (1928-1967), quien cual Josué —guerrero tremendo y feroz— parece abofetear la conciencia de Occidente como el ícono más visible de aquella etapa heroica de los años sesenta. Veamos su emblemática imagen: melena hasta el hombro, barba erizada, boina y en ella la estrella solitaria y la mirada puesta hacia el futuro.<sup>A</sup> En los países en vías de desarrollo existe una vasta literatura que informa a la población oprimida sobre cómo provocar la subversión.<sup>B</sup> Gran parte de estos grupos humanos son víctima de fuertes desigualdades en ingresos, educación, salud y acceso a una vivienda digna. Por lo tanto, anhelan una revolución como el cambio que mejorará la calidad de la vida; no obstante, si estos grupos deciden llevar a cabo la revolución, van a carecer de una literatura que precise cómo consumir racionalmente la realización del ideal que pretenden y, en consecuencia, arderán en una caldera de brujos,

---

<sup>A</sup> Esta foto clásica de <El Che> fue tomada por Alberto Korda (1928-2001) el 5 de marzo de 1960. Se trata nada más y nada menos de la foto más reproducida de la historia.

<sup>B</sup> Verbigracia, Guevara, *La Guerra de guerrillas* (1961); Régis Debray (1941-), *Révolution dans la révolution?* (1967). El <foco> —por imperio de la sola voluntad del guerrillero heroico— es un signo ejemplificador, pero apartado de la política real.

## *refundido para el siglo XXJ*

«*kettle of magicians*»,<sup>A</sup> según la reflexión del estupendo ensayista irlandés Edmund Burke (1729-1797), allá por las últimas estribaciones del siglo XVIII.

¿Cuál es el sentido que debería perseguir la revolución social del siglo XXI? *Analysieren wir also die Zweckrationalität, nach der eine soziale Revolution streben.* Podríamos establecer un criterio de costo-beneficio: ¿cuáles son los logros sociales que los líderes desean alcanzar y a qué sacrificios empujarán al pueblo? Al consultar la literatura subversiva, se trasluce en ella un espíritu mercenario que enuncia, según señala Guillermo Lora (1925-), «el apotegma del fusil por encima de la política». <sup>B</sup> En el siglo XXI, la sociedad es demasiado compleja para que, bien la guerrilla, bien las fuerzas armadas, intervengan en política o decidan el asunto público. Las instituciones que articulan la política de la sociedad han de ser varias y tienen que ceñirse a una restricción de costo-beneficio. Al concebir que la revolución social tenga propósitos de la redistribución de riqueza, cabe preguntarse qué género de revolución social realizaría la transferencia

---

<sup>A</sup> *Reflections on the Revolution in France* cap. VI (1790).

<sup>B</sup> *Revolución y foquismo* pág. 32 (1973). Si tomamos el ejemplo del propio Mao Tse-Tung, grande entre los revolucionarios del siglo XX, el caudillo puso en marcha pésimas políticas para China Popular, cfr. Gordon Tullock (1922-), *The Social Dilemma: The Economics of War and Revolution* págs. 20-21 (1974).

## *Un libro de derecho del siglo XIX,*

de la manera más eficiente. Ésta es una cuestión académica que, para la Bolivia de mediados del siglo XIX, formuló Narciso Campero (1815-1896): «La revolución es una necesidad para Bolivia y una necesidad que ha estado muy distante de ser satisfecha, puesto que Bolivia clama por ella y clama tan incesantemente. Esto admitido, hay que averiguar desde luego cuál es el género de revolución que convendría a Bolivia y cuáles los medios más adecuados para haber de realizarla».<sup>A</sup>

Aspirar a que todos tengan umbrales mínimos de calidad de vida parece razonable, pero no debe separarse enteramente de los esfuerzos que realiza la población por superarse y por hacer posible su cometido: la creación de riqueza. Lo trágico es que, con las políticas estatistas y asistencialistas<sup>B</sup> —más propias del siglo XX, las cuales todavía continúan en el siglo XXI— la redistribución de riqueza va a contramano —es decir, ¡al revés!— precisamente por el derroche y la concesión de proteccionismos; exoneraciones; controles de precios, de tasas de interés y tipo de cambio; ni qué decir de subsidios y prebendas, que, inconexos, se dilapidan y generan una alarmante actitud de dependencia y pasividad en la población. De esta forma, la sociedad encomienda al

---

<sup>A</sup> *Proyecto de Revolución* pág. 2 (1857).

<sup>B</sup> <Asistencialismo>, se decía, pero —cultivando la magia del lenguaje— ahora se llama <política social>.

## *refundido para el siglo XXJ*

estado el desarrollo de una política de redistribución, financiada en las distintas economías de Iberoamérica esencialmente a través del expolio de las riquezas naturales o la puesta en marcha de la máquina de imprimir billetes —con efectos sociales nefastos e irreparables— al enriquecer rápidamente el bolsillo de unos pocos y empobrecer la vida de los muchos.<sup>A</sup>

Nadie puede dudar que, en el siglo XX, se haya producido un avance cualitativo notable en la creación de riqueza. Con todos sus deslumbrantes adelantos tecnológicos, la era actual ha elevado el nivel de vida de la mayor parte de los ciudadanos del mundo, y la civilización a comienzos siglo XXI ofrece muchas razones para ser optimista. En el año 2001, la humanidad entró al siguiente año, década, siglo y milenio con una nueva concepción de revolución, que gira alrededor de un mundo interconectado y prácticamente ya sin fronteras físicas.<sup>B</sup>

Quizá ha llegado ya la hora de hacer balance. La pregunta fundamental que debemos responder es:

---

<sup>A</sup> A fines de la década de los ochenta, la preocupación por los episodios de hiperinflación forzó a los gobiernos de la región a abandonar la impresión de moneda como fuente de financiamiento del déficit fiscal.

<sup>B</sup> La pregunta decisiva a la hora de negociar la hermandad que tiene que unir a todos los pueblos iberoamericanos será: ¿cómo vamos a dar el salto de progreso que se necesita para avanzar en los desafíos reales que impone el futuro?

*Un libro de derecho del siglo XXV,*

¿Qué modelo de región queremos para el siglo XXI? El neopopulismo del siglo XXI regresa al pasado con el resurgimiento de las tentaciones mesiánicas porque no hay horizonte, porque los actores políticos no tienen capacidad para articular un discurso de futuro, porque los problemas sociales aparecen como insolubles. Cabe destacar que el futuro de esta región no sólo debe construirse desde la política, como fuerza articuladora de los consensos que se requieren. El derecho constituye la base irrenunciable sobre la que debe construirse cualquier futuro colectivo. Hay que repensar muchas cosas, construir otra sociedad. ¡Adiós, marxismo vulgar! Debemos alejarnos del pasado todavía latente para mirar hacia el futuro y, sin reparos, fijar la vista sobre las dos claves del ordenamiento jurídico: el estado de derecho y el orden de pandectas. Ha llegado el momento de aceptar que el ejercicio efectivo de la democracia representativa, sujeto a un control jurisdiccional efectivo, es un método para crear legitimidad a partir de la legalidad y, a la vez, que la obra mayor de esa legislación legítima es el ordenamiento jurídico privado que crea un espacio de derecho separado del estado.



refundido para el siglo XIX

## Controversia I

Desde nuestra perspectiva, el gobierno mayoritario *nach Recht und Gesetz* es un medio que permite racionalizar las intenciones revolucionarias albergadas en los individuos, no de frustrar las mismas.<sup>A</sup> Dicho de otra forma, donde la majestad reside en la mayoría y no así en la ley, «εἶναι τὸ πλῆθος καὶ μὴ τὸν νόμον»,<sup>B</sup> cualquier proyecto revolucionario resulta demasiado anárquico para ser eficientemente llevado a la práctica. En espera del advenimiento del hombre nuevo del comunismo y el inminente derrumbe del estado, Marx perdió de vista el carácter instrumental del derecho.<sup>C</sup> Nuestro propósito es sugerir que el imperio de la ley, lejos de obstaculizar acciones revolucionarias dirigidas a

---

<sup>A</sup> *Une interprétation au contraire de Charles Austin Beard (1874-1948), An Economic Interpretation of the Constitution* pág. 154 (1913). Marx, *Das Kapital* lib. 3 (1895).

<sup>B</sup> El Estagirita (384-322 A. de J.C.), *Πολιτικῶν* tit. 4 cap. 4 (335 A. de J.C.)

<sup>C</sup> De esta misma forma, Evgeny Pashukanis (1891-1938) pronosticó que, con un mayor desarrollo del socialismo, el derecho y el estado irían desapareciendo paulatinamente, *Общая Теория Права и Марксизм* (1926). Timothy O'Hagan (1941-), *Marxism and the Rechtsstaat, The End of Law?* págs. 65-69 (1984). Hans Kelsen (1881-1973), *The communist theory of law* (1955).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

romper con el Antiguo Régimen, implanta una restricción de costo-beneficio a la violencia de la turba, porque la democracia representativa y los derechos y libertades fundamentales ejercen una función racional de equilibrio, a la vez que el orden de pandectas verdaderamente dinamiza el sector privado, en tanto en cuanto hace posible que, en una economía, quienes tienen información decidan, y que quienes tengan incentivos actúen.

Por eso, el establecimiento de un sistema de gobierno en el cual ningún hombre esté por encima de la ley es un principio fundamental. Jean Jacques Rousseau (1712-1778) opina que tal es «*le grand problème en politique, que je compare à celui de la quadrature du cercle en géométrie*». <sup>A</sup> A lo largo de los siglos, los pensadores han abordado el tema del imperio de la ley sobre los hombres, <sup>B</sup> y han intentado perfilar sus contornos. El Doctor Angélico (1225-1274) clasifica a los gobiernos en aquéllos que se someten al imperio de la ley y aquéllos no sometidos al mismo, y no en función de quiénes son los gobernantes; <sup>C</sup> la clasificación según sus

---

<sup>A</sup> Carta remitida el 26 de julio de 1767 al marqués de Mirabeau (1715-1789).

<sup>B</sup> Friedrich August von Hayek (1899-1992), *The Constitution of Liberty* cap. XI-XIII (1960).

<sup>C</sup> *In Libros Politicorum Aristotelis Expositio* lib. 1 tit. 1 cap. 13 (1250). La luz de su pensamiento al respecto se guía por Juan de Salisbury (1115-1180), *Policraticus* (1159). Cfr. James Blythe

## *refundido para el siglo XXJ*

gobernantes es estéril: nos regresa hasta las estado-ciudades *τοῦ Ἑλληνικοῦ πολιτισμοῦ* cuyo paradigma se verifica en la incubación del género humano, cuando los gobiernos estaban dominados por el interés absorbente de una clase exclusiva y excluyente; su clasificación por el imperio de la ley es fecunda: proclama el principio que conduce al porvenir en su seno. Fuerza era que la sociedad ofreciera un fenómeno nuevo en el mundo, si la historia no había de quedar estacionaria e inmóvil. En el gobierno mixto *rei Romanæ publicæ*, como refiere Polibio (205-125 A.de J.C.),<sup>A</sup> varias clases coexistían para hermanarse por medio de las formas variadas y flexibles de las instituciones representativas. Esta alocución dista un abismo de aquella visión conflictiva de la <lucha de clases> ofrecida por el marxismo vulgar.<sup>B</sup>

---

(1948-), The Mixed Constitution and the Distinction between Regal and Political Power in the Work of Thomas Aquinas, *The Journal of the History of Ideas* lib. 47 pág. 547 (1986).

<sup>A</sup> *Ἱστορίαι* lib. 7 (130 A. de J.C.)

<sup>B</sup> Si la vida social consiste en la institucionalización del conflicto permanente, cfr. la tesis de revolución permanente que planteaba el dirigente revolucionario ruso León Trotsky (1879-1940), en *Дерманентная революция* (1930), la sociedad necesita un partido vanguardista obrero como el medio más adecuado para regular las condiciones del conflicto. En contraste, la posible institucionalización de la cooperación

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

El imperio de la ley, por tanto, nos lleva a una pregunta problemática: ¿quién o quiénes gobiernan?<sup>A</sup> Al respecto, el estado de derecho no parece ser, misteriosamente, el gobierno de algún grupo o persona en particular.<sup>B</sup> Este problema se vislumbra tan incierto y lleno de facetas que encontrar una solución adecuada resulta una tarea compleja y difícil. En los siglos siguientes a la República, el emperador no estaba obligado a adherirse a la norma jurídica, «*Princeps legibus solutus est*».<sup>C</sup> Sin embargo, el mismo derecho romano reconocía que la autoridad imperial, aun en el Dominado, estaba revestida del poder y la autoridad de la ley para ser funcional y para ser respetada y acatada por propios y extraños.<sup>D</sup> Los legistas del medioevo intentaron zanjar esta contradicción tan primaria. A este respecto hay que destacar que, en un

---

por medio del orden de pandectas tiende a engendrar gobiernos de tipo limitado, que procuran meramente restringir a aquellos individuos que causen daños a <el otro>.

<sup>A</sup> Con una especie de escepticismo moderado, algunos autores no admiten el concepto de un imperio de la ley, aparte del gobierno de algunos hombres investidos de la autoridad.

<sup>B</sup> Paul Kahn (1952-), *The Reign of Law* pág. 28, 94 (1997).

<sup>C</sup> *ff. De legibus senatusque consultis et longa consuetudine l. XXXI.*

<sup>D</sup> «*Adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas*», *C. De legibus et constitutionibus principum et edictis l. IV.*

refundido para el siglo *XXI*

espíritu de realismo, Azón (1198-1230) replicó: «*Nam si diceret, ego sum legibus obligatus, mentiretur*». <sup>A</sup>

El derecho natural pretendió encontrar la respuesta en el gobierno de Dios: *ἡ βασιλεία τοῦ θεοῦ*. Graciano (1080-1150) configuró el *ius naturale* como el eslabón crucial entre los derechos divino y humano. <sup>B</sup> Esa idea mosaica, *טלבוּת שׁמיים*, <sup>C</sup> que precisa que la *לֵוִי* procede de Dios, tiene su inexorable origen en la teocracia de los egipcios <sup>C</sup> —a cuyo conjuro se desmoronó la república romana <sup>D</sup>—. En efecto, cabe resaltar que el fondo sobre el que se mueve dialécticamente nuestro mundo ético proviene de la revelación de un Dios personal y providente que es creador y supremo legislador del mundo. <sup>E</sup> En consideración de que el imperio de la ley es el gobierno divino, los canonistas especulaban si el Sumo Pontífice

---

<sup>A</sup> *Lectura Azzonis* (1581).

<sup>B</sup> *Concordia discordantium canonum Distinctio lib. 9 cap. 1* (1140).

<sup>C</sup> Kelsen, Gott und Staat, *Logos lib. 9 pág. 261* (1923).

<sup>D</sup> Donde al emperador se le considera una deidad terrenal, el gobierno de los hombres se torna en una propuesta de incierta materialización. Cfr. Alfonso Reyes (1889-1956), *Religión griega pág. 115* (1955).

<sup>E</sup> Como ya lo señalaron los egipcios, ante todo es juez supremo; su función descollante es la administración de la *ל*. Cfr. Hellmut Brunner, *Grundzüge der altägyptischen Religion* (1983).

## *Un libro de derecho del siglo XV<sup>o</sup>*

no sería partícipe de la autoridad divina y podría abrogar al derecho natural o dispensar del mismo a los hombres. El Ostiense (1201-1271) llegó incluso al excesivo extremo, hiperbólico, de proponer que el Santo Padre sería capaz de transformar el cuadrado en círculo! «*potest mutare quadrata rotundis*». <sup>A</sup> Por lo general, los canonistas conjeturaban que el Sumo Pontífice no ejercitaba la autoridad divina sobre el derecho natural.

Este eslabón se rompió cuando, en el siglo XVI, el humanista Juan Luis Vives (1492-1540) expresó con rotundidad que no hay derecho natural que no lo sea a la vez de gentes y colocó al derecho en el umbral de la esfera de lo humano: «*quamquam mihi nullum uidetur esse ius naturale, quod non sit idem etiam gentium, ius enim omne atque æquitas inter solos homines est*». <sup>B</sup> Durante el siglo XVI y comienzos del XVII, tanto en la península ibérica como en los lugares más apartados y dispersos de América, un numeroso grupo de juristas, teólogos y humanistas, seguidores de Vives, sintetizó varias de las corrientes del humanismo y de la escolástica —en un mosaico impresionante de nuevas combinaciones— y sentó las bases de la llamada «segunda escolástica». Los mismos fueron seguidores del pensamiento de Vives, con su

---

<sup>A</sup> *Summa auræ* (1477).

<sup>B</sup> *In Leges Ciceronis præl.* (1519).

### *refundido para el siglo XXJ*

talante progresista,<sup>A</sup> cuando no devotos de su polifacética figura de pensador, casi profeta «*Ut de me uno loquar, nolim quemquam se mihi addicere; nec auctor umquam sectæ, nec suasor ero, etiamsi in mea uerba iurandum sit; si quid uobis, o amici, recte uidebor admonere, tuemini illud quia uerum, non quia meum*».<sup>B</sup>

En corrección de términos, cabe referirse más acertadamente a esta última como la «segunda escolástica y sus desarrollos barrocos», o más llanamente como la «escolástica barroca», pues nada tenía de tardía. En la asombrosa variedad del barroco, embona deslumbradoramente un desarrollo doctrinal avanzado para su época; por ello se habla con propiedad del Siglo de Oro hispano-luso, catalano-aragonés y americano. Los escolásticos barrocos no eran teóricos del derecho natural tanto como del derecho de gentes primario o del derecho natural secundario que era igualmente derecho humano, «*alia autem est natura hominis quæ est propria sibi in quantum*

---

<sup>A</sup> Cabe destacar que José Luis Abellán (1938-) asegura que son propios de la península ibérica los rasgos que caracterizan a la escuela bautizada con el nombre de «*erasmismo*», *El erasmismo español, Una historia de la otra España* pág. 141 (1975). De ahí que la figura de Vives no pueda ser descartada a la ligera como Marcel Bataillon (1895-1977) pretende en *Erasme et l'Espagne* (1937).

<sup>B</sup> *De Disciplinis lib. XX præf.* (1531).

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

*est homo*».<sup>A</sup> Tampoco eran exactamente fieles seguidores del Doctor Angélico ni del Venerable Bachiller (1300-1349). Los escolásticos barrocos encarnaron un modo de pensar de larga tradición intelectual con matices sumamente particulares, derivados de esa mezcla de cultura que tenía la península ibérica; el extremo del continente europeo fue y es el mirador al mar de diversas culturas: en África, en Levante y más allá, en el enorme triángulo de Asia, la India. Es hora de que recuperemos la tradición propia de la América hispano-lusa; caminemos hacia un reencuentro con su mejor tradición y pensamiento jurídicos; hagámoslo uniéndola al moderno análisis económico del derecho. Tomemos en cuenta, en lo que toca a la disciplina del derecho, que somos los herederos de una tradición de gran sustento ideológico e imaginativo.

Sin embargo, si el derecho es resultado de la creación y reflexión humana, y como tal refleja, comenta y resume a toda la sociedad —y no surge por la creación divina— ¿a quién se sometería el imperio impersonal de la ley? Durante la Ilustración, otra respuesta que se pretendió plantear es el gobierno de la Razón. La idea de una Razón exógena, que existe fuera de la mente humana como un orden objetivo y, en última instancia, divino —acorde con los teístas más apasionados de la época— inherente a la naturaleza externa, se replanteó

---

<sup>A</sup> *Sententia libri ethicorum lib. 5 cap. 12 (1264).*

## *refundido para el siglo XXJ*

con la nueva causalidad mecánica originada en la revolución científica que tiene lugar a partir del siglo XVII. De este modo, Hugo Grocio (1583-1645) reintroduce a la naturaleza como eslabón crucial, esta vez entre la Razón y el hombre.<sup>A</sup> Grocio tuvo una visión fragmentada y distorsionada de los conceptos de la escolástica barroca. Su intención no era la de ser un racionalista cartesiano; editó su obra unos años antes de la publicación de la obra principal de René Descartes (1596-1650).<sup>B</sup> Fue la Ilustración, más bien, con un concepto de dominio de la naturaleza por medio de la Razón, la que creyó ver el nuevo racionalismo en su sistema de derecho natural. El iusnaturalismo racionalista descartó a la ligera el derecho de gentes, que en principio no significó otra cosa sino la concepción del derecho natural de los pueblos, o el derecho natural aplicado al conjunto de estados o naciones, «*applicata totis ciuitatibus, nationibus, siue gentibus*», según la conocida sentencia de Tomás Hobbes (1588-1679).<sup>C</sup> *Avec son esprit cartésien, sinon méthodique*, Emmerich von Vattel (1714-1767) estime que cet Auteur est le premier qui ait donnée «*une idée distincte*» du droit des gens.<sup>D</sup> Así, aduciremos que el

---

<sup>A</sup> *De iure belli ac pacis libri tres, in quibus ius naturæ et gentium item iuris publici præcipua explicantur* (1625).

<sup>B</sup> *Discours de la Méthode* (1637).

<sup>C</sup> *De Cive* cap. 14 (1642).

<sup>D</sup> *Le Droit des Gens* pref. (1758).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII*

iusnaturalismo racionalista fue una reversión al pensamiento de una época anterior, que presenta menor nivel de sofisticación.

En el derecho público, desafortunadamente, esta respuesta todavía se propone. Immanuel Kant (1724-1804) eliminó a la naturaleza —que puede ser percibida o entendida como la realidad del mundo externo— en cuanto eslabón entre la racionalidad y la estructura mental del sujeto, pero mantuvo la Razón exógena de la Ilustración. En la segunda mitad del siglo XX, tal como lo expone Carlos Nino (1943-1993) con una expresión incisiva,<sup>A</sup> los «neokantianos» Jürgen Habermas (1929-)<sup>B</sup> y John Rawls (1921-2002)<sup>C</sup> aún

---

<sup>A</sup> Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas, *Doxa lib.* 5 pág. 87 (1988).

<sup>B</sup> *Theorie des kommunikativen Handelns* (1981); *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992). Robert Alexy (1944-), *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* (1978); *Theorie der Grundrechte* (1985); *Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie lib.* 44 pág. 30 (1991); *Recht, Vernunft, Diskurs* (1995).

<sup>C</sup> *A Theory of Justice* (1971); The Idea of an Overlapping Consensus, *Oxford Journal for Legal Studies lib.* 7 pág. 1 (1987); *Political Liberalism* (1985); The Domain of the Political and Overlapping Consensus, *New York University Law Review lib.* 64 pág. 233 (1989); The Idea of Public Reason Revisited, *The University of Chicago Law Review lib.* 64 pág. 765, 807 (1997).

## *refundido para el siglo XXJ*

continúan manteniendo aquel paradigma de la Razón y la lógica inhumana. El jurista o, sencillamente, filósofo del derecho de la Universidad de Chicago, Cass Sunstein (1954-) —viéndose obligado a batirse en retirada— no ha tenido mayor éxito. «*That theory probably cannot itself be accepted without reference to general theoretical considerations, and its acceptance or rejection should not be incompletely theorised*», concluye.<sup>A</sup> Hasta los procesalistas más acérrimos del siglo XX interpretan la función jurisdiccional a la luz de la Razón —escrita así, con mayúscula—. En los Estados Unidos de América, Albert Martin Sacks (1920-1991) señala que el pronunciamiento de un tribunal concierne únicamente a aquellos conflictos que son susceptibles de ser resueltos racionalmente; en Alemania, Josef Esser (1910-1999) apela a un conjunto de inmutables principios racionales al interior de toda elaboración jurisprudencial.<sup>B</sup> El pensamiento jurídico del siglo XX, desgraciadamente, no ha mostrado el mismo vigor que el barroquismo de los siglos XVI y XVII para liberarse de esta filosofía dañina, regresiva,

---

<sup>A</sup> *Incompletely Theorised Agreements*, *Harvard Law Review* lib. 108 págs. 1733, 1772 (1995); *Legal Reasoning and Political Conflict* (1996); *On Analogical Reasoning*, *Harvard Law Review* lib. 106 págs. 741 (1993); *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (1999).

<sup>B</sup> *The legal process: basic problems in the making and application of law* (1958); *Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung* (1956).

*Un libro de derecho del siglo XVIII,*

empobrecedora y alienante. No cabe duda de que la filosofía racionalista merece los más duros epítetos que ensombrecen su nombre, por las atrocidades sin cuenta que contempló el siglo XX. En Iberoamérica, la situación es todavía peor: los juristas parecen impulsados por una fascinación incontenible e irremediable por la filosofía del derecho, hasta los que estilan darle un giro pragmático. Atados al mástil como Ulises Schmill (1937-),<sup>A</sup> se dejan tentar por las sirenas de las vanidades filosóficas y parecen imposibilitados de sustraerse de su mayor vicio: la jurisprudencia teórica en lugar de la jurisprudencia que atiende a los intereses del hombre de carne y hueso.

Ya en el siglo XVIII, el escritor irlandés Jonatán Swift (1667-1745) lo advierte:

*«All philosophers who find  
Some favourite system to their mind  
In every way to make it fit  
Will force all Nature to submit.»<sup>B</sup>*

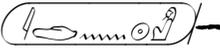
En la admirable búsqueda del saber, Platón (427-370 A.de J.C.) ha llegado a representar durante siglos la más sugerente expresión, en clave pitagórica, de la fascinación por la sistematización teórica. Sin embargo, el origen es más remoto: tal respuesta es una

---

<sup>A</sup> *Reconstrucción Pragmática de la Teoría del Derecho* (1997).

<sup>B</sup> *Cadenus and Vanessa* (1713).

## refundido para el siglo XIX

variante de la vieja noción homérica del Cosmos ordenado que parece prefigurar la jerarquía de la justicia. Si tenemos presente lo que nos dice Heráclito (536-470 A. de J.C.), ὁ κόσμος eterno preexiste al conjunto de las deidades del Olimpo, «κόσμον τὸν αὐτὸν ἀπάντων οὔτε τις θεῶν οὔτε ἀνθρώπων ἐποίησεν, ἀλλ' ἦν αἰεὶ καὶ ἔστιν καὶ ἔσται πῦρ αἰεζών».<sup>A</sup> En cosmología, esta noción quedó superada por la concepción monoteísta del Dios omnipotente de los hebreos —o de los egipcios—<sup>B</sup>, la idea de que  $\text{יהוה} \text{נברא}$  —ó — preexiste a la creación del universo, pues la creación en

---

<sup>A</sup> Clemens Alexandrinus (150-220), *Στρωματεῖς lib. 5. cap. 14 (190)*. Τό πῦρ αἰεζών es, acaso, el símbolo que mantuvieron las vírgenes vestales —una de aquellas, Rea Silvia, es la antecesora de María en la concepción milagrosa— para que siga ardiendo públicamente. Se trataba de algo más deífico y eterno que el dios más poderoso del Panteón: donde dejara de refulgir la Llama Eterna, se presagiaba para el mundo romano un cataclismo inimaginable, equivalente a un pestilente caos o un episodio bélico.

<sup>B</sup> Sigmund Freud (1856-1939) conjetura en *Der Mann Moses und die monotheistische Religion (1938)* que Moisés, figura inconfundible en la imaginación del pueblo mosaico, está basado en el personaje real del faraón Akenatón (1405-1365 A. de J.C.); cabe destacar que esta hipótesis no está demostrada y es totalmente rechazada por la historiografía actual.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

su totalidad no expresa sino la voluntad divina.<sup>A</sup> El humanismo renacentista —esa pedagogía que sitúa al hombre en el centro del universo— pondría esta idea de una voluntad creativa definitivamente en su justa dimensión, esto es, en la esfera de la conciencia del individuo, receptor de la gracia divina. Así, el hombre se convierte no sólo en la criatura por excelencia, sino también en un eslabón vital entre Dios y su creación.<sup>B</sup> Los ideales del humanismo reflejan la creencia de que el hombre participa, de manera especial, en la obra creadora de Dios.<sup>C</sup>

---

<sup>A</sup> La prioridad óptica de Dios otorga cabal sentido a toda la efímera contingencia del universo.

<sup>B</sup> Vaya por delante que la doctrina constitucionalista del país del norte tiene que ver con la teología esperanzada de la gracia salvífica de Dios, no con la postura humanista de la voluntad creadora del hombre, quien en cuanto es Su criatura, encara el dilema de elegir cómo gobernarse a sí mismo. El llamado *<civic republicanism>* surge de la exclusividad de la gracia divina. Así constatamos, en Thomas Jefferson (1743-1826) en *Notes on Virginia* (1787), la observación del pueblo elegido angloamericano como el receptáculo y difusor de la virtud cívica.

<sup>C</sup> *בְּרֵאשִׁית רַבָּה סג:ז*<sup>ϕ</sup> No hay nada más distante *της ἀπάθειας* inherente a la idea estoica del derecho natural. Negar el libre albedrío y dejarlo todo en manos de Dios convierte al hombre en un ser absolutamente irresponsable de su salvación o condenación. Véase la celebre disputa entre el fraile agustino apóstata, Martín Lutero (1483-1546), *De seruo*

## *refundido para el siglo XXJ*

En el ámbito de la teología, la mecánica celeste poscientífica nos regresó a la concepción de un tiempo anterior, de un Cosmos indiferente y de una deidad lejana, sobre la cual Isaac Newton (1642-1727) comentó, con una sugerente resonancia de Platón<sup>A</sup> cuya clave es claramente pitagórica,<sup>B</sup> que Dios debía ser matemático —ipues usó un modelo basado en la geometría euclidiana!<sup>C</sup>—. Será de Alexander Pope

---

*arbitrio* (1525), y el príncipe de los humanistas, Erasmo de Rotterdam (1466-1536), *De libero arbitrio diatribe* (1524). En contraste con lo apuntado por Harold Berman (1918-) en su libro *Law and Revolution* (1983), con la Reforma protestante el hombre se sojuzga al dictado externo de las premisas *sola fide, sola gratia et sola Scriptura*. Cfr. Huldreich Zwingli (1484-1531), *Die Klarheit und Gewisheit des Wortes Gottes* (1522).

<sup>A</sup> Τιμαίος γ' (350-365 A. de J.C.)

<sup>B</sup> *L'idea pitagorica di rappresentare numeri con punti disposti secondo figure geometriche porta alla scoperta di numerose proprietà dei numeri, dei quadrati, dei cubi e delle loro somme*. Debemos percatarnos que el misticismo pitagórico constituyó primitivamente un desenfreno religioso con las formas geométricas y las relaciones numéricas, y que las matemáticas son en realidad el producto de una larga odisea evolutiva de peroraciones teológicas.

<sup>C</sup> Hacemos referencia, siquiera de paso, a que Karl Friedrich Gauss (1777-1855) formuló los postulados de una nueva geometría no-euclidiana tan sólo treinta años después de que Kant sostuvo la <Verdad absoluta> del espacio euclidiano como máxima indiscutible y *a priori* de la sensibilidad que nosotros imponemos a cuanto conocemos; la geometría

*Un libro de derecho del siglo XVII,*

(1688-1744) la genialidad de escribir, con una sencillez burlona y en unos versos un poco ramplones, el epitafio del físico y matemático inglés:

«*Nature and Nature's laws lay hid in night—  
God said, Let Newton be! and all was light.*<sup>A</sup>»

Vana ilusión. Ya en el siglo XVIII, David Hume (1711-1776) contribuyó a tocar la marcha fúnebre de esta ilusión racionalista, al repetir una nota del siglo XII de Algazel (1059-1111), quien de una manera brillante y demoledora nos revela la incongruencia en la estructura de las argumentaciones construidas por los filósofos para erigir al concepto de una relación causal necesaria.

«الاقتران بين ما يعتقد في العادة سببا وما يعتقد مسببا ليس ضروريًا عندنا. وإن اقترانها لا سبق من تقدير الله سبحانه يخلقها على النساق، لا لكونه ضروريًا في نفسه، غير قابل للفرق».<sup>B</sup>

---

eudidiana había reinado como la verdad definitiva sobre el espacio durante veintidós siglos.

<sup>A</sup> *Epitaph Intended for Sir Isaac Newton, In Westminster-Abbey* (1730).

<sup>B</sup> [١١٠٠] ١٧ تهافت الفلاسفة <sup>⊘</sup> Los doctores de la escolástica barroca habían leído en Averröes (1126-1198), en el libro espléndido [١١٠٠] تهافت التهافت <sup>⊘</sup> que fue traducido al latín con el título de *Destructio destructionum* (1529), la refutación

## *refundido para el siglo XXJ*

Y a finales del siglo XIX se verificaría incluso que el cálculo instantáneo de Newton —el cual epitomó una relación determinista— estaba viciado de imprecisión, lo que marcaría el fin de esta aspiración teórica. El trabajo de Henri Poincaré (1854-1912) demostró este fallo cuando abordó el problema del movimiento de tres cuerpos celestes y sondeó los límites de la certeza matemática;<sup>A</sup> la desaparición de la misma<sup>B</sup> trastornó la línea divisoria de Platón<sup>C</sup> en mayor grado que el irracionalismo emparentado con Friedrich Wilhelm Nietzsche (1844-1900), quien tomó su cosmología

---

detallada, punto por punto, de las dudas que había presentado Algazel.

<sup>A</sup> Sur le problème des trois corps et les équations de la dynamique, *Acta Mathematica* lib. 13 pág. 1 (1889); *Les Méthodes nouvelles de la mécanique céleste* lib. 1 cap. 3 (1892).

<sup>B</sup> Cabe destacar que desde del siglo XIX predomina una situación de desamparo en el mundo de las matemáticas, en el cual la certeza viene desmoronándose. Morris Kline (1908-1992), *Mathematics: The loss of Certainty* (1980); *Mathematical Thought from Ancient to Modern Times* (1972). Y más a partir de los teoremas de la incompletitud de Kurt Friedrich Gödel (1906-1978) que refieren la indemostrabilidad del axioma básico del que se derivan los demás axiomas de las matemáticas. Cfr. Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme, *Monatshefte für Mathematik und Physik* lib. 38 págs. 173-98 (1931).

<sup>C</sup> *Πολιτεία* lib. 1 cap. 7 (370 B.C.)

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

del teorema del eterno retorno de Poincaré y proclamó la muerte del ideal de una futura redención en la historia.

Al mismo tiempo, otra respuesta que se pretendió establecer es *die Philosophenherrschaft der toten Hand*, el gobierno que estaría dado por la mano muerta de un rey-filósofo o gran legislador,<sup>A</sup> de un Solón (638-558 A. de J.C.) o Publicola (433-503),<sup>B</sup> que sustentaría la colectividad en un conjunto sistematizado de planteamientos prácticos y normativos, que hicieran posible el equilibrio de poderes del estado, de suerte que la ambición contrarrestara a la ambición y que la constitución política se convirtiera en ley del poder y ley de leyes. La mayor parte del constitucionalismo clásico sigue este paradigma. Por nuestra parte,

---

<sup>A</sup> La mano fuerte del único legislador levantaría diques y represas para contener el curso irreprimible del río de la fortuna, *Il Principe cap. 25 (1513)*.

<sup>B</sup> Cabe resaltar que los próceres norteamericanos optaron por utilizar el pseudónimo de Publicola en *The Federalist (1787-88)*, puesto que comprendieron el sesgo de la crítica que lanzó Plutarco (45-120) sobre la figura de Solón, en cuanto a que éste había inscrito sus reformas republicanas en unas tablillas de madera para después retirarse de la vida política, abandonando a Atenas a su suerte: «ὁ μὲν γὰρ ἅμια τῷ θεῶν τοὺς νόμους ἀπολιπὼν ἐν ξύλοις καὶ γράμμασιν ἐρήμους τοῦ βοηθοῦντος ἄχετ' ἀπιὼν ἐκ τῶν Ἀθηναίων». Σόλωνος καὶ Πουβλικόλα συγκρισις (105-115).

## *refundido para el siglo XXJ*

argumentaremos que gobierno constitucional formal no es igual a estado de derecho; más bien abogaremos porque el eje del orden legítimo en lo jurídico regrese al derecho privado, mediante un proceso de desconstitucionalización que deberá ocupar a los juristas de Iberoamérica en el siglo XXI. En los siglos XIX y XX, la vigorosa y accidentada historia constitucional de Iberoamérica ha demostrado no ser más que una etapa altamente convulsiva, cargada de personajes capaces de todo con tal de no perder los privilegios del poder. La norma constitucional, como señala el estadista boliviano Bautista Saavedra (1869-1939), no es más que un vano intento por poner freno a estas ambiciones.<sup>A</sup> Un iberoamericanista ha sugerido, incluso, que el derecho público iberoamericano es maquiavélico, del mismo modo que el derecho público angloamericano es lockiano.<sup>B</sup> A lo anterior ha agregado que esta cultura de organización social parece ser la herencia humanista del Reino de Aragón; sin embargo, el Diabólico Florentino (1469-1527), las más de las veces interpretado como el humanista

---

<sup>A</sup> *La Democracia en Nuestra Historia* (1921-). Como la ambición irrefrenable del mismo Saavedra, que derrocó al chuquisaqueño democráticamente electo José Gutiérrez Guerra (1869-1929).

<sup>B</sup> Richard McGee Morse (1922-), *Toward a Theory of Spanish American Government*, *Journal of the History of Ideas* lib. 15 pág. 71 (1954); *New World surroundings: culture and ideology in the Americas* pág. 112 (1989).

### *Un libro de derecho del siglo XVII,*

consumado,<sup>A</sup> es más bien un platonista empedernido;<sup>B</sup> e inoltre, la letteratura della Ragion di Stato che lui ha ispirato e il tacitismo sono smentite dagli Scolastici barocchi perché questi riflettono una visione troppo semplicistica.<sup>C</sup> Anzi, i dottori scolastici hanno tenuto presente che il pensiero machiavelliano era un toscano y descarado plagio al revés del pensamiento del historiador griego Polibio. Está clarísimo que el Diabólico Florentino tomó como

---

<sup>A</sup> Maurizio Viroli (1952-), *Machiavelli* (1998). Nada más lejos de un humanista, si por este término se entiende un fiel seguidor de Isócrates (436-338 A. de J.C.)

<sup>B</sup> Michael Oakeschott (1901-1990) ha descrito con especial claridad ese vicio del tratamiento racionalista de la política, siendo esta última siempre «so deeply veined with both the traditional, the circumstantial and the transitory». *Rationalism in Politics and other Essays* pág. 7 (1962). La reflexión política no puede ser contemplativa; su expresión debe ser persuasiva. Más allá de las grandes abstracciones, se impone la necesidad de comprender el azaroso mundo de la praxis e involucrarse con él.

<sup>C</sup> Diego de Covarrubias y Leyva (1512-1577), *Practicarum quaestionum liber unus* (1556); Pedro de Rivadeneyra (1526-1611), *Princeps christianus adversus Nicolaum Machiavellum, caeterosque huius temporis Politicos* (1603); Juan de Salazar (1575-1645), *Política española* (1619); Francisco de Quevedo (1580-1645), *Política de Dios y gobierno de Cristo* (1626); Diego Saavedra y Fajardo (1584-1648), *Idea de un príncipe político-cristiano representada en cien empresas* (1640); Claudio Clemente (1594-1642), *El maquiavelismo degollado* (1637); Baltasar Gracián (1601-1658), *El Político* (1646).

## *refundido para el siglo XXJ*

su punto de partida un sistema exactamente opuesto al polibiano, y cabe mencionar que Polibio sostuvo el principio por el cual todas las cosas de este mundo están fatalmente sujetas a la degeneración, aun el denominado <gobierno mixto> —uno de los temas recurrentes del pensamiento político occidental—<sup>A</sup>

En otro plano, la mano muerta del Diabólico Florentino es paisajista, es decir, revela algún sistema que encarna la dimensión mítica del estado de derecho.<sup>B</sup> Hegel piensa que la historia es susceptible de ser expuesta con exactitud por la contraposición axiológica —o ideológica— entre una civilización y otra diversa. En tal posición, Hegel presenta una sucesión de abstracciones desmesuradas que tornan farragosa la lectura, sin despertar escaso alivio sus espasmos de monismo imperante. Se barrunta el aburrimiento y, sin remisión, ello sucede hasta que una cierta luz se abre camino en el fatigado caletre: acaso se trate simplemente de una incoherente confusión entre el nexo de causalidad y de la racionalidad. De aquí su famosa frase: «*Was vernuenftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernuenftig*».<sup>C</sup> El casamiento positivamente poco romántico entre la lógica

---

<sup>A</sup> Norberto Bobbio (1909-2004), *La teoría delle forme di governo* (1976).

<sup>B</sup> Jaime Mendoza (1874-1939), *El Macizo Boliviano* (1937).

<sup>C</sup> *Phänomenologie des Geistes einl.* (1806).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

atemporal y la historia, propuesto por Hegel, aunque orgánico y autoreferencial, encuentra su base en una causalidad defectuosa; la misma no es lógica —*Obwohl es einen Gegenentwurf in der wirklichen Welt gibt, die vernuenftige Logik kann nicht auf dem Widerspruch aufbauen*— ni histórica —*Die Geschichte ist nicht als geschlossenes System zu konzipieren*<sup>A</sup>—. El marxismo, lo que identificamos en cuanto tal, es una extendida filosofía de la historia tomada de Hegel. En ella, las categorías idealistas —el espíritu los pueblos<sup>B</sup> y las formas de civilización— son sustituidas por categorías rudamente materialistas, las clases sociales y modos de producción que en éstas son dominantes. Por su parte, el historicismo de Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), sin el proceso de *die dialektische Aufhebung der Vergangenheit*,<sup>C</sup> atisba el surgimiento autónomo de las instituciones y une una colección de conocimientos en torno a las pandectas con la idea del espíritu del pueblo<sup>D</sup>

---

<sup>A</sup> La historia es una mezcla fatídica entre la contingencia y el azar. Cfr. Karl Raimund Popper (1902-1994), *The Open Society and Its Enemies* (1945); *The Poverty of Historicism* (1957).

<sup>B</sup> Siegfried Brie (1838-1931), *Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule* (1909).

<sup>C</sup> *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* lib. 1-6 (1815).

<sup>D</sup> Paolo Cappellini (1956-), *Systema iuris* lib. 2 (1985); von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814); *System des heutigen römischen Rechts* lib. 1 (1840). Aldo Schiavone (1944-), *Alle origini del diritto*

*refundido para el siglo XXJ*

*ou de l'esprit general d'une société, comme le disait el barón de Montesquieu (1689-1755)<sup>A</sup> que degenerará en «das Volk» schmittiano.<sup>B</sup> Aunque el historicismo de Savigny pone mucho énfasis en las fuentes del vastísimo *corpus iuris ciuiles*, es preciso matizar que, en buena parte, omite las del *ius commune* y del barroco.<sup>C</sup>*

---

*borgese: Hegel contro Savigny (1984). Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1820); Marx, Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule, Rheinischen Zeitung lib. 221 (1842).*

<sup>A</sup> *L'Esprit des lois (1748).*

<sup>B</sup> Como todos sabemos, la constitución política debe ser la expresión del pueblo, de las aspiraciones de los ciudadanos y de los factores reales de poder imperantes en la Patria, como lo resalta Carl Schmitt (1888-1985), para quien el criterio demarcador de lo político es la relación amigo-enemigo, lo que implica la creación de un <nosotros> conflictivamente contrapuesto a un <ellos> antagonista. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus (1923); Der Begriff des Politischen (1932); Staat, Bewegung, Volk; die Dreigliederung der politischen Einheit (1935); Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes: Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols (1938).* Michael Stolleis (1941-), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus, Beiträge zur Geschichte einer Disziplin* págs. 1-10 (1989).

<sup>C</sup> Cfr. Hans Erich Troje (1934-), *Humanistische Jurisprudenz, Studien zur europäischen Rechtswissenschaft unter dem Einfluß des Humanismus (1993).*

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

No hay duda que las grandes teorías metafísicas de la historia y del derecho excluyen de las mismas al hombre, quien culmina rindiendo culto a un sistema. Sólo a partir de la extraordinaria fuerza de la libertad como expresión de lo propiamente humano, el hombre logrará liberarse de la encrucijada en la que lo encerraron, al sacrificarle para supuestamente salvarlo de un mundo que se ha escapado de sus manos. A pesar del propósito del discurso de Hegel y von Savigny de crear conciencia de cómo el pasado podría usarse para transitar responsablemente hacia el futuro, cualquier principiante que ha leído a Heródoto (485-425 A. de J.C.) entiende al menos que la etimología de *ἱστορία* no tiene connotación alguna fuera de una investigación o relato.

Es más, reducir las normas a los conceptos, o los hechos a los valores, es la pretensión de esa cientifización exagerada y fría del derecho alemán. Y nada más peligroso para la inteligencia que el pandectismo racionalista a ultranza. Georg Friedrich Puchta (1798-1846) concibe al derecho como una pirámide que se distingue por escalones de abstracción creciente. Su sistema impone la lápida de los ejercicios lógicos por los cuales el jurista deduce los conceptos hacia arriba y hacia abajo, «*auf- und abwärts*»<sup>A</sup> con el infalible método propio del iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII. O el empeño en la elaboración científica —no sólo

---

<sup>A</sup> *Lehrbuch der Pandekten* (1838).

### *refundido para el siglo XXJ*

histórica, sino también sistemática— del derecho de Bernhard Windscheid (1817-1892), otro prisionero del intelecto y de la abstracción, quien pretende atenazar la <auténtica> voluntad del legislador, «*der <eigentliche> Wille des Gesetzgebers*», con la razón de los pueblos, «*die Vernunft der Völker*». <sup>A</sup> A tal extremo, que Franz Wieacker (1908-1994) comenta incluso que la jurisprudencia de conceptos del siglo XIX alcanza el máximo alejamiento posible, «*die endgültige Entfremdung*», de la realidad. <sup>B</sup> Ni será preferible la jurisprudencia de valores del siglo XX, que reacciona en contra de la transposición de los métodos de las ciencias físicas y naturales al estudio de la sociedad, pero sin abandonar la filosofía racionalista. Heinrich John Rickert (1863-1936) acuña al interior de la detallada y rica labor historiográfica un concepto vacío —el valor como una categoría apriorística de corte kantiano<sup>C</sup>— que sirve para que Helmut Coing (1912-2000) dé rienda suelta a su vocación de minador y se dedique, con fe de carbonero, a escarbar en las normas jurídicas, tratando de encontrar, —eso sí, siempre con métodos racionales, «*soweit wie möglich mit rationalen*

---

<sup>A</sup> *Lehrbuch des Pandektenrechts in drei Bänden* (1862).

<sup>B</sup> *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* pág. 401 (1967).

<sup>C</sup> *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung* (1896).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

*Methoden*»,<sup>A</sup> — los escamoteados valores que le dan contenido al derecho.

Por otro lado, a diferencia del iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII que respetó escrupulosamente el derecho romano como la «Razón jurídica», el proceso codificador del siglo XIX reemplazará a los textos romanos con unas nuevas institutas. La escuela exegética francesa afirmará, frente a la dispersión de las fuentes de derecho del Antiguo Régimen, el derecho nacional encerrado en el espacio tipográfico del «Código» como conjunto preciso y numerado de normas, del que la historia ha huido o ha sido expulsada por el legislador de desparpajado comportamiento. Al juez sólo le cabrá la aplicación de la «Ley» y no podrá dejar de juzgar bajo el pretexto de su silencio o su oscuridad. Los exégetas concebirán el acto de aplicación de la norma de forma mecánica, silogística, reflejando el principio de separación de poderes por el que los jueces quedan al margen de la creación del derecho.

Aunque en la Europa continental el sociólogo Niklas Luhmann (1927-1998) rechaza tajantemente la pluma del gran legislador, «*Das Recht stammt nicht aus der Feder des Gesetzgebers,*»<sup>B</sup> ofrece una obra, de gran

---

<sup>A</sup> *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1950).

<sup>B</sup> *Rechtssoziologie* pág. 208 (1980); *Law as a Social System, Northwestern University Law Review* lib. 83 pág. 136 (1989); *Operational Closure and Structural Coupling, The*  
36

## *refundido para el siglo XXJ*

severidad en la construcción teórica, que trata de fundamentar por qué es plausible hablar de una nueva lógica, que —en su palabrería hueca— procede mediante «un sistema autopoietico de comunicación sobre la base de un código binario» para entender el derecho en una sociedad mediatizada, donde son los procesos de comunicación —y no el hombre de carne y hueso— los que dotan de realidad, de racionalidad, a los conceptos. Luhmann afirma que la ley se crea a sí misma.

Creemos, sin embargo, que el derecho es una expresión de gran vitalidad; su causa activa y vivificante no tiene la capacidad de generarse por sí misma, ni es obra de mano muerta, decrepita o metafísica. Por el contrario, el derecho es obra del esfuerzo y tenacidad del hombre de carne y hueso<sup>A</sup> que libera sin descanso la batalla del futuro por consolidarse con sus anhelos, deseos y preferencias, o apetitos y tendencias apetitivas, «*Begehrungen und Begehrungsstendenzen*»<sup>B</sup>. Con objeto de lograr un mayor

---

Differentiation of the Legal System, *Cardozo Law Review* lib. 13 pág. 1419 (1992).

<sup>A</sup> Término empleado por el ínclito académico Miguel de Unamuno y Jugo (1864-1936). Cfr. *Del sentimiento trágico de la vida* (1913).

<sup>B</sup>Cfr. Philipp Heck (1858-1943), Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, *Archiv für civilistische Praxis* vol. 112 pág. 11 (1914).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

entendimiento del estado de derecho y del orden de pandectas, examinemos la voluntad de la mayoría que se prolonga en el tiempo y más allá, *die Willkür der Mehrheit durch die lange Zeit*;<sup>A</sup> en donde las generaciones de hombres que se deslizan y viven, al deslizarse y vivir, avizoran la estrella inmóvil del pasado y penetran con sus miradas en el abismo del porvenir; con un enfoque interdisciplinario que domina las herramientas estadísticas, econométricas, la teoría de juegos de trasfondo lúdico, como también las áreas de humanidades e historia, precisemos los conceptos *des Rechtsstaats und des Pandektenrecht* para lograr una aproximación mayor de lo que ha sido posible hasta hoy.<sup>B</sup>

Estudemos la evolución de las instituciones representativas para interpretar este gobierno. Para Marco Tulio Cicerón (106-43 A. de J.C.), la república romana fue el resultado de una prolongada evolución, «*nostra autem res publica non... una hominis vita, sed aliquot constituta sæculis et ætatibus*». <sup>C</sup> Esto permite comprender al estado actual no sólo como un cuerpo, sino como una agrupación de varias instituciones, las cuales, si bien tuvieron interacción a

---

<sup>A</sup> Ferdinand Tönnies (1855-1936), *Thomas Hobbes Leben und Lehre* (1896).

<sup>B</sup> En otras palabras, en el siglo XXI cabe ahondar en una jurisprudencia de intereses, renovada e interdisciplinaria.

<sup>C</sup> *De re publica lib. 2 cap. 2* (51 A. de J.C.)

### *refundido para el siglo XXJ*

través de la historia, han tenido una génesis y una evolución por separado. Cabe clasificar las instituciones representativas en dos géneros: <instituciones políticas sincrónicas> e <instituciones jurídicas diacrónicas>. El gobierno de la mayoría no se asienta en elevados principios sino en la necesidad apremiante, por lo cual descubrimos que las voluntades que conforman las señales jurídicas y políticas de una mayoría, entendidas a través del tiempo en su sentido más amplio, como también en el más estricto, están sometidas a una restricción de costo-beneficio.

Además de las instituciones del derecho romano clásico vigentes entre los siglos III antes de Cristo y III después de Cristo, cabe reconstruir la crónica maravillosa y admirable del derecho indiano en el siglo XVI. Veremos que una de las bases institucionales más firmes del estado de derecho y un elemento fundamental para cualquier régimen que se presuma democrático, es oriundo de las Américas.<sup>A</sup> Y es en ese mismo siglo cuando aparece la *oconomia iuris* que sistematiza el derecho. Cada generación reescribe su historia e interroga nuevamente al pasado sobre las preguntas que surgen en su presente. Necesitamos abordar un nuevo examen histórico profundo de las instituciones jurídicas del Nuevo Mundo. En este

---

<sup>A</sup> El <derecho indiano> es el ordenamiento que estuvo en vigor en la América castellana desde 1492 hasta la época de la codificación en la segunda mitad del siglo XIX.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

territorio, donde se produce por parte de expertos y estudiosos un fuerte apego a la historia más tradicional, se nos desvelan los siguientes lugares comunes: la recepción en los países iberoamericanos del derecho privado elaborado en Europa, en cuanto los códigos sustantivos y adjetivos de varios países europeos fueron injertados —aun con errores gruesos de traducción o transcripción— en suelo americano, y la influencia del derecho público confeccionado en los Estados Unidos de América, en cuanto nuestras instituciones republicanas incorporaron el control jurisdiccional de la constitucionalidad y, en algunos casos, el sistema federal del país del norte. Este enfoque tradicional sitúa en el centro de sus preocupaciones a los desarrollos jurídicos de los siglos XIX y XX. Sin embargo, una perspectiva renovada, que incluya la evolución jurídica que se experimenta a lo largo de los siglos XVI y XVII, revela que el orden de pandectas que facilitaría la simplificación, racionalización e incluso codificación, del derecho privado, y el control jurisdiccional de los actos de gobierno que causen un agravio concreto, del derecho público, son más bien creaciones peninsulares e iberoamericanas, las cuales se dan en tanto que los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos componen extensos tratados sobre diversos tópicos del derecho romano, así como diseñan instituciones jurídicas nuevas y genuinas, ajustadas a las diversas realidades del Nuevo Mundo.

## *refundido para el siglo XXJ*

Debemos tener una perspectiva más amplia sobre el análisis económico del derecho.<sup>A</sup> En aras de evitar en el horizonte del nuevo siglo otra tiranía en ciernes, probablemente más terrible —con un reactivado culto a la fuerza armada, que ayer marcó la frágil convivencia entre pueblos, culturas, religiones y civilizaciones—, intentemos romper con la visión tradicional de la economía como ciencia de corte racionalista. Es necesario regresar a los archivos y profundizar en el estudio de la teología, la lingüística, la filología, la literatura, las humanidades y la historia de la cultura, para que los investigadores podamos cambiar radicalmente las apreciaciones y abordar planteamientos innovadores, sobre los retos del presente y las tareas para el futuro.<sup>B</sup> Tras la resaca que produce el fracaso del pensamiento utilitarista —como cálculo vacío y estéril— la economía neoclásica y, hacia las postrimerías del siglo XX, el análisis económico del derecho, emergen del positivismo lógico sobre la base de una apreciación renovada de los límites de la facultad del raciocinio. Así, se adopta desde el enfoque de la ciencia económica una perspectiva escéptica, que

---

<sup>A</sup> En este libro se combinan de manera casi imposible el brillo de las matemáticas con el de las letras, y los atributos de los estudios especializados en un espacio cultural con las ventajas del enfoque generalizado de la <elección racional>.

<sup>B</sup> Cfr. el atinado artículo de Alessandra Arcuri (1973-), *Ecdecticism in Law and Economics*, *Erasmus Law Review lib. 1* pág. 59 (2008).

## *Un libro de derecho del siglo XXV,*

no escatima críticas a la demencia sanguinaria del totalitarismo.

Es hora de reaccionar a la supuesta realidad que desvela Diego Eduardo López Medina en su trabajo *Teoría impura del derecho* (2004). Según este autor, quien emplea la nomenclatura desgastada de la teoría de dependencia<sup>A</sup> —que ha quedado obsoleta en la economía del desarrollo—, los juristas en los países periféricos son consumidores de la producción iusteórica racionalista de los países centrales. Este autor afirma que la producción intelectual propia de Iberoamérica es de segunda fila, un conjunto de obras derivativas, cuya secundariedad se limita a «reinventar la rueda con cierta tardanza». Si hay valor en esta producción intelectual, intenta descubrirlo en el espacio entre los sitios de producción y de recepción de las teorías del derecho. ¡Qué insensatez! Evidencia una ignorancia descomunal de la propia historia jurídica.<sup>B</sup>

Por eso, nuestro ánimo es sacar de una vez por todas al barroquismo jurídico iberoamericano del sarcófago donde parece que la historiografía lo considera inhumado. La sombra alargada del saber de aquella época se extiende hasta nuestros días. Nuestra

---

<sup>A</sup> Raúl Prebisch (1901-1986), *Hacia una dinámica del desarrollo latinoamericano* (1967).

<sup>B</sup> Resulta poco caritativo echar sólo sobre las espaldas de este autor y su particular visión un error demasiado común entre los nuestros: caer en el olvido de la historia.

## *refundido para el siglo XXJ*

herencia humanista está aquí. Nuestro mundo de hoy está increíblemente lleno de retórica, una disciplina cuyo objeto era, ya entonces, más amplio que el de la gramática. Aquella enseñaba a hablar con eficacia, el raro don de dominar la palabra, de crear una presencia vívida por medio del lenguaje, de marcar con elocuencia un nuevo rumbo y cambiar la forma de pensar de la gente. Esta finalidad pragmática exigía que el orador poseyera una información amplia de la materia del discurso y que pudiera identificar los intereses del hombre de carne y hueso. Como herederos de una gran tradición de humanismo jurídico, los iberoamericanos debemos iniciar un camino de reencuentro con la literatura propia, y marchar por él con convicción. Es absolutamente necesario que redescubramos el valor determinante que tuvieron para la ciencia jurídica los libros viejos de autores peninsulares e iberoamericanos, y mediante la apropiación integrada, a la vez que crítica, de lo foráneo con lo propio, a contracorriente por un océano tempestuoso y oscuro de letras en revuelo, escribamos una oleada de libros nuevos.



## *Un libro de derecho del siglo XXV<sup>g</sup>,*

### *Controversia 2*

La orientación doctrinal del pasado se ha rezagado en contraste con el repunte de otros enfoques.<sup>A</sup> En espera de que surja una polémica de altura que nos permita tener una visión más clara y más precisa del estado de derecho, su naturaleza, significado y limitaciones, así como del orden de pandectas, intentamos desarrollar un enfoque particularmente distinto que marque el fin de una era: una época en que aún las fórmulas dogmáticas alambicaban el debate intelectual de Iberoamérica y llevaban la discusión a un punto muerto, incluso al fracaso cual callejón sin salida de diversos experimentos revolucionarios orientados por el carácter totalizante de una ideología bien intencionada como pretender la emancipación humana, pero letal para el hombre de carne y hueso. A pesar de las imponentes transformaciones observadas en los últimos tiempos, cuando las formas de organización económica se desenvuelven con mayor amplitud y los avances teóricos se suceden a una velocidad cada vez mayor, llama la atención que el proceso de debate intelectual en Iberoamérica todavía se presente indisolublemente anclado en viejos esquemas

---

<sup>A</sup> Cfr. Thomas Samuel Kuhn (1922-1996), *The Structure of Scientific Revolutions* (1962).

## *refundido para el siglo XXJ*

doctrinales, lo cual limita sus posibilidades para ofrecernos una perspectiva renovadora.

La ruptura con el pasado inmediato sugiere la pregunta de cómo deben ser valorados el presente y el futuro de Iberoamérica. Ésta inicia el siglo XXI con su incorporación activa al proceso de construcción de una institucionalidad en el ámbito regional.<sup>A</sup> Las bases del nuevo orden regional deberán asentarse por un acuerdo que no sólo establezca el marco jurídico para asegurar la convergencia de los procesos integracionistas, sino también la oportunidad para la construcción de una institucionalidad, que hasta el momento, en los países de Iberoamérica, no se ha logrado en el ámbito nacional. Para el desarrollo económico de la región, es imprescindible que seamos capaces de mejorar el sistema de impartir justicia, cuyas deficiencias en el ámbito nacional son reconocidas por la población.<sup>B</sup> En cada país de Iberoamérica, nos sentimos capaces de romper las más elementales

---

<sup>A</sup> Es prioritaria para la región la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de las Américas.

<sup>B</sup> Cfr. la jurimetría de Edgardo Buscaglia, Jr. (1959-), A quantitative assessment of the Efficiency of the Judicial Sector in Latin America, *International Review of Law and Economics* lib. 17 pág. 275 (1997); Maria Dakolias (1965-), Court Performance Around the World: A Comparative Perspective, *Yale Human Rights and Development Law Journal* lib. 2 pág. 87 (1999).

## *Un libro de derecho del siglo XXV,*

normas de organización social y de convivencia política. Frente a una situación que, en el ámbito nacional, está lejos de responder a las promesas de bienestar para la población, la creación de una institucionalidad regional paralela será como un borrón y cuenta nueva para la región. Sin recurrir a la solución parcial del problema en cada nación —con la evidente dificultad que esto conlleva—, podemos comprender cómo los esfuerzos deberán concurrir en el siglo XXI, a fin de lograr que la institucionalidad regional pueda adaptarse y convertirse en la clave que dé sustento a estas aspiraciones. Hay que construir de inmediato las instituciones que promuevan el crecimiento económico acelerado y armónico de la región.

En el siglo XXI vendrán cambios que hoy apenas nos atrevemos a vislumbrar. Ante la reducción del actor principal del mundo moderno que ha sido el estado-nación,<sup>A</sup> dentro del contexto de un avance lento pero visible del presente hacia el futuro, es posible percibir la aparición de nuevas formas de gobierno que apuntan hacia una nueva etapa en la historia, comparable con el surgimiento del estado-nación de finales del medioevo. Hoy se habla del fin de las soberanías y del estado-nación; la idea de las fronteras nacionales es superada por los nuevos tiempos y con fuertes

---

<sup>A</sup> Cfr. John McGinnis (1957-), *The Decline of the Western Nation State and the Rise of the Regime of International Federalism*, *Cardozo Law Review* lib. 18 pág. 903 (1996).

## *refundido para el siglo XXI*

presiones tecnológicas en el campo de la informática, pues el tipo de organización burocrática-estatal del gobierno central y el nacionalismo —ese culto a la bandera y el fusil— no responden hoy en día a los cambios que la tecnología y la producción nos imponen. Ante la apasionante coyuntura política mundial que vivimos, necesitamos prepararnos para nuevas formas de democracia.

Nos hemos acostumbrado a la idea de un sistema político en el cual el ordenamiento jurídico está uncido como buey al carro del estado-nación. El profesor de la Universidad de George Mason, Jeremy Allen Rabkin (1952-), en su libro *Law without Nations?* (2005), sostiene que las normas jurídicas están inexorablemente vinculadas al estado-nación. Él niega que estemos asistiendo al surgimiento de un nuevo orden mundial. Para ello, se apoya en argumentos lockianos: que la autoridad civil emana del establecimiento del Poder Legislativo, legítimamente constituido, porque es democráticamente elegido; que el Poder Judicial no es más que una mera extensión del Poder Ejecutivo, por requerir el auxilio de la fuerza pública para agilizar la ejecución de sus sentencias; dos líneas de argumentación rebatibles con las cuales Rabkin lanza críticas sin fundamento contra el supuesto déficit democrático del Tribunal de Justicia Europeo, la más alta instancia jurisdiccional de la Unión Europea.

## *Un libro de derecho del siglo XXV<sup>g</sup>,*

Es evidente que el intento por reconciliar la democracia con la creciente interdependencia mundial constituye un problema que va más allá de las fronteras de Europa. Hoy, hay quienes sostienen como este autor que la democracia se encuentra en peligro; se discute si la mundialización está minando las bases de la democracia del estado-nación, en tanto se señala que las relaciones de poder mundializadas restan relevancia a las instituciones nacionales de la democracia parlamentaria y representativa. Si bien es apreciable el desfase entre los sistemas establecidos de toma de decisiones políticas a nivel del estado-nación y los nuevos órganos jurisdiccionales supranacionales, cuya actuación tiene cada vez más efectos en la vida de los individuos, hoy en día los descendientes de los que inventaron las soberanías debemos abrir las puertas a una nueva forma de democracia, distinta a la que hemos conocido en el siglo XX, y diseñar nuevas formas de gobierno, a fin de estar a la altura del tipo de integración que ya se ha conseguido en algunas esferas.<sup>A</sup> Las consecuencias de esta transformación son dramáticas para la democracia que, en cualquiera de sus variantes actuales, tiene al estado-nación como marco de referencia. Cabe advertir que una eventual democracia supranacional posiblemente necesitará de

---

<sup>A</sup> Sólo habría que efectuar un recuento de los alcances y logros en fomentar el libre comercio de la Organización Mundial del Comercio desde los tiempos de la ronda de Uruguay (1986-1993).

## *refundido para el siglo XXIX*

nuevas estructuras gubernamentales para servir realmente τὸν δῆμον, grupo humano que analizaremos puede entenderse tanto sincrónica como diacrónicamente. Vaya por delante nuestra firme convicción de que progresamos hacia el gobierno del tribunal supranacional, como instrumento para profundizar el proceso descentralizador e integrador en el ámbito regional.<sup>A</sup>

Ahora, no deberá confundirse nuestra convicción de que nos dirigimos hacia la construcción de un nuevo orden mundial descentralizado, fundado sobre el gobierno de órganos jurisdiccionales supranacionales, con la ocurrencia del poeta supremo de la nueva lengua, Dante Alighieri (1265-1321), de que convendría el establecimiento de un gobierno mundial,<sup>B</sup> disparate que los doctores de la segunda escolástica rechazaron de plano, al sentar las bases para el derecho internacional en el siglo XVI.<sup>C</sup> Al aclarar la posición de Bártolo de Sassoferrato (1313-1357) sobre si el emperador era *dominus mundi*, como para no dejar

---

<sup>A</sup> Nos encaminamos hacia el gobierno de los jueces que, veremos, no se contraponen al de los políticos democráticamente elegidos.

<sup>B</sup> *De Monarchia libri tres* (1559).

<sup>C</sup> James Brown Scott (1866-1943), *The Spanish Origin of International Law. Francisco De Vitoria and His Law of Nations* (1934); Antonio Truyol y Serra (1913-2003), *Actualité de la Pensée Juridique de Francisco de Vitoria* (1992).

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

duda, el padre Francisco Suárez (1548-1627) señala que un gobierno mundial centralizado ni siquiera sería humanamente posible, «*neque humano modo uidetur possibilis*».<sup>A</sup> Al contrario de un futuro centralismo político, abogamos por una descentralización jurisdiccional supranacional, cuyos órganos demostraremos que tienen tanta legitimación democrática como el parlamento o la asamblea legislativa representativa, elegida democráticamente, del estado-nación. Es más, buscamos propiciar la revalorización del derecho privado en toda la región como un sistema de comunicación y de incentivos que sienta las bases de la descentralización del sector privado. Cabe subrayar que el ordenamiento jurídico privado tiene tanta jerarquía como costumbre inmemorial que la más añeja carta constitucional del derecho público. Al fin y al cabo, lo que se está introduciendo no es sólo una nueva ley o esquema, sino una nueva lógica que romperá con todas las lógicas anteriores del orden legítimo en lo jurídico, basadas en el estado-nación. Afirmamos sin ambages que la extraordinaria complejidad del proceso de mundialización requiere responsabilidades difusas, formas de autogobierno cada vez más amplias y superación radical de todo esquema centralista-burocrático.

---

<sup>A</sup> *Tractatus de Legibus et Legislatore Deo lib. 3 tit. 7 (1612).*

## *refundido para el siglo XXJ*

Como veremos, esta lógica propia del siglo XXI, operó en el pasado en el ámbito del derecho en el espíritu de respeto a la esfera del sector privado que se cultivó en el mundo romano;<sup>A</sup> y en el ámbito del derecho público<sup>B</sup> no sólo en el federalismo estadounidense de los siglos XIX y XX y en el federalismo europeo de la segunda mitad del siglo XX, sino también en los reinos jurisdiccionales de Indias del siglo XVI. Por eso, en este proceso de mundialización adquiere validez el legado intelectual del hombre hispano-luso, cuya presencia abarca no sólo la península ibérica, sino que proyecta también sus raíces culturales y humanistas hasta América y las Filipinas. Ante todo debemos subrayar el

---

<sup>A</sup> En Roma se respetó la esfera del sector privado a pesar del «influjo maléfico del despotismo» del Dominado al que alude Andrés Bello (1781-1865), en su discurso pronunciado el 17 de septiembre de 1842 en la instalación de la Universidad de Chile, con más pena que gloria. ¡Qué triste epílogo tener que refundar nuestras universidades luego del cataclismo que fue el siglo XIX para Iberoamérica!

<sup>B</sup> No puede negarse que la ciencia jurídica romana se circunscribió al ámbito del derecho privado. Los juristas romanos consideraron que donde imperaban las relaciones de poder, las normas jurídicas quedaban al margen. Cabe reconocer que acaso no es sino hasta finales del siglo XIX que plantea el más importante historiador del mundo romano, Christian Matthias Theodor Mommsen (1817-1903), en *Römisches Staatsrecht* (1888), el estudio de un derecho constitucional romano, con su indiscutible relevancia histórica.

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

desconocimiento total de la aportación peninsular a las ideas que coadyuvaron a la formación del mundo moderno: aludimos a una clara herencia cultural propia, la aportación importantísima de Iberoamérica a la ciencia jurídica. Conviene recordar que la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos lograron grandes adelantos en la rama del derecho público, *die spanische Barockscholastik hat die Entwicklung des öffentlichen Rechts beeinflusst*, más un sustantivo avance a nivel mundial en el ámbito del derecho privado, *die spanische Barockscholastik hat die Entwicklung des Privatrechts weltweit angeschoben*. Lo cierto es que encontramos relegada a una nota en la historia del derecho la obra de muchos pensadores jurídicos de gran estatura que son enteramente capaces de dialogar con el siglo XXI, y lo que sigue no es más que una primera aproximación a algunos de los problemas, obstáculos y confusiones que parecen rodear a nuestro entendimiento en la materia.

Durante el siglo XII, en una época en que se había abierto una gran brecha entre los mundos occidental y árabe, y en que la primacía de la técnica y del pensamiento estaban en Andalucía y en el norte de África, los peninsulares habían asimilado del mundo árabe todo lo que a la sazón se conocía sobre filosofía peripatética, medicina y matemáticas.<sup>^</sup> Durante muchos años de esa cruda situación, en que la cruz dejó

---

<sup>^</sup> Es de notar, por ejemplo, la ascendencia que tuvo la escuela de traductores de Toledo.

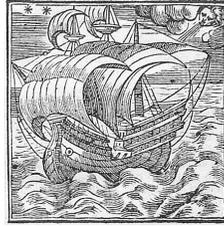
## *refundido para el siglo XXJ*

de ser el símbolo de tormento y se convirtió en el símbolo de esperanza, ellos habían mantenido la tradición propia de una antigua filología latina, que floreció en la península ibérica durante los siglos I-IV. Como receptores de las avenidas y bifurcaciones del pensamiento occidental, de la teología cristiana, del *ius commune* tardío y del humanismo renacentista ya en la antesala del barroco, los mismos hubieron de enfrentarse en el siglo XVI *mit die Änderung in der Weltanschauung* que supuso el desembarco de Cristóbal Colón (1451-1506) en 1492 en playas antillanas y el inicio de un encuentro de culturas que habría de revolucionar al orbe entero.<sup>A</sup> *Neste sentido, o desembarque de Colombo desata um processo que leva toda a humanidade a tomar consciência das diversidades culturais e da dimensão planeta. Isto é importantíssimo.* Con el descubrimiento de una ruta viable a través del Atlántico, mediante el aprovechamiento de los vientos Alisios, y de una ruta por mar hacia la India, una gran aportación de la hispano-lusitanidad al mundo ha sido la mundialización económica.

---

<sup>A</sup> Francisco López de Gómara (1511-1564) calificó el descubrimiento de Indias como el suceso más importante desde la Crucifixión de Cristo. *Historia general de las Indias, con todos los descubrimientos, y cosas notables que han acaescido en ellas, desde que se ganaron hasta agora (1552).*

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*



Eso no es todo: la hispano-lusitanidad nos ha dado la pluralidad de culturas porque siempre se ha considerado como el producto de la síntesis o de la convergencia de varias culturas e identidades distintas entre sí. En este sentido quizá haya sido la península ibérica, que reúne en sí diversas raíces humanas, la cultura más adecuada para entrar en contacto con la <alteridad> —en tanto realidad física y moral ajena— del oriundo del continente americano de variadas etnias —taíno, mexica, tolteca, maya, quechua, aymará, chibcha, tzeltal, yaqui, olmeca, otomí, mixteca, zapoteca, mazahua, totonaca, rarámuri, purépecha, araucano, mapuche y guaraní, entre tantas más— en un ambiente de apertura. Lo cierto es que toda la historia de Occidente está marcada por la incorporación de lo americano y por el traslado del hombre y cultura europeos a las tierras recién halladas. Para apreciar esta actitud de apertura, sólo hay que acercarse a la etnografía profunda de los frailes evangelizadores y de los oficiales de la corona, quienes entre los siglos XVI y XIX aportan obras narrativas que discuten con lucidez la innegable naturaleza humana de los indios y el orden y la complejidad de sus

## *refundido para el siglo XXJ*

sociedades antiguas;<sup>A</sup> lo cual contrasta notablemente con la construcción de la antropología como disciplina —un invento del colonialismo británico a fines del siglo XIX—, en la cual se elabora la oposición entre las maniqueístas categorías de civilización y barbarie, se pretende que sólo los modales y la organización social victorianos representan la civilización, y se busca el conocimiento de <el otro> —de lo diferente— sólo para suprimirlo.

En este orden de apreciaciones es interesante observar la poderosa aportación de la hispano-lusitanidad al conocimiento del derecho; se trata de una de esas raras proezas en el ámbito de doctrina jurídica que se asocian con los sueños. Sobre todo hay ideas e instituciones que se desarrollan que son, hasta hoy, el basamento del mundo moderno. La segunda escolástica y sus desarrollos barrocos dan un nuevo sentido y perspectiva a la aventura humana cuando, a base de un esfuerzo sin precedentes de revisión general de las pandectas conforme al pensamiento teológico y a la pedagogía humanista, nos llevan a algunos de los conceptos principales del marco teórico del derecho civil romano-canónico y hasta de la *common law*.<sup>B</sup> Es

---

<sup>A</sup> Desde José de Acosta (1539-1600), *Historia natural y moral de las Indias* (1590), hasta Marcos Jiménez de la Espada (1831-1898), *Relaciones geográficas de Indias* (1881).

<sup>B</sup> Sobre el particular, véase la obra de James Gordley (1946-), *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (1991).

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

más, el gobierno que la corona castellana establece en Indias marca una nueva etapa de construcción creadora de instituciones políticas y jurídicas complejas que sientan los fundamentos del estado de derecho. La historiografía jurídica carece de una justa apreciación de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos;<sup>A</sup> y no otorga la consideración debida a lo mucho que el estado de derecho y el orden de pandectas se basan en instituciones e ideas anteriores a los siglos XIX y XX.

En esta laguna del conocimiento confluyeron varios factores: aquel rapto de locura que enfrentó a católicos y protestantes y que ensangrentó los campos de Europa a principios del siglo XVII, el cual dejó una estela de odio sectario claramente visible; el relato protestante de los nuevos descubrimientos, en clave de leyenda negra antiespañola y antiportuguesa;<sup>B</sup> el viejo prejuicio antisemita contra el destacado papel en el ámbito literario e intelectual que en la península y América desempeñaron quienes «recibieron el bautismo de pie» y sus descendientes; *au XVIII siècle, l'abandon progressif de les langues anciennes pour les*

---

<sup>A</sup> Tau Anzoátegui, ¿Humanismo jurídico en el mundo hispánico?, *Anales de la Universidad de Chile* lib. 20 pág. 585 (1989).

<sup>B</sup> Julián Juderías y Loyot (1877-1918), *La Leyenda Negra, estudios acerca del concepto de España en el extranjero* (1914); William Maltby (1940-), *The Black Legend in England, the Development of Anti-Spanish Sentiment 1558-1660* (1971).

*refundido para el siglo XXJ*

*témoignages littéraires en langue vulgaire*; la impotencia de un rey, el Hechizado (1661-1700), quien no tuvo descendencia y la irrupción de nuevos patrones racionalistas en la concepción, ordenación y funcionamiento del estado, en seguimiento de las pautas emprendidas por la monarquía francesa, debido a que la facción borbónica ganó aquella guerra de sucesión; la invasión de *les grognards* de Napoleón Ier., los cuales franquearon los Pirineos y entraron en Zaragoza en 1808 y profirieron gritos de «*avec du vin jusqu'aux genoux*»; la ineptitud de un rey, el Deseado (1784-1833), quien tras haber sido obligado a ceder su trono ante el pequeño cabo, ignoró la admirable y heroica resistencia del pueblo y la lealtad —incluso la adicción— de sus súbditos peninsulares y americanos, cuando desechó la constitución política panhispana de Cádiz, escenario en el que, por la ausencia del soberano, el pueblo asumió la soberanía y se reunieron las Cortes con participación de diputados de la península y América;<sup>A</sup> la indiferencia general, cuando no animadversión, de una historiografía jurídica decimonónica, atrapada en nacionalismos excluyentes y exagerados y la ficción de una enconada polémica entre el *mos italicus* y el *mos gallicus*; la confusión generalizada de la causalidad con la racionalidad en que, a partir de la revolución científica del siglo XVII,

---

<sup>A</sup> Véase Jaime Rodríguez (1940-), *La independencia de la América española* (1996).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

es partícipe el pensamiento occidental, confusión que ha producido esa maraña de ideas de la filosofía racionalista que parece imposible de desmadejar y que ha dejado serias secuelas para el derecho público y privado.



En ello, posiblemente, radica el meollo del asunto: las confusiones y contradicciones internas de la concepción neotomista posilustrada de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos;<sup>A</sup> es innegable que

---

<sup>A</sup> Si posamos la mirada en el Estagirita, descubriremos una síntesis incompleta de escuelas que representan posiciones antitéticas. Los cultivadores del neoaristotelismo, entre los que podemos mencionar a la profesora de la Universidad de Chicago, Martha Craven Nussbaum (1947-) —así como los neotomistas del siglo XIX— caen en la trampa intelectual y metodológica de considerar a estos pensadores como si fueran creadores autónomos. El concepto de «autor», como demuestra la más relevante historiografía, es una invención de la modernidad reciente. Con anterioridad a la aparición de la imprenta en el siglo XV, que permite un mayor acceso a los libros y pasquines —que facilita el discurso intelectual coetáneo de la sociedad— los escritores se esforzaban en aprehender y preservar el pensamiento de quienes les precedieron. Tan sólo desde el romanticismo, aunamos el impulso por estar

58

## *refundido para el siglo XXJ*

quien nace en una época determinada necesita una teología que responda a sus inquietudes; de ahí que los neotomistas del siglo XIX reinterpretaran el sentido de la segunda escolástica, y privilegiaran a la teología en detrimento del humanismo, *el qual no pot deixar d'haber tingut influència notable en el moment d'esplendor del Segle d'Or de la cultura hispano-lusa i catalana.*

Como advierte Coing, la segunda escolástica carece de una investigación pormenorizada y apoyada en un aparato archivístico, que permita dilucidar el significado de esta etapa crucial en la formación del derecho;<sup>A</sup> como quiera, es preciso saber más y mejor, no como mera voluntad de erudición, sino en cuanto a la necesidad vital de introspección y de conocimiento de los nexos entre el pasado y el presente. Desde este enfoque, nadie puede dudar que toda aportación intelectual es bienvenida. La obra de los preclaros y prolíficos estudiosos del derecho indiano, Ricardo Levene (1885-1959), Alfonso García-Gallo (1911-1992), Ismael Sánchez Bella (1923-), Francisco Tomás y Valiente (1932-), Bernardino Bravo Lira (1934-), Abelardo Levaggi (1934-) y Víctor Tau Anzoátegui (1938-), ha dejado una profunda huella en la historiografía. Tenemos investigaciones pioneras

---

actualizados con una completa e imposible ruptura con el pasado.

<sup>A</sup> *Europäisches Privatrecht, Alteres Gemeines Recht (1500 bis 1800) lib. I pág. 101 (1985).*

## *Un libro de derecho del siglo XV<sup>o</sup>*

editadas por Paolo Grossi (1933-).<sup>A</sup> En el propio terreno de la historia del derecho, Gordley y Gerhard Otte (1935-) nos ofrecen obras inteligentes, escritas con claridad, aunque sin un dominio —harto difícil— de la tradición intelectual de la península e Iberoamérica.<sup>B</sup> En contraste, Oreste Popescu (1913-2003) y Alejandro Chafuen (1954-) nos ofrecen, al menos, un análisis detallado y prolijo sobre los aportes de la segunda escolástica al desarrollo del pensamiento económico.<sup>C</sup>

Paul Oskar Kristeller (1905-1999) tiene siempre presente que la escolástica y el humanismo se conjugaron durante el renacimiento;<sup>D</sup> se preguntarán los especialistas, motivados seguramente por el estilo retórico de desborde imaginativo, vivaz, a veces brioso, con que escribían los humanistas, si no se llegó a desarrollar la contrariedad de conceptos o esquemas.

---

<sup>A</sup> *La Seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (1972).

<sup>B</sup> *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine; Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment* (2006); cfr. Gerhard Otte (1935-); *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria* (1964).

<sup>C</sup> *Estudios en la historia del pensamiento económico latinoamericano* (1986); *Faith and Liberty: The Economic Thought of the Late Scholastics* (2003).

<sup>D</sup> *Humanism and Scholasticism in the Italian Renaissance, Byzantium lib. 17 pág. 366* (1944).

## *refundido para el siglo XXJ*

Pero la investigación de las fuentes ha permitido develar que no hay nada más lejos de la realidad: la escolástica y el humanismo, si no quedarían fusionados, al menos habrían de formar eslabones complementarios. Y Guido Kisch (1889-1985) nos proporciona pistas al concentrar su atención en la figura clave de Vives;<sup>A</sup> se presenta, entonces, la oportunidad de asignarle cabal y armónica vigencia a la fuerza del legado jurisprudencial de Vives en ambos lados del Atlántico. Un dato tan significativo invita a consolidar una nueva línea de investigación, si no mediara cierta circunstancia que aconseja moderar los entusiasmos. La labor es sin duda enorme, complicada y difícil: se trata de un regreso de la historiografía a sus raíces intelectuales en la <filología>, y no así en la <filosofía>.

En esta perspectiva, el estudio de la historia del derecho se convierte en un ejercicio más completo de comprensión de la cultura jurídica de una época y lugar determinados. Fijemos nuestra atención sobre lo largo y ancho de toda la inmensa y variada geografía de América,<sup>B</sup> así como sobre las dos fases en la historia política y jurídica del Nuevo Mundo. Cabe destacar que el método comparativo, siempre útil y hasta

---

<sup>A</sup> *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit: Studien zum humanistischen Rechtsdenken págs. 69-89 (1960).*

<sup>B</sup> En este sentido, nuestro enfoque histórico es <americocentrista>, por lo que pedimos disculpas anticipadas.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

necesario para nutrir el conocimiento, no sólo conjuga las similitudes entre diferentes países del Continente, sino que también toma nota de la alta complejidad de la historia común como suma de historias diferentes. Es peligroso excederse en las analogías históricas; sin embargo, la historia es misteriosa y revela un fondo de procesos análogos que recorren largos períodos temporales. El descubrimiento de afinidades entre períodos históricos distantes, reafirma el concepto diverso, pero único, del *ayer* y del *ahora*, y hace que la historia sea siempre dinámica, abierta a todos los futuros. En el contexto legal, nos sigue maravillando encontrar correspondencias entre las instituciones político-jurídicas de los Reinos de Indias y de los Estados Unidos de América, en particular la preponderancia que se dio y da a togados y a audiencias en la administración de ambos gobiernos. Cabe destacar que tanto Angloamérica como Iberoamérica comparten una tradición medieval común, y no deberá sorprendernos que, con un sentido mercantilista acorde a la época, el derecho indiano establezca un precedente histórico —si bien puede ser ignorante la opinión erudita occidental en el tema— para la doctrina constitucional, federal y administrativa de los Estados Unidos de América. Otro punto de comparación es que, tanto los Reinos de Indias, como los Estados Unidos de América, ejemplificaron sociedades heterogéneas que compartieron la extraordinaria y casi única experiencia americana. Asimismo, cabe apuntar

*refundido para el siglo XXJ*

que ambas sociedades capitalizaron, en los siglos XVII y XX, la hegemonía mundial, que originará un enconado resentimiento.

Al revalorizar la herencia jurídica de Iberoamérica, la misma se reexamina y se constituye en fuente de permanente creación innovadora; si a ésta se suman los últimos adelantos de la ciencia jurídica en el país del norte, podremos disponer del conocimiento requerido para construir el andamiaje institucional que permita que la economía de la región funcione. Atrevámonos a yuxtaponer el derecho natural secundario o el derecho de gentes primario de los siglos XVI y XVII con el análisis económico del derecho de los siglos XX y XXI —el pensamiento jurídico de Chuquisaca y de Chicago— hacia el apuntalamiento de algo que, sin duda, se convertirá en una necesidad epistemológica en la próxima centuria: un derecho público y privado reconstituidos, de amplio espectro, que reúnan lo mejor de las doctrinas jurídicas de ambos hemisferios. La llamada escuela de Chicago, que provocó una revolución económica y política que difícilmente pueda ser detenida —primero en Chile, luego en los Estados Unidos de América y el Reino Unido, y después hasta en China Popular—, es el resultado de la aparición del paradigma científico ordinalista en la economía durante la década de los años treinta. Las doctrinas jurídicas que hicieron específicamente de Chuquisaca —conjuntamente con

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

Lima y México<sup>A</sup>— centro del humanismo de gusto barroco, y del ánimo que se prolonga con fecunda energía durante casi todo el Siglo de Oro, ejercieron una notable influencia en su tiempo e impulsaron la transformación del sistema de derecho romano-canónico.

Las doctrinas jurídicas del continente americano, el derecho natural secundario o el derecho de gentes primario, y el análisis económico del derecho, ambas afirman que el derecho tiene su origen en el accionar del ser humano: el concepto del derecho se asocia a un esquema explicativo más amplio del sujeto individual, cuyas claves están en la motivación y cognición humanas, y en que se privilegian los aspectos de la toma de decisión humana. Es conveniente destacar que el uso de términos como <voluntad>, <razón>, <persona>, <derecho> y <propiedad>, si bien llegan a ser trillados, no son empleados con claridad dentro de su verdadera connotación; en el ámbito del derecho es frecuente que se omita formular una explicación cabal sobre su alcance. El presente libro trata de *collages* de palabras, de frases extraídas en ocasiones de obras de distintos autores, yuxtaposición de textos de varia invención y sucesión de tiempos aparentemente inconexos, los cuales conducen al lector a un tema que no ha sido suficientemente estudiado: recoge los

---

<sup>A</sup> Léase Salamanca, Alcalá de Henares y Évora en la península ibérica.

*refundido para el siglo XXJ*

aspectos ora teológico,<sup>A</sup> ora económico, más destacables del esquema explicativo del sujeto racional que constituye la base del orden jurídico, y que se ofrece a nosotros como una clave reveladora de múltiples secretos; sólo de este modo abordaremos con rigor, profundidad y amplitud el tratamiento concerniente al estado de derecho y al orden de pandectas.<sup>B</sup>



---

<sup>A</sup> El pensamiento no se agota en la filosofía; puede encontrarse en la literatura. Sucede así: los nuestros han sido «filólogos, o más bien humanistas, en el más comprensivo sentido,» cfr. Unamuno, *Del sentimiento trágico de la vida* cap. 12.

<sup>B</sup> Desde la apertura económica lanzada por Deng Xiaoping (1904-1997) hace más de cuatro décadas, suena a viejo, a manido, pregonar sobre el «capitalismo mercantilista» de los Estados Unidos de América frente al «socialismo de mercado» de China Popular, cuando son los dos lados de la misma moneda que circula en el mundo: la colaboración pública y privada.

## *Un libro de derecho del siglo XVI<sup>o</sup>*

### *Controversia 3*

Aunque esta confrontación significa una vez más la división del mundo en hemisferios, la aparente antinomia entre el pensamiento jurídico americano de Chuquisaca y de Chicago se resuelve si advertimos la fuerte correlación que existe en el énfasis que el derecho natural secundario o el derecho de gentes primario de los siglos XVI y XVII y el análisis económico del derecho de los siglos XX y XXI pusieron en la racionalidad del sujeto individual. Cicerón explica que «*lex est ratio summa insita in natura, quæ iubet ea, quæ faciendæ sunt, prohibetque contraria*»<sup>A</sup> y, por su parte, Vives sitúa aquella ley en el ser humano.<sup>B</sup> A partir de esta premisa, se hace posible encontrar en el sujeto individual la respuesta a los límites y las posibilidades de la elección racional; el análisis económico del derecho se refiere a una racionalidad parigual, con la única divergencia de que, en lugar de ubicarse *natura atque adeo natura secundaria*, se construye a partir del *know-how* del productor y de las preferencias del consumidor. Así, el pensamiento jurídico llega a una concepción radicalmente subjetivista de la elección racional, y el razonamiento práctico se centra en el espacio subjetivo de la propia conciencia individual. Un estado de *conscientia*

---

<sup>A</sup> *De legibus lib. 1 tit. 6 (52 A. de J.C.)*

<sup>B</sup> *In leges Ciceronis præl. (1532).*

## *refundido para el siglo XXJ*

singular estalla ὀξύμωρον, sin sentido, en el enfrentamiento del participio y el prefijo;<sup>A</sup> acá representa el encuentro afortunado de dos contrarios: el acervo de los significados compartidos del lenguaje y la propia mente humana;<sup>B</sup> la persona es «*natura rationalis individuae substantiae*»<sup>C</sup> ó un *rational maximiser*. Según san Isidoro de Sevilla (560-636), la racionalidad se refiere a la voluntad individual que utiliza, como un recurso constante, esa herramienta clave y primordial, la propia mente humana, para barajar de manera eficaz los conocimientos almacenados e introducidos en la memoria y percatarse de lo derecho.<sup>D</sup> Siempre será conveniente, cuando se

---

<sup>A</sup> Raymond Ruyer (1902-1987), *Paradoxes de la conscience et limites de l'automatisme* (1966).

<sup>B</sup> Heráclito de Efeso vislumbra la diferencia clara entre τοῦ λόγου común de los hombres y τῆς προαίρεσεως de la propia mente, «οὐδὲ δεῖ ἐπεσθαι τῷ ξυνῶ, τουτέστι τῷ κοινῶ· ξυνός γὰρ ὁ κοινός. τοῦ λόγου δ' ἐόντος ξυνοῦ ζῶουσιν οἱ πολλοὶ ὡς ἰδίαν ἔχοντες φρόνησιν». Sextus Empiricus (150-220), *Πρὸς μαθηματικούς* lib. 8 (190).

<sup>C</sup> Anicio Manlio Severino Boecio (480-524), *Contra Eutychem et Nestorium* cap. 3 (510).

<sup>D</sup> «*Dum uiuificat corpus, anima est: dum uult, animus est: dum scit, mens est: dum recolit, memoria est: dum rectum iudicat, ratio est*». De homini et portentis, *Originum seu Etymologiarum Libri XXI* lib. II (615).

## *Un libro de derecho del siglo XV<sup>o</sup>*

trata de un asunto en verdad importante, volver a la raíz de la cosa; en la raíz etimológica de la racionalidad está lo recto, «*dum rectum iudicat, ratio est*». Podemos afirmar que lo recto se refiere a lo *honestum*, o incluso podría interpretarse como lo *utile*,<sup>A</sup> conforme al ordenamiento de medios y fines que hace la voluntad individual. Como explica el padre Suárez, «*nam uoluntas est, quæ ordinat media ad finem, quia ipsa est, quæ intendit finem, et eligit media propter ipsu, et ita statuit, ut fiant*».<sup>B</sup> Este ordenamiento denota la profundidad psicológica del modelo de elección racional elaborado por el obispo de Hipona (354-430), conforme a la antigua tradición hebrea o egipcia *creationis ex nihilo* decretada sin la noción helénica *τοῦ κόσμου* pre-ordenado que la avale. Dios ha concedido al ser humano el libre albedrío; es decir, cualquier persona debe obrar por elección propia.

Para comprender el arrojo y la grandeza de la concepción agustiniana de la libertad y volición humanas —postura paradójica, ya que se combina con la insistencia en la obediencia, acaso más absoluta en el orden de la ciudad terrenal<sup>C</sup>— hay que reparar en lo

---

<sup>A</sup> «*Medium inter superabundantium et defectum, et hoc rationem rectam*», princeps scholasticorum, *In Decem Libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio lib. 6 tit. 1*.

<sup>B</sup> *Tractatus de Legibus et Legislatore Deo lib. 1 tit. 5*.

<sup>C</sup> *De ciuitate Dei contra paganos lib. 19 (427)*.

## *refundido para el siglo XXI*

que distingue a la razón de la voluntad. Podemos afirmar que la razón es el ordenamiento que hace ese primer acto que nos lleva a la elección, la voluntad; pero la voluntad puede liberarse, no sólo de este ordenamiento, el cual refrenda los límites de actuación, sino también de todo referente anterior de racionalidad, para elegir de manera distinta. En este sentido, el acto de la voluntad puede considerarse libre. La nueva voluntad se contrapone a la antecesora, la razón ordenada, lo cual produce la lucha interior de dos voluntades que san Agustín confesó poseer, «*duæ uoluntates meæ, una uetus, alia noua*».<sup>A</sup> Esta confesión del obispo de Hipona es una preciosa constatación de lo que anida en el corazón de todo hombre. La conversión que le lleva a romper con la vida de antaño —y apartarse del pecado<sup>B</sup>— es un complicado proceso interior que, más tarde, el economista Robert Cooter (1954-) calificará de «*Pareto self-improvement*».<sup>C</sup>

---

<sup>A</sup> *Confessionum lib. 8 cap. 10* (400).

<sup>B</sup> *Blanc* es un término empleado en arquería, porque Dios no yerra el blanco.

<sup>C</sup> Cfr. Expressive Law and Economics, *The Journal of Legal Studies* lib. 27 pág. 585 (1998); Models of Morality in Law and Economics: Self-Control and Self-Improvement for the «Bad Man» of Holmes, *Boston University Law Review* lib. 78 pág. 903 (1998); Do Good Laws Make Good Citizens? An Economic Analysis of Internalized Norms, *Virginia Law Review* lib. 86 pág. 1577 (2000).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

Aunque en el ancho mundo se cuente con cierto margen de acción, debemos entender que la racionalidad del presente tiene un límite visible.<sup>A</sup> Algunas veces olvidamos que jamás se puede conocer el futuro con entera certeza; se trata de un tema que entra en el espacio del razonamiento práctico, donde no hay un plan predeterminado para encauzar nuestro esfuerzo, un pronóstico que haga determinable un futuro incierto; empero, el acto de elegir nos permite enfrentar las contingencias hasta alcanzar la frontera donde la voluntad recrea al ordenamiento de la razón.

El método por el que los padres latinos y los expositores de la economía neoclásica desarrollan sus respectivos modelos psicológicos pertinentes a la elección racional es el mismo: el camino de la honda introspección y del autoconocimiento.<sup>B</sup> El acontecer cotidiano está repleto de explicaciones e interpretaciones psicológicas de la conducta, formuladas por cualquier persona. Los padres latinos aluden a la naturaleza del individuo; comprenden que el ser humano entraña un rostro solitario y que en la

---

<sup>A</sup> En la economía neoclásica no es posible olvidarse de la búsqueda de criterios de racionalidad limitada o incompleta, de mayor configuración real. Herbert Alexander Simon (1916-), *Models of Bounded Rationality* pág. 291 (1982).

<sup>B</sup> «Our knowledge of ourselves is based on introspective observation,» Frank Knight (1885-1972), *Risk, Uncertainty and Profit* pág. 7 (1921).

## *refundido para el siglo XXJ*

encrucijada del libre albedrío, que nos lleva a la elección de algo y que, cuando se elige, expresa la libertad en la ley de Dios, se halla la cabal comprensión de los actos de la persona. Siglos después, la economía neoclásica parte de la base de un ordenamiento consistente de las preferencias individuales del sujeto racional; el ordenamiento de éstas a todas vistas permanece consistente en cuanto los costes de transacción son positivos. Aclaremos que disentimos acerca de que puedan existir costes de transacción nulos: éstos, así como los costos de información y de incentivos que veremos en adelante,<sup>A</sup> siempre serán positivos, y muchas veces prohibitivos.<sup>B</sup> Habría que plantearse si en un mundo de costes de transacción nulos la población no tendría preferencias intransitivas o altamente variables y se producirían nuevas transacciones sin

---

<sup>A</sup> Cfr. el pionero trabajo sobre el tema de Stigler, *The Economics of Information*, *Journal of Political Economy* lib. 69 pág. 213 (1961).

<sup>B</sup> Por ahora, hemos optado por ignorar la igualación de beneficios con costos de oportunidad que hacen los economistas. No es necesario elaborar series interminables de costos de oportunidad para esbozar las transacciones políticas. La gente toma en cuenta aquellas actividades con las cuales, hasta donde tienen certeza, prevén obtener una ganancia. El origen de tal suposición deriva del fracaso parcial del análisis marginal que Armen Albert Alchian (1914-) pugna por resolver en *Uncertainty, Evolution, and Economic Theory*, *Journal of Political Economy* lib. 58 pág. 211, 213 (1950).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

cesar, lo que trasmutaría a dicho mundo *εἰς τὸν χάρον* irreductible. No se puede negar que el punto capital que impida la mera distribución de riqueza ha de ser resuelto por un gobierno político sustentado en el principio de mayoría; es la posibilidad no reducida del surgimiento de nuevas coaliciones.<sup>A</sup> En las vísperas de la Revolución Francesa, el marqués de Condorcet (1743-1794) señaló la grave paradoja.<sup>B</sup> Tres amigos, que tienen las preferencias transitivas y ordinales de  $xR_yR_z$ ,  $yR_zR_x$ ,  $zR_xR_y$ , respectivamente, verifican que son incapaces de tomar una decisión colectiva entre las alternativas de  $\{x, y, z\}$ . Sin embargo, más aterrador inclusive que la paradoja propuesta por Condorcet a fines del siglo XVIII nos parece el caso del burro de Juan de Buridán (1295-

---

<sup>A</sup> El fenómeno de los equilibrios múltiples plantea el endemoniado problema de coordinación entre los colectivos implicados; de dimensión, de conseguir involucrar en esta dinámica al mayor número posible de militantes; no un don del hombre físicamente más fuerte. Polibio, la gran fuente de todo el pensamiento maquiavélico, lo entendía perfectamente: dijo que la justicia le permitía a un líder mantenerse en el poder aun en sus últimos años, cuando estaba debilitado por la edad, *Ἱστορίαι*, lib. 6 (150 A. DE C.) El Diabólico Florentino, por cierto gran lector de Polibio, parece no haber captado este mensaje esclarecedor.

<sup>B</sup> *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix* (1785).

*refundido para el siglo XXJ*

1358)<sup>A</sup> planteado a mediados del siglo XIV. En este problema, que parece no haber tenido verificación empírica, un burro se encuentra en una posición equidistante con respecto a dos pajares y, al no poder decidirse por uno de aquéllos, el infeliz animal muere de hambre.

Es evidente que el individuo debe darle alguna relación de orden a sus preferencias, y podemos afirmar que los costes de transacción positivos impulsan a la población a sistematizar sus preferencias individuales y se encuentran *ad fontem et originem* de la racionalidad humana. Precisemos que el individuo elige el objeto de su preferencia en condiciones de incertidumbre y sujeto a la restricción de los intercambios que puede efectuar, y hasta en cuanto pueda identificar la canasta que maximice sus beneficios y minimice sus costos. Ante todo, debemos hacer notar que los instintos *hominis æconomici* —el individualismo economicista— provienen de la separación estoica de las cosas que dependen de éste de aquellas otras que no le son dependientes,<sup>B</sup> y no del apego irracional a las riquezas de este mundo ni de la avaricia de almas enfermizas. Sugerimos que, una vez

---

<sup>A</sup> «[Q]uia continue consuetudines et dispositiones variantur», *Questiones super Libros Politicorum* (1513).

<sup>B</sup> La separación que Epicteto (50-120) nos aconseja, *Διατριβαί* lib. 2 (90); *Ἐγχειρίδιον* (80).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

realizada la transacción con los demás, el individuo queda ligado al ordenamiento de las preferencias que eligió, puesto que la incidencia de los costes de la transacción en la disminución de los propios recursos pone en evidencia una mayor restricción presupuestaria para elecciones posteriores y, consecuentemente, queda reducida la posibilidad de hacer nuevas transacciones. Las preferencias del individuo se fraguan en el seno de la historia de las elecciones propias precedentes. La naturaleza actúa, siempre con economía, por el medio más expedito, «*la Nature, dans la production de ses effets, agit toujours par les moyens les plus simples*». <sup>A</sup> De modo parecido, el individuo no sólo intenta llegar a sus metas con el menor gasto posible de recursos, sino también ejerce la economía al realizar las elecciones de sus fines. <sup>B</sup>

En este sentido, cabe hacer una aclaración sumamente pertinente: las decisiones teleológicas pocas veces podrán ser de carácter colectivo, a no ser que la

---

<sup>A</sup> Pierre Louis Moreau de Maupertuis (1698-1759), *Accord de différentes loix de la nature* (1744); «*la quantité d'action ... est toujours la plus petite qu'il soit possible*», *Essai de cosmologie II Partie* (1750).

<sup>B</sup> Seguimos a Robert Cooter (1954-), quien ha anunciado la posibilidad de una teoría unificadora de las ciencias sociales, la «teoría de las preferencias endógenas», *Law and Unified Social Theory*, *Journal of Law and Society* lib. 22 pág. 50, 60 (1995).

### *refundido para el siglo XIX*

población *suum unanimis uoluntatibus* se comprometa a un fin. El fin que deseamos es endógeno al individuo; al individuo de ningún modo puede compelérsele a un acuerdo respecto de sus fines.<sup>A</sup> *Crederere actionem uoluntatis est.* Unos y otros deberían meditar las palabras de san Pablo (7-67), «*ἵνα τί γὰρ ἡ ἐλευθερία μου κρίνεται ὑπὸ ἄλλης συνειδήσεως*».<sup>B</sup>

Así, la profunda ideología humanista del religioso peninsular del siglo XVI apostaba por una evangelización pacífica en América, lo cual iría a contrastar marcadamente con el desgarramiento europeo de las guerras de religión del siglo XVII. En aquel siglo de muerte, la sociedad europea yace sepultada en la más horrible confusión y en la guerra más sangrienta, puesto que en nombre incluso de Cristo, príncipe y señor de la paz, se mantienen envueltos en una encarnizada lucha, a espada, sangre y fuego, católicos y protestantes. La violencia de los ejércitos mercenarios todo lo convierte en destrucción

---

<sup>A</sup> Cabe destacar que el neoplatonismo encendió las hogueras de la Inquisición, y no el pensamiento cristiano. Cfr. lo que Platón —como un anciano incorregible y fanático— propugna en uno de sus últimos diálogos, *Νόμοι* (375 A.de J.C.)

<sup>B</sup> *Πρὸς κορίνθίους lib. I, tit. 10, cap. 29 (60)*. El humanismo cristiano está imbuido por una apreciación del foro de la conciencia individual, en paralelo al respeto por la elección racional en la economía neoclásica.

## *Un libro de derecho del siglo XVI,*

y muerte. Como señalaron varios doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos, todo el miedo y el horror ante la guerra, la ruina y la desolación que traen, antes de dar motivos para abrazar otra fe y renunciar a la ancestral, hubiera hecho al indio americano odiar a Cristo. Cuando en el continente americano emergen las llamas candentes de la guerra, cerca de las riberas del río Bío-Bío, donde el guerrero araucano ofrece una feroz resistencia al conquistador peninsular, quien anda a zancadas por las tremendas cordilleras de los Andes, el guerrero-poeta Alonso de Ercilla y Zúñiga (1533-1596) nos muestra la sangrienta crueldad del terrible azar bélico. En esta guerra hay muertos de ambos lados. Ercilla afina la lira y canta el dolor; su poesía bulle de muerte, mutilación y trituración de cráneos:

«Miembros sin cuerpos, cuerpos desmembrados  
lloviendo lejos trozos y pedazos,  
hígados, intestinos, rotos huesos,  
entrañas vivas y bullentes sesos».<sup>A</sup>

Su poesía registra con crudeza los horrores de la guerra y sus efectos brutales. A diferencia de la incomparable tradición de la épica, desde Homero (850-770 A. de J.C.), que exalta el heroísmo de la guerra que, si la sangre corre, garantiza una muerte sublime y sin

---

<sup>A</sup> *La Araucana cant. 3 (1569).*

## *refundido para el siglo XXJ*

sufrimiento alguno, la poesía de Ercilla condena lo horrible y lo absurdo de la guerra, que sepulta al individuo en una congoja y penuria extremas.<sup>A</sup> Cada verso contribuye a crear un sentimiento especialmente corrosivo de injusticia; el verdadero horror es la guerra; es observada como el último recurso, porque es la alternativa más costosa y deberá ser defensiva y justa.

Ercilla lamenta que los logros de la guerra hayan sido escasos. La imposición de una conversión forzosa y humillante entre las comunidades indígenas agredidas sólo provocó la ira y contaminó de odio los corazones. El vate sigue la línea de pensamiento que fuera trazada por fray Francisco de Vitoria (1483-1546), con la sutileza de quien trabaja dentro del orden,<sup>B</sup> y por fray Bartolomé de las Casas (1474-1566), con la temeridad de quien desafía al orden,<sup>C</sup> pues en la práctica la guerra siempre hace más daño que bien. Los doctores de la escolástica barroca se inscriben en un

---

<sup>A</sup> Como señala Bello en *La Araucana* (1841).

<sup>B</sup> *De indis recenter inventis* (1539); *De indis, sive de iure belli Hispanorum in barbaros* (1539). Cfr. Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des jus publicum Europaeum* (1950).

<sup>C</sup> *De unico uocationes modo omnium gentium ad veram religionem cap. 6* (1552). Ó el eco del sermón del dominico fray Antonio de Montesinos (1475-1545), el primero en alzar la voz en favor de los indios circa 1511: «¿Es que acaso no son hombres? ¿No tienen animos racionales?»

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

esfuerzo por evitar toda manifestación de violencia, de modo principal la esclavitud de los naturales<sup>A</sup> y otras prácticas degradantes y discriminatorias que violan la dignidad humana.



Si partimos del principio de que la persona humana está en el centro de toda elección, podremos comprender cómo un ente colectivo no puede ser portador de una voluntad o de un ordenamiento de racionalidad. El celebrado teorema de imposibilidad, del economista de la Universidad de Stanford, Kenneth Arrow (1921-), que entraña el abandono del supuesto de la racionalidad social, pone de manifiesto las dificultades de construir una ordenación colectiva de preferencias de un modo en sí lógicamente consistente o transitivo, a partir de la consistencia individual en las elecciones.<sup>B</sup>

---

<sup>A</sup> En su *Historia universal de la infamia* (1935), el genial escritor que era Jorge Luis Borges (1899-1986) escribe: «En 1517, el P. Bartolomé de las Casas tuvo mucha lástima de los indios que se extenuaban en los laboriosos infiernos de las minas de oro antillanas, y propuso al emperador Carlos V la importación de negros, que se extenuaran en los laboriosos infiernos de las minas de oro antillanas».

<sup>B</sup> *Social Choice and Individual Values* (1951).

## *refundido para el siglo XXJ*

La voluntad y la razón humanas son una actividad ejercida solamente por el sujeto individual. *La volonté générale* de Rousseau y *la ragion di Stato* de Giovanni Botero (1544-1617)<sup>A</sup> no son sino ficciones: una invención imaginaria de la vida en la que lo creado debe ser más importante que lo tomado de la vida; un cuento, un embuste, un engaño, una falsedad, un infundio, una patraña. Y el estado fuerte, personificado por el barón von Pufendorf (1632-1694)<sup>B</sup>, una alucinación absolutamente exangüe e impotente, por muy vital y vigorosa que se pretenda. En un trabajo clásico, publicado por el profesor de Oxford, Francis Ysidro Edgeworth (1845-1926), éste llegó a la conclusión de que ascendía a un despropósito, si no llegaba al abismo del sinsentido, la conjetura de Jeremy Bentham (1748-1832)<sup>C</sup> sobre «la mayor felicidad para el mayor número de personas».

---

<sup>A</sup> *Della Ragion di Stato* (1589).

<sup>B</sup> «[E]x plurium pactis implicita et unita, pro voluntate omnium habetur», *De jure naturæ et gentium lib. 7 tit. 2* (1672).

<sup>C</sup> «An action then may be said to be conformable to the principle of utility ... when the tendency it has to augment the happiness of the community is greater than any it has to diminish it», *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789); «the conduct which, under any given circumstances, is objectively right, is that which will produce the greatest amount of happiness on the whole; that is, taking into account all whose happiness is affected by the conduct», Henry Sidgwick (1838-1900), *The Methods of Ethics* (1874).

*Un libro de derecho del siglo XVIII,*

Se preguntó: «*is this more intelligible than <the greatest illumination with the greatest number of lamps>?*»<sup>A</sup> El estado dista mucho de poseer una metodología matemáticamente calculable para medir los resultados de la legislación y está más lejos aun de tener una razón o una voluntad.

Después de todo, como afirmó Francisco de Quevedo (1580-1645), «el más eficaz medio que hubo contra Cristo, Dios y hombre verdadero, fue la razón de estado».<sup>B</sup> Así, la decisión de Caifás y los fariseos marca el carácter sacrificial de todas nuestras determinaciones: degollar a uno para que no mueran todos. Luego la sangre inocente de Nuestro Señor Jesucristo corre espeluznantemente negruzca, baña la cruz y gotea sobre los clavos.<sup>C</sup> La cruz, como dice Cicerón, es el más cruel y terrible de los castigos,

---

<sup>A</sup> *Mathematical Psychics* (1881), app. VI On the errors of the ἀγεωμετηρητοί.

<sup>B</sup> *Política de Dios y gobierno de Cristo lib. 2 tit. 6.*

<sup>C</sup> Un dato incontestable sobre la responsabilidad de la autoridad romana en la muerte de Jesús es que fue crucificado. La crucifixión era un suplicio romano, no judío. No son pocos los investigadores que niegan cualquier intervención del Sanedrín en el proceso de Jesús. No parece que dicho tribunal estuviera facultado para dictar sentencias de muerte. Y si lo hubiera estado y la hubiera dictado, el castigo hubiera sido la lapidación. Cfr. Alan Watson (1933-), *The Trial of Jesus* (1995).

## *refundido para el siglo XXJ*

«*crudelissimum tærrimumque supplicium*». <sup>A</sup> Lo que al buen entendedor le está diciendo Quevedo, es que la muerte de Jesús fue decretada por el poder imperial. En realidad, Pilatos fue un gobernante duro e inmisericorde, inflexible y obstinado, violento y cruel, represivo y depravado, <sup>B</sup> y se constata fehacientemente que el estado carece por completo de toda voluntad o razón propias.

Es preciso que reconozcamos que el estado y el derecho no son más que instrumentos para dirimir nuestras diferencias o una vasta red inter-conectada de pactos que mantienen la convivencia en un mundo salpicado de violencia e integrado en un tejido compacto de situaciones de conflicto y de relaciones de poder, como Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569) demuestra reiteradamente en su lúcido y deleitoso tratado de derecho de bienes, denominado *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres* (1564). Este coherente pensador del siglo XVI escribe en pleno apogeo de la escolástica barroca y retoma la tradición conciliar en el derecho canónico en

---

<sup>A</sup> *In Verrem lib. 2 cap. 5* (70 A. DE C.). No era esbelta la cruz, como se ve en las imágenes piadosas. Era más bien corta. Los pies del ajusticiado quedaban a muy poca distancia del suelo.

<sup>B</sup> Es posible que el gobernador romano en Judea aprovechara gustoso la posibilidad de calmar con un acto intimidatorio la tensión que reinaba en Jerusalén durante la Pascua. Cfr. Paul Winter (1904-1969), *On the trial of Jesus* (1961).

## *Un libro de derecho del siglo XV<sup>o</sup>*

la cual, al decir de Juan Alfonso de Segovia (1386-1458), la verdad se prefiere a la ficción, «*ueritas præfertur fictioni*». <sup>A</sup> El régimen jurídico propio del derecho público centraliza el orden social, operándolo sobre la base de normas inmutables e impertérritas, colocado en *ἡ ἱεραρχία* del mando férreo del decreto y de la obediencia servil a la ley y articulado por medio de unas relaciones de subordinación entre unos hombres y otros. Bajo el esquema de la planificación centralizada, los decisores de las políticas públicas carecen de una información adecuada, y los burócratas que ejecutan los programas sociales carecen de un incentivo suficiente. Inversamente, el derecho privado descentraliza el orden social, operándolo sobre la base de normas flexibles y negociables, colocado en *ἡ ἐτεροαρχία* de una red de relaciones para la efectiva coordinación entre unos hombres, que son iguales ante la ley, con la implementación de un conjunto de mecanismos de información y de incentivos, con los cuales, en la economía, las personas con una información adecuada son las que deciden, y las personas con un incentivo suficiente son las que actúan.



---

<sup>A</sup> *Tractatus de Concilio et Ecclesie Auctoritate* pág. 224 (1439).

*refundido para el siglo XXJ*

## Controversia 4

La voluntad expresa y sintetiza los límites entre los que oscila el pensamiento y la acción; refuerza el vínculo que une a la racionalidad endógena del individuo con la causalidad, para que la persona evite quedarse atrapada en un atasco. En la racionalidad se subraya la relación con que son encadenadas las expectativas del intelecto; casi por definición, éstas desembocan en una necesidad lógica, inmanente, inevitable. Éste es el orden lógico y necesario, y no otro. En la causalidad se destaca la relación con que son conjuntadas las impresiones sensibles; aquellas revelan el sometimiento ante la contingencia. En estas acepciones y connotaciones percibimos ya —siquiera vagamente— la tensa relación entre lo sensible y lo conceptual que caracteriza a la reflexión desde Platón;<sup>A</sup> el nexos causal es ilusorio, como observa Ludwig Josef Johann Wittgenstein (1889-1951) desde la soledad de los fiordos noruegos.<sup>B</sup>

---

<sup>A</sup> En el *Τίμαιος*, uno de sus últimos diálogos. «*The squirming facts exceed the squamous mind*», Wallace Stevens (1879-1955), *Connoisseur of Chaos cant.* 3 (1944).

<sup>B</sup> Cfr. *Tractatus Logico-Philosophicus* 6.37-371 (1922). Algazel y Hume igualmente negaron que existiera un vínculo necesario entre un hecho y aquellos otros con los que está habitualmente asociado. Philipp Frank (1884-1966), *Das Kausalgesetz und seine Grenzen* (1932).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

La voluntad es un término que refleja algo más que el simple hecho de elegir: *ἡ προαίρεσις*; *uoluntas* encierra un significado distinto que *ἡ βούλησις*, del cual es una simple traducción literal. En consecuencia, ¿de qué estamos hablando?, ¿cómo se explica dicho concepto? El término *«uoluntas»* denota un crisol donde se reúnen los poderes que alberga el . En Occidente, el alma ganó alas y comenzó a volar mediante un proceso por el cual se interioriza la inspiración externa de los dioses en una facultad propia de cada ser humano. En las representaciones de la tragedia griega —un ritual dionisiaco<sup>A</sup>— por primera vez encontramos que este conflicto, antes divino, se desata en el alma humana.



Así aparece con frecuencia en Eurípides (450-380 A. de J.C.): antes de asesinar a sus hijos, Medea dice que

---

<sup>A</sup> Pues estaba más cercano a nosotros, según Publio Ovidio Nasón (43 A. de J.C.-18), el dios que nació dos veces —mitad dios y mitad hombre—, «*nec enim praesentior illo est deus*»; ningún otro dios de aquel cielo grecolatino se había mostrado tan cercano al hombre.

### *refundido para el siglo XXJ*

sabe qué crimen está a punto de cometer,<sup>A</sup> pero su pasión es más fuerte que sus deliberaciones, «*θυμὸς δὲ κρείστων τῶν ἐμῶν βουλευμάτων*»; acá no debe nada a la intervención de los dioses.<sup>B</sup> Cabe resaltar que, bajo la perspectiva monoteísta de un Dios omnipotente, «*voluntas*» es el nombre para designar la facultad creadora, la maravilla —¡caso el milagro!— *creationis ex nihilo*: la fuente inagotable de la contingencia, que se halla incompletamente traspuesta al hombre,<sup>C</sup> pues *ἡ ποίησις*, inspirada por el arribo de las Musas, no brota

---

<sup>A</sup> Piénsese también en la cruel Martina surgida de la pluma de Augusto Guzmán (1903-1994), *Cuentos del Pueblo Chico* (1954), o la verídica Elvira de Víctor Hugo Rascón Banda (1948-2008), *La fiera del Ajusco* (1983). Ambos escritores trasladan el mito de Medea a un contexto netamente local.

<sup>B</sup> Bruno Snell (1896-), *Die Entdeckung des Geistes; Studien zur Entstehung des europäischen Denkens bei den Griechen* (1946).

<sup>C</sup> «Que así como Dios tiene en su poderío la fábrica del mundo, y con su mando la gobierna: así el ánima del hombre tiene el cuerpo sujeto, y según su voluntad lo mueve y lo gobierna: el qual es otra ymagen verdadera de aqueste mundo a Dios sujeto», Fernán Pérez de Oliva (1494-1533), *Diálogo de la dignidad del Hombre* (1546). «*Deum te igitur scito esse, si quidem est deus, qui viget, qui sentit, qui meminit, qui providet, qui tam regit et moderatur et movet id corpus, cui praepositus est, quam hunc mundum ille princeps deus*», Cicerón, *De re publica lib. 6 cap. 26*.

## *Un libro de derecho del siglo XVI,*

como una nueva  del fondo del alma de las personas.

Vives incorpora la rica iconografía que acompaña al Panteón del politeísmo greco-romano en la comedia *Fabula de Homine* (1518); los dioses que habitaban en el Monte Olimpo, unos y otros, irrumpen en carcajadas y gritos de admiración ante uno de los espectáculos más fascinantes que han podido contemplar: la desnuda criatura humana, azorada ante el misterio, casi a oscuras, ofrece un simulacro que sólo tiene la carcasa de la divinidad de la fe monoteísta, pero que les infunde tal asombro, tal extrañeza, que la identifican con Júpiter. «*i Summe Iuppiter, quantum illis spectaculum!*» Una ovación de gritos, aplausos y alaridos de placer despide a la humana criatura cuando, al término de su interpretación, en verdad soberbia y magistral, sube para saludar a su público, y el abarrotado teatro puesto en pie clama para que ingrese en sus filas con los dioses en sus dorados espacios del Olimpo. Con finura y desbordante imaginación, Vives representa la idea judeocristiana de que Dios nos creó para enseñorearnos sobre el mundo; así ataja el peligro herético de Pelagio (360-420) del que tal vez se encontraba despreocupado Giovanni Pico della Mirandola (1463-1493);<sup>A</sup> a diferencia del escritor

---

<sup>A</sup> «*O summan Dei patris libertatem, summan et admirandam hominis felicitatem! Cui datum id habere quod optat, id esse quod uelit*», *Oratio de hominis dignitate cap. 16* (1489). Según Pelagio  
86

## *refundido para el siglo XXJ*

renacentista, toda la obra de Vives surca los límites de la razón y la voluntad humanas. La agudeza humana, si bien fue hecha a imagen y semejanza de Dios, tiene también una serie de elementos que podríamos llamar de carácter limitativo.

La voluntad es una segunda razón, que lleva en sí algo tan arbitrario y contingente como el ciego azar. De esta suerte, Arturo Schopenhauer (1788-1860) intuye, movido por un arranque de ateísmo, la posibilidad de sustituir en su filosofía la magnífica y misteriosa voluntad divina por otra voluntad metafísica; ambas infunden un sentimiento natural y hondo, el escalofrío ante la fragilidad y la indefensión de la existencia. *Des Dinges an sich* no es sino esa voluntad, intuida por Schopenhauer, que impulsa la evolución de la vida y de la que la individualidad es su inevitable víctima; la misma es tan real que uno comprende inmediatamente su absoluta realidad, «*ein durchaus unmittelbar Erkantes und so sehr Bekantes, dass wir, was Wille sei, viel besser wissen und verstehn als sonst irgend etwas, was immer es auch sei*».<sup>A</sup>

Es preciso aclarar que la subsunción de la racionalidad bajo la égida de la voluntad en el derecho, que está en la

---

es el hombre con sus fuerzas, por medio de un ascenso cognoscitivo y volitivo, el que alcanza la divinidad al margen de la gracia salvífica de Dios.

<sup>A</sup> *Die Welt als Wille und Vorstellung* lib. I cap. 22 (1819).

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

base del positivismo jurídico, no pertenece al Diabólico Florentino ni a Hobbes.<sup>A</sup> Tampoco pertenece a los irracionalistas Nietzsche<sup>B</sup> ó Schopenhauer.<sup>C</sup> No se puede negar que estos escritores conservan toques manieristas provenientes del barroco hispano-luso y catalano-aragonés;<sup>D</sup> lo cierto es que la preceptiva literaria de Schopenhauer provino de sus lecturas tempranas de Gracián<sup>E</sup> y que su traducción al alemán del *Oráculo manual y arte de prudencia* (1646)<sup>F</sup> fue objeto de profundo estudio y

---

<sup>A</sup> *Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth* (1651).

<sup>B</sup> *Die Geburt der Tragödie aus dem Geiste der Musik* (1872); *Menschliches, Allzumenschliches* (1878); *Also sprach Zarathustra* (1883-85); *Jenseits von Gut und Böse* (1886); *Zur Genealogie der Moral* (1887); *Der Fall Wagner* (1888); *Die Götzen-Dämmerung* (1889); *Der Antichrist* (1895), *Nietzsche contra Wagner* (1895), *Ecce Homo* (1908).

<sup>C</sup> Cfr. *Die Welt als Wille und Vorstellung* (1819); *Über den Willen in der Natur* (1836).

<sup>D</sup> Según Ernest Robert Curtius (1886-1956), más vale hacer a un lado el término <barroco> y hablar en cambio de <manierismo>, que aparece como una tendencia cíclica en la historia literaria, *Europäische Literatur und lateinische Mittelalter cap. 15* (1953).

<sup>E</sup> *El Héroe* (1639), *El Político* (1640), *El Discreto* (1646), *Agudeza y arte de ingenio* (1648).

<sup>F</sup> *Hand-orakel und Kunst der Weltklugheit* (1861).

### *refundido para el siglo XXJ*

análisis por parte de Nietzsche. *Die spanische Barockscholastik* en manos indianas hizo una enorme aportación a la doctrina del derecho. Claro está que se requieren estudios filológicos del acervo intelectual y jurídico de los siglos XVI y XVII: no es posible separar la forma de la exposición de su contenido. El género barroco evoca con idoneidad aquella espléndida síntesis de la voluntad y de «un otro yo»,<sup>A</sup> la razón.

Sin embargo, la idea que conduce al positivismo jurídico se remota aun más lejos, hasta el siglo XIII; el canonista Lorenzo Hispano (1200-1248)<sup>B</sup> la enunció en un comentario,<sup>C</sup> «*Unde et dicitur habere celeste arbitrium...o quanta est potestas principis quia etiam naturas rerum immutat substantialia huius rei applicando alii, et de iustitia potest facere iniquitatem, corrigendo canonem aliquem uel legem, immo in his que uult, est pro ratione uoluntas*».<sup>D</sup>

---

<sup>A</sup> *El Criticón lib. I cap. 8 (1651)*.

<sup>B</sup> Kenneth Pennington (1941-), *Law, Legislative Authority and Theories of Government 1150-1300*, in *The Cambridge History of Medieval Political Thought* pág. 424, 428 (1987); *The Prince and the Law, 1200-1600* págs. 44-48 (1993).

<sup>C</sup> Con referencia a la decretal de Inocencio III (1161-1216), *Quanto personam (1189)*.

<sup>D</sup> *Apparatus glossarum Laurentii Hispani in Compilationem tertiam lib. I tit. 3 Quanto personam (1215)*.

## *Un libro de derecho del siglo XV<sup>o</sup>*

Lorenzo comenta que la voluntad divina ejercitada por el Sumo Pontífice como legislador puede considerarse la razón misma. Lorenzo cita la frase de Décimo Junio Juvenal (60-140), «*est pro ratione uoluntas*»<sup>A</sup> e indica que no hay quien, en el mundo, que le pueda decir ¿por qué haces esto? «*Non est in hoc mundo qui dicat ei <Cur hoc facis>*»; apunta que no existe marco externo de racionalidad desde el cual puede juzgarse la voluntad de Inocencio III (1161-1216), fuera de la mera razón del Sumo Pontífice. De suerte que, en el siglo XV, el canonista Segovia muestra el claro corte que en el derecho público distingue a la racionalidad de la causalidad.<sup>B</sup> Tal distinción no se introdujo de nuevo hasta mediados del siglo XX por Hans Kelsen (1881-1973).<sup>C</sup> Vaya por delante que Segovia distingue el derecho y la política —esto es racional— de la naturaleza y la percepción —esto es causal— porque la voluntad humana debe intervenir para desencadenar una consecuencia político-jurídica, «*ex ea, que prefuit, uariaque esse potest uoluntate ordinatoris*». Cinco siglos después, Kelsen hace el mismo distingo, basado en la intervención de la

---

<sup>A</sup> *Saturæ lib. 6 (90)*.

<sup>B</sup> *Historia actorum generalis synodi Basiliensis lib. 17 cap. 47 (1453)*.

<sup>C</sup> *Kausalität und Zurechnung, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie lib. 46 pág. 321 (1960)*.

*refundido para el siglo XXJ*

voluntad humana, «*durch den Eingriff eines menschlichen Willens*». <sup>A</sup>

Hobbes, en cambio, sintió la necesidad de disociar a la voluntad de la racionalidad, cuando sugirió que la voluntad es el apetito postremo en la deliberación, «*last appetite in deliberation*»; <sup>B</sup> actitud que, *nach einem romantischen Zwischenspiel*, Nietzsche llevaría al extremo del delirio irracional *mit seiner Formulierung des Begriffs vom <Willen zur Macht>*, al zahír al *<Willen zum Leben>* de Schopenhauer. Rechazar la razón y reemplazarla por una desenfrenada voluntad de dominio, sin un sentido de lo posible, incapaz de desplegar una agenda que recoja urgencias y ordene prioridades —el economista utiliza reiteradamente el término <preferencias>— no conduce a nada. Las personas debemos elegir y ser consistentes con nuestras elecciones. Es más, el dominio nietzscheano es un elemento concomitante con la obediencia religiosa, aunque Nietzsche no quiso sacar esta conclusión, «*Das dem Stärferen diene das Schwächere, dazu überredet es sein Wille, der über noch Schwächeres Her sein will*». <sup>C</sup> En el fondo no vemos cómo puede escaparse a ella: la aceptación con el sustento de la

---

<sup>A</sup> La voluntad es la semilla que germina el positivismo jurídico.

<sup>B</sup> *The Questions Concerning Liberty, Necessity, and Chance* pág. 35 (1656).

<sup>C</sup> «*[D]ieser Luft allein mag es nicht entrathen,*» Von der Selbst-Überwindung, *Also sprach Zarathustra* lib. 2 (1884).

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

razón es menos degradante que la obediencia a ciegas y servil, bajo un mando arrogante y feroz. El pensador cordobés Lucio Anneo Séneca lo dice sin ambages, «*non pareo deo, sed adsentior*». <sup>A</sup> Hobbes ya no manejará este concepto; incluso ya no sirve mantener una complementariedad entre la voluntad y la Razón; el hombre deberá utilizar otros elementos, otras facultades, otras capacidades, y no esa voluntad vinculada a sus apetitos desaforados, a sus lazos pasionales y atávicos.

No obstante, no queda claro, luego de la gran tradición de la Ilustración, por qué Hobbes sintió que era necesario disociar a la voluntad de la racionalidad. Los hijos del siglo XX, y de sus horrores, hemos llegado a comprenderlo. Por lo que respecta al cálculo, cuyo papel habría sido siempre el de iluminar a la espontaneidad irreflexiva, cabe destacar que la estructura misma del pensamiento cambió durante el proceso que abrió paso a la época moderna. <sup>B</sup> La transformación que se dio tuvo un relieve tal que el eje definidor de la modernidad originó en ella. De ahí que, a partir de la denominada Ilustración, cuya

---

<sup>A</sup> «*Ex animo illum, non quia necesse est, sequor,*» *Epistola 46 (50)*.

<sup>B</sup> «*[M]agistra est igitur, et præceprix uoluntatis, ratio, non domina,*» Vives, *De anima et uita libri tres (1538)*.

## *refundido para el siglo XXJ*

consigna era «*i Sapere aude!*»<sup>A</sup>, la racionalidad buscaría descubrir la certeza clara y distinta del mecanismo causal.<sup>B</sup> La <filosofía> arrebató la consigna de su contexto original en la <filología>, «*Dimidium facti qui coepit habet: sapere aude*»,<sup>C</sup> para atraparla en una entelequia etérea, totalmente ajena a la razón del astuto comandante Ulises, quien por cierto personifica un héroe provecito de mente aguda y práctica. La agudeza e ingenio endógenos al hombre de carne y hueso, a partir de este momento, desaparecen como acepción principal de la razón.

---

<sup>A</sup> «*i Habe Muth dich deines eigenen Berstandes zu bedienen!*» Immanuel Kant (1724-1804), *Was ist Aufklärung?* (1784). Cfr. la ponencia que pronunció en Berkeley en 1983 Michel Foucault (1926-1984), *Qu'est-ce que les Lumières?*

<sup>B</sup> Para lograr esta transformación, en la primera mitad del siglo XVII, Francis Bacon (1561-1626) rechazó la causalidad final, «*ex his causa finalis tantum abest ut presit, ut etiam scientias corrumpat*», *Novum Organum lib. 2 cap. 2* (1620). Incluso, Descartes trasmutó las causas formal y material en la causa eficiente y la extensión geométrica, por medio de la aplicación del álgebra a la geometría y un sistema de coordenadas que surcan las dimensiones del espacio, *Géométrie* (1637). En la segunda mitad del siglo XVII, Newton simplificó los vórtices causales cuando sistematizó —a la par que Leibnitz— el cálculo infinitesimal, *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica* (1687).

<sup>C</sup> Quinto Horacio Flaco (65 A.de J.C.-8 A.de J.C.), *Epistularum liber primus, ep. 2* (20 A.de J.C.).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

La racionalidad exógena de la Ilustración pretende funcionar con la precisión de una maquinaria de reloj;<sup>A</sup> y como todos los relojes marchan a la misma hora,<sup>B</sup> la Razón, digna de ese nombre, ha de ser tan sólo una. La Razón irradia la confianza del pensamiento claro en el que «*le blanc est blanc, le noir est noir*».<sup>C</sup> Tras el éxito que tuvo la física de Newton en el siglo XVIII, se introduce el infalible método matemático para estudiar las ciencias morales. Con lógica infalible, Kant explica los errores de juicio en términos de una suma ideal entre vectores newtonianos, «*wird es daher nötig sein, das irrige Urteil als die Diagonale zwischen zwei Kräften anzusehen*».<sup>D</sup> Según Descartes, la Razón llevará, a su conjuro y virtualmente sin esfuerzo, a un predominio de la virtud en la conducta, ya que «*la doctrine ordinaire*

---

<sup>A</sup> Gracias al descubrimiento del isocronismo del péndulo por Galilei fue posible el desarrollo del reloj mecánico, Christiaan Huygens (1629-1695), *Horologium Oscillatorium sive de motu pendulorum* (1673); con el avance de la mecánica de precisión, se llegó a principios del siglo XVIII a una exactitud en la medición del tiempo de un par de minutos a la semana, lo que culmina en la visión de Newton del universo físico como un gran reloj. ¿Cómo lo supo? Pues lo verificó con su reloj.

<sup>B</sup> Albert Einstein (1879-1955) logró romper el esquema de los relojes sincrónicos. *Zur Elektrodynamik bewegter Körper, Annalen der Physik und Chemie lib. 17 pág. 891* (1905).

<sup>C</sup> Claude Adrien Helvétius (1715-1771), *De l'Homme cap. 23* (1772).

<sup>D</sup> *Kritik der reinen Vernunft pág. 295* (1781), 351 (1787).

*refundido para el siglo XXJ*

*de l'École est que uoluntas non fertur in malum, nisi quatenus ei sub aliquâ ratione boni repræsentatur ab intellectu».*<sup>A</sup> Cuando está pronta la aparición de la obra de Descartes, Grocio ya modela al derecho público sobre las matemáticas, «*sicut mathematici figuras a corporibus semotas considerant, ita me in jure tractando ab omni signulari facto abduxisse animum».*<sup>B</sup> Más tarde, el barón von Leibnitz sustituye la idea clara y distinta del cartesianismo por una lógica despiadadamente matemática, «*ut nulla vox admittatur, nisi explicata»* et «*ut nulla propositio, nisi probata»*;<sup>C</sup> él y der deutsche Naturrechtslehrer Freiherr von Pufendorf siguen la senda abierta por el maestro Erhard Weigel (1625-1699), quien asegura que «*Matheis non sit pars Philosophiæ ... ed quod it ipsima Philosophia».*<sup>D</sup> En el derecho público el racionalista Kant invierte el orden establecido por Lorenzo Hispano, al subsumir a la voluntad más bien bajo el imperativo de la racionalidad;<sup>E</sup> y Rousseau, el hijo del relojero de Ginebra, subordina *la volonté générale* ante el dictamen

---

<sup>A</sup> Carta remitida el 30 de mayo de 1637 a Marin Mersenne (1588-1648).

<sup>B</sup> *De iure belli ac pacis libri tres* pág. 59.

<sup>C</sup> *Noua methodus discendæ docendæquæ iurisprudentiæ* pág. 25 (1667); *Characteristica Uniuersalis* (ohne Überschrift, 1677).

<sup>D</sup> *Philosophia mathematica* 2.62 (1693).

<sup>E</sup> *Kritik der praktischen Vernunft* (1788); *Die Metaphysik der Sitten* lib. I (1796).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

de la Razón, «*Il faut obliger les particuliers à conformer leurs volontés à leur raison*». <sup>A</sup> La razón histórica bien podría manifestarse en los astutos ardides del comandante Ulises; sin embargo, Hegel confunde irremisiblemente a la razón de éste con la Razón del ceñudo filósofo Platón. De ahí que la nueva ideología garantiza la impunidad de una larga lista de monarcas absolutos, celosos de sus prerrogativas, fanáticos dictadores y déspotas, algunos ciertamente ilustrados, quienes desde el ejercicio del poder más absoluto y sanguinario, establecen *la tradition étatiste et dirigiste des économies du XVIIe au XXe siècle*.

Para explicar la búsqueda incansable de la certidumbre racional a partir de aquel período, el filósofo Stephen Edelston Toulmin (1922-) vuelve a la historia social. <sup>B</sup> Sostiene que fue concebida como una respuesta reactiva a la acción corrosiva de la inseguridad que provocó la discordia entre grupos humanos. Durante el siglo XVII, Europa se vio sumergida en una vorágine de trágicas guerras religiosas que trajeron hambruna y desastre; la sociedad se vio inmersa en un clima de incertidumbre ante la ola de agitación estruendosa que lo invadió todo y le confirió al siglo XVII un sentido espeluznante que rebasa los límites de nuestra comprensión.

---

<sup>A</sup> *Du Contrat social lib. 2 cap. 6 (1762)*.

<sup>B</sup> *Cosmopolis, The Hidden Agenda of Modernity (1990)*.

## *refundido para el siglo XXJ*

### La «red de sombra religiosa encubierta tiranía»

vaticinada por Juan de Mena (1411-1456)<sup>A</sup> en el siglo XV, se prolongó en el ámbito de la cristiandad europea hasta la paz de Westfalia. Una mirada cautelosa y crítica a los hechos y los repliegues de la historia social abre nuevas vertientes de investigación, pero también es importante penetrar hasta la estructura del pensamiento humano. Toulmin no sólo pasa por alto el análisis de las interconexiones complejas y numerosas que se producen entre las concepciones de racionalidad y de causalidad,<sup>B</sup> sino que también es incapaz de percatarse del cambio —a peor<sup>C</sup>— que se

---

<sup>A</sup> *Coplas contra los pecados mortales* (1483).

<sup>B</sup> Él concede, «*The debate about rationality (rules/rule conformity) and causality (laws/law governedness) is too often pursued in a way that fails to allow for the complexity and diversity of the points at issue,*» Rules and their Relevance for Understanding Human Behaviour, en *Understanding Other Persons* pág. 187 (1974).

<sup>C</sup> La perversa «Razón» del la Ilustración arranca el deseo, la emoción y la aspiración del proceso cognitivo de la mente, para depositarlos en esa parte oscura que también nos constituye: nuestro subconsciente —la gran aportación de Freud— como si la percepción de lo propio y el propio sentimiento nos estuvieran vedados. *Die Traumdeutung* (1900). Todavía no hay pruebas para sostener que los motivos del id están disfrazados y censurados por el ego y el superego para evitar su intrusión en la conciencia. *Das Ich und das Es* (1923).

*Un libro de derecho del siglo XVIII,*

produjo durante la Ilustración de la naturaleza del pensamiento humano.<sup>A</sup> Esta última es determinante en gran medida de la naturaleza de la experiencia humana. Tras la Ilustración, la racionalidad siguió el modelo reinante de la causalidad, la cual pone de manifiesto, a su vez, la certeza clara y distinta de un mecanismo causal. La confusión de la racionalidad y la causalidad que se produce después de la Ilustración es la razón por la que Hume se ve *obligado* a desterrar la idea de que hay una relación causal necesaria: sólo suponemos que renacerá el sol en rojo hiriente del nuevo día a partir de la experiencia,<sup>B</sup> meditación que está ya enunciada, con anterioridad, incluso a Algazel, en la sátira menipea *Zeús Τραγωιδός* (150) de Luciano de Samosata (120-190). El otro extremo conduce al irracionalismo, por lo demás absurdo y emparentado con el racionalismo. Como observa Alfred North Whitehead (1861-1947), nosotros utilizamos de

---

<sup>A</sup> Cfr. las críticas de Hayek al pensamiento comtiano en *The Counter-Revolution of Science: Studies in the Abuse of Reason* (1952). Desde el dástico estudio de Émile Durkheim (1858-1917), *Le Suicide* (1897), las diversas sociologías que se han desarrollado a lo largo del siglo XX caen en la trampa racionalista de creer que *les faits sociaux* tienen una existencia objetiva y real.

<sup>B</sup> *Philosophical Essays Concerning Human Understanding* (1748); *An Enquiry Concerning Human Understanding* (1758).

## *refundido para el siglo XXJ*

manera cotidiana la racionalidad.<sup>A</sup> El razonamiento práctico, por su parte, es la expresión suprema de la racionalidad inherente en la elección humana como una causalidad de circunstancias: se trata nada menos que de la razón del astuto comandante Ulises, no la del obcecado filósofo Platón, cerrado en sí mismo y obsesionado únicamente por su intelecto.

Una estrecha interpretación del barroco no comprende al humanismo en todo su alcance. Aquí tenemos la clave de lo que falla en el pensamiento de Toulmin. Con la obra historiográfica de José Antonio Maravall (1911-1986)<sup>B</sup> como referente, Toulmin considera al manierismo como la deformación sistemática del pensamiento, sujeta a la enorme contradicción que llevó a la sociedad europea a las rencillas entre pueblos y a la vasta epopeya de la guerra entre católicos y protestantes. Es exactamente al revés, y Maravall se equivocó: la cultura del barroco es la confluencia y la convivencia de varias perspectivas unidas en el punto común de la mirada del observador con su particular visión —amplia, múltiple y viva— del mundo. El observador se ubica en una posición de privilegio autorreferente, viéndose con diversas luces, de mayor o menor intensidad, desde múltiples

---

<sup>A</sup> *The Function of Reason (1929); Science and the Modern World (1925)*.

<sup>B</sup> *La cultura del barroco (1975)*. Cfr. Toulmin, *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning* pág. 145 (1988).

*Un libro de derecho del siglo XVII,*

ángulos, con muchos prismas; se entromete en el tiempo y el espacio para romperlos en fragmentariedad espejeante; a pesar del avance paralelo e inconexo de distintas formas para interpretar la realidad, su radiante visión humanística tiene una cohesión notable. La época del barroco es la extensión natural del renacimiento; la estilística renacentista alcanza su madurez con el manierismo. La cultura del barroco es un humanismo apasionado e intenso. El sujeto racional observa no sólo una acumulación de objetos externos, separados de su mente, sino que se produce una suerte de entrecruzamiento de dichos objetos con su percepción subjetiva. Así, el lenguaje ha adquirido mayores maneras y acentos; una enorme riqueza verbal que desborda a veces las posibilidades de la lengua, y una plurivocalidad que lleva a un sentido de posibilidades nuevas e innovadoras perspectivas. En consecuencia, el discurso se representa como un contrapunto más cercano a la realidad. Según Toulmin, el manierismo podría bien denominarse como «*histrionic and grotesque*».<sup>A</sup> La perspectiva y la proporción renacentistas han cedido terreno ante la exageración y la tendenciosidad barrocas: hay una sobre-profusión de ideas, una sátira de géneros atiborrados de parloteo arcano, fogoso discurso, laboriosa imagen, parábola, alegoría, verso, Sagrada Escritura, mito, perífrasis,

---

<sup>A</sup> *Cosmopolis*, pág. 54.

*refundido para el siglo XXJ*

concepto, hipérbaton, aforismo, hipérbole, afilado epigrama y fórmula mágica —todos los ingredientes cultos de un caldero de original, divertida y ocurrente erudición—. El humor, siempre agudo, produce escenas geniales y conmovedoras en la tradición de la sátira menipea, que pretenden desmistificar la filosofía y explorar y revelar la condición humana con un pulso empecinadamente realista. Se acierta al reproducir el estilo limpio e imaginativo utilizado por el poeta zaragozano Aurelio Clemente Prudencio (348-405)<sup>A</sup> y el epigramático tarragonés Marco Valerio Marcial (40-101).<sup>B</sup> En la interpolación de imágenes, *ὁ λόγος ἔλαβε τὸ ἦθος σου καὶ τὸ πάθος σου* por medio de la personificación de la entidad abstracta. La cultura del barroco se fundamenta en lo razonable y piadoso; resulta paradójico que el humanismo se haya llegado a considerar hoy más bien como una forma de agnosticismo; cualesquiera que fueran las enseñanzas del humanismo secular, éste se enraíza últimamente tanto en el valor judeocristiano de compasión como en una vuelta al mundo grecolatino. La tradición agustiniana de la primacía de la voluntad por encima de la razón, y del respeto a la persona, da la impresión de haber triunfado sobre la otra tradición agustiniana del

---

<sup>A</sup> *Apotheosis* (380); *Dittochæon* (385); *Psychomachia* (390).

<sup>B</sup> *Epigrammata* (70).

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

estigma del pecado original,<sup>A</sup> y de respeto hacia figuras de autoridad. El restaurador de la antigua lengua, Petrarca (1304-1374), indica el cambio de actitud al destacar que la primera regla es el cultivo de la verdadera voluntad antes que del intelecto: «*Tutius est uoluntati bone ac pie quam capaci et claro intellectui operam dare*»,<sup>B</sup> que termina por precipitar el desenlace previsible del Siglo de Oro, donde la dialéctica y la argumentación ceden ante el ingenio y la persuasión. En el género barroco se manifiesta la inclusión reconocible de otros textos e idiomas, que lo transforman en una perfecta torre de Babel, con la característica singular de que sus huéspedes no sólo deben fundirse mediante un sincretismo políglota, sino también se requiere de un expansivo compromiso estético. En la sátira menipea, a fin de estimular la decisión volitiva y de aguzar el acto cognitivo, se mezclan el temblor interno que produce la creación poética con el orden de la argumentación en tono mesurado, coherente y sobrio que proporciona el diálogo. La época del barroco logra, en suma, desarrollar un arte depurado de la persuasión; es decir,

---

<sup>A</sup> La idea paulina de que Cristo, como nuevo Adán —como nuevo primogénito de la humanidad redimida—, canceló la obra de devastación que Adán el rebelde había sembrado, «*ὡςπερ γὰρ ἐν τῷ Ἀδάμ πάντες ἀποδηήσουσιν, οὕτως καὶ ἐν τῷ Χριστῷ πάντες ζῶσσοποιηθήσονται*».

<sup>B</sup> *De sui ipsius et multorum ignorantia* (1367).

## *refundido para el siglo XXJ*

el arte superior de persuadir que hace posible la convivencia pacífica de los diversos y de los opuestos. Es el arte que descubre la riqueza inmanente en el pluralismo y la tolerancia sociales, con respeto a la dignidad y a la conciencia de cada persona. Vives observa, «*Humanæ omnes societates duabus potissimum rebus ac continentur, iusticia ac sermone; quarum si alterutra desit, difficile sit cœtum et congregationem ullam siue publicam siue priuatam diutius consistere ac conseruari. Neque enim uel cum iniquo possit quis habitare...uel cum eo uelit uiuere, quem non intelligit*».<sup>A</sup>

Cabe mencionar que Toulmin pone reparos al conjunto en mármol de Gianlorenzo Bernini (1598-1680), integrado por santa Teresa de Jesús (1515-1582) en éxtasis y un querube desnudo que se presenta sin las telas encoladas que tenía y que parece a punto de atravesarla con una flecha. Hay una mezcla inextricable de raptó místico y manifestación orgiástica en esta representación de la santa, con la que Bernini logró esculpir una de las obras más volátiles y dinámicas jamás realizadas. En efecto, se trata de la estatua más sugerentemente erótica que pueda contemplarse en una iglesia. El espíritu puritano de Toulmin no logra entender que la misma obra se basa en aquella poderosa tradición de hablar de la unión con Dios en las alturas, por el camino de la experiencia mística, con una voz que confunde el ámbito de esta esfera, con el amor

---

<sup>A</sup> *De disciplinis lib. 3 cap. 1 (1531).*

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

profano;<sup>A</sup> una nueva y excitante aventura que llena muchas de las páginas que la misma santa escribe:<sup>B</sup>

«Hirióme con una flecha  
enherbolada de amor  
y mi alma quedó hecha  
una con su Criador».<sup>C</sup>

La mentalidad de Toulmin tiene que ver más con el espíritu puritano de los primeros colonos del norte que con el beato desposorio espiritual que encontramos metafóricamente descrito en el שֵׁר דְּשִׁירִים , que tan poética como eróticamente recoge la mística ortodoxa de la santa de Ávila.

---

<sup>A</sup> Cfr. san Gregorio el Grande (540-604), *Super Cantica Canticorum expositio* (580).

<sup>B</sup> Cfr. el lenguaje figurativo de sugestiva y compleja carga metafórica y conceptual de *El castillo interior o Las Moradas* (1577).

<sup>C</sup> *Sobre aquellas palabras <dilectus meus mihi>*. «Veíale en las manos un dardo de oro largo, y al fin del hierro me parecía tener un poco de fuego. Este me parecía meter por el corazón algunas veces, y que me llegaba a las entrañas: al sacarle me parecía las llevaba consigo, y me dejaba toda abrasada en amor grande de Dios,»<sup>c</sup> *La vida de la Santa Madre Teresa de Jesús, y algunas de las mercedes que Dios le hizo, escritas por ella misma cap. 29* (1565).

*refundido para el siglo XXJ*

## *Emblema I*



*Pienso en la diosa  con el pequeño  en brazos,  
cargados de ternura, como la Virgen con el Niño;  
la égloga de Virgilio que predijo de tu llegada;  
y el sol en cruz que Constantino tuvo frente a sí.  
Verdadero Dios y verdadero hombre, Dios encarnado,  
cabe con Atanasio, patriarca de Alejandría, decir que:  
«Αὐτός γὰρ ἐνηνθρώπησεν, ἵνα ἡμεῖς θεωποιηθῶμεν».*

*Un libro de derecho del siglo XVIII,*

*El papel irremplazable del ideario cristiano en la promoción de un auténtico humanismo reside en la humanidad del Verbo encarnado, Jesús verdadero Dios y verdadero hombre, con su virtud inconfundiblemente humana —una virtud demasiado humana, diría Nietzsche—. La dignidad humana se eleva a un rango inusitadamente grande, a la altura misma del único Dios, Creador y Señor del universo. Despierta un humanismo total y absoluto; afirma ese valor supremo que es la vida humana, el valor inestimable de cada hombre y niño, sin el cual no es posible que haya la convivencia respetuosa y pacífica ni los más elementales <derechos humanos>. ¿Por qué no decirlo?*

refundido para el siglo XXJ

## Controversia 5

En el corazón de la modernidad ya nada es verdadero; según el razonamiento de Nietzsche, la luz de la verdad no es más que «*ein bewegliches Heer von Metaphern, Metonymien, Anthropomorphismen*». <sup>A</sup> Sin embargo, los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos tienen un *Weltanschauung* con rasgos diferentes al del nihilismo del siglo XIX: la consecución de ese misterioso impulso hacia la verdad pende de la conciencia humana; aunque ésta resplandezca en cada uno de nosotros con la luz interior de la *sindéresis*, puede tener errores. Vives sostiene que aun quienes están superiormente dotados en su intelecto, de continuo se equivocan; es porque son humanos y es de humanos errar; porque todo lo humano adolece de flaqueza, «*ut sunt humana omnia infirma*». <sup>B</sup> Debemos admitir, con cierta

---

<sup>A</sup> *Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne* (1873). Cfr. Ronald Dworkin (1931-), *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*, *Philosophy and Public Affairs* lib. 25 pág. 87 (1996).

<sup>B</sup> *De Instrumento Probabilitatis, De disciplinis libri XX* (1531). La dialéctica socrática era una discusión que descartaba los lugares comunes y las incoherencias de las opiniones opuestas, dirigida con un sistema consumado a la búsqueda del resplandor de la sola y única <Verdad>. Las disputas de la escolástica tenían un objeto distinto. Trataban de asegurar que el discípulo comprendiera su propia opinión y, por una correlación necesaria, la opuesta.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

solemnidad, que tan sesudos varones no están en posesión de la Verdad absoluta del racionalismo europeo. Sólo mediante el vasto olvido de *un profond changement de mentalité* podría Antonio Regalado García (1932-) aseverar que estos doctores, en el vestíbulo de la época moderna, supusieran la más elevada exposición del espíritu nihilista.<sup>A</sup> En el fondo, los ojos nuevos de la modernidad aparecen como una reacción frente al racionalismo iluminista. Para estos doctores, la humanidad no es *une passion inutile*, por parafrasear a Jean Paul Sartre (1905-1980).<sup>B</sup> *Chaque être humain est crée comme force créatrice a l'image et a la ressemblance du Créateur*; lo cierto es que los cristianos en la península ibérica nunca llegaron a perder la fe,<sup>C</sup> a pesar de que los tiempos eran difíciles y las condiciones de vida lacerantes; hay que mencionar los casi ochocientos años de «luchar contra los moros» como basamento que sostiene su esperanza; fe que para los cristianos ha permitido fomentar a la dignificación humana porque eleva a un hombre de una virtud

---

<sup>A</sup> *Calderón: los orígenes de la modernidad en la España del Siglo de Oro* (1995). Risueños nihilistas; algunos posmodernos ríen y ríen sin saber por qué.

<sup>B</sup> *Être et le néant* (1943).

<sup>C</sup> Sin reparar en que fue el emperador segoviano Flavio Teodosio (347-395) quien en el 380 elevó el cristianismo al grado de única religión oficial del imperio.

*refundido para el siglo XXJ*

inconfundiblemente humana,  $\aleph\aleph\aleph$  <sup>↗</sup>, a la potencia de  $\aleph\aleph\aleph$  <sup>↗</sup>

Los doctores de la escolástica barroca son seguidores del rétor tarragonés Marco Fabio Quintiliano (35-95), quien establece que el ejercicio de la lógica constituye una parte esencial de la retórica, pues la misma pertenece a la razón de su objeto. En la península ibérica en el siglo XVI, la retórica de Quintiliano se funde con otra tradición que imparte a la lógica algunas dosis de lingüística y de gramática y que culmina en el siglo XII con Pedro Hispano (1205-1277).<sup>A</sup> La lógica terminista nos hace descubrir el carácter convencional o artificial, como se dice ahora, del uso lingüístico, y aplica esta intuición a la forma de evaluar la inferencia. Ante la imposibilidad de aplicar una rigurosa noción de verdad a la esfera de la acción humana, el discurrir se torna entimemático: los entimemas son el cuerpo de la persuasión;  $\tau\acute{o}\ \acute{\epsilon}\nu\theta\acute{\upsilon}\mu\eta\mu\alpha$  es una clase  $\tau\acute{o}\ \sigma\upsilon\lambda\lambda\omicron\gamma\iota\sigma\mu\acute{o}\upsilon$  que se aviene con lo probable, y no con

---

<sup>A</sup> *Summulae logicales* (1230). Entre bromas y veras, a mitad de su discurso contra los lógicos, Vives hace alarde de que hay quienes —equivocadamente— piensan que la lógica terminista es oriunda de Bretaña o Irlanda y que fue luego cultivada en París, «nam sunt qui putent haec primum in Britannia aut Hybernia orta, deinde Parisiis alita atque aucta». *Liber in pseudo-dialecticus* (1519). Debemos reconocer con orgullo que la lógica terminista es de origen ibérico.

## *Un libro de derecho del siglo XV<sup>o</sup>*

proposiciones sustentadas en una Verdad única e irrefutable; son menester para la retórica las *consequentiae* como se excitan en la lógica y el retór deberá forzar las posibilidades de ese dispositivo argumental hasta el extremo. Así como individualmente no podemos abrazar como meta la posesión de la certidumbre de la geometría o de la física, es evidente que lo mejor a que se puede llegar es a poseer una opinión justa. La *recta ratio* de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos no conduce a *das allgemeine Gesetz* o a la certeza rotunda basada en el discurrir deductivo a partir de un primer principio, como en el caso de las matemáticas, sino a la opinión y al juicio humanos.<sup>A</sup> En el siglo XVI, fray Domingo de Soto (1495-1560) asegura, «*Alias quippe necessarias demonstratem, ut in Mathematicis, alias uero propter ineuidentiam consequentiae sub opinione colligimus pro qualitate cuiusque scientia*».<sup>B</sup> Podemos observar que la segunda escolástica considera el razonamiento práctico

---

<sup>A</sup> Cabe destacar el rechazo que se gesta siglos atrás en la península ibérica a la teoría neoplatónica de Avicena (980-1037) sobre la unidad del intelecto humano como un ámbito separado, en contacto con la idea acabada y preexistente. Estaba en juego saber si el pensamiento —el verdadero pensamiento— se encontraba bajo el dominio del individuo o no. Cfr. la obra [١٠١٥] القاهرة<sup>ق</sup> intitulada *De anima* (1152) en latín por el traductor toledano, Domingo Gundisalvo (1110-1180).

<sup>B</sup> *De iustitia et iure lib. 1 tit. 5* (1556).

### *refundido para el siglo XXJ*

un asunto de probabilidad, y no de certeza. El discurrir es un arte de vivir, una capacidad práctica que busca, en cada situación, propiciar la acción más apropiada.

¿Acaso habrá que olvidarnos de que las dos contribuciones más extraordinarias del mundo romano al pensamiento occidental fueron el derecho y, por qué no decirlo, la plomería? Que los juristas de Iberoamérica en el siglo XX se hayan dedicado a cultivar la filosofía del derecho, a espaldas de nuestra tradición intelectual más rigurosa que estriba más bien en la filología, es equiparable a una obsesión ciega y contumaz por cultivar la «filosofía de la plomería». Cuando uno tiene que instalar tuberías de agua potable, o tiene que hallar los desperfectos en instalaciones hidráulicas y reparar las averías de las cuales se derivan la humedad o las filtraciones, ¿no lee acaso un manual del plomero práctico, con explicaciones para su sencilla instalación o reparación, y no así un tratado de filosofía de la plomería?^ En la plomería, las conexiones entre tuberías que transportan el agua potable deberían ser lo

---

<sup>A</sup> Desgraciadamente, las instituciones en Iberoamérica parecerían no ser lo suficientemente fuertes para resistir el embate populista de líderes mesiánicos, cfr. Plinio Apuleyo Mendoza (1932-), Carlos Alberto Montaner (1943-) y Álvaro Vargas Llosa (1966-), *El regreso del idiota* (2007); *Manual del perfecto idiota latinoamericano y español* (1996).

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

suficientemente sólidas como para resistir la presión y evitar las fugas. Asimismo, en la doctrina jurídica, las conexiones del razonamiento jurídico —así como las diligencias del juez en un caso— deberán ser lo suficientemente ajustadas e irreprochables para someterse necesariamente a un severo escrutinio en función de sus efectos sobre las partes interesadas en el litigio, o ante la disparidad absoluta y discrepancia radical de quien las considere jurídicamente desacertadas.

Lejos de faltarle lógica y sustento, el razonamiento práctico en manos de nuestros filólogos del siglo XVI muestra, con agudeza e ingenio, los argumentos que aduce. Tan sesudos varones descargan una andanada de argumentos con lógica impecable. Y aunque tales argumentos nunca pierden su apasionada lucidez, estallan entre la volátil, exquisita locura de palabras de una ágil elocuencia. Así, los doctores de la escolástica barroca entrelazan las leyes de la lógica con las maravillas del concepto y del ingenio. Cabe resaltar que suscita un permanente asombro la obra *Agudeza y arte de ingenio* (1648) de Gracián, en la que el escritor aragonés define certeramente el intrincado, complejo y delicado aparato intelectual del ingenio. En sus conceptos más ambiciosos, el hermético y cifrado barroco gusta de multiplicar las variadas ópticas: «Auméntase en la composición la agudeza, porque la virtud unida crece, y la que a solas no pasara de una mediocridad, por la correspondencia con la otra llega a

## *refundido para el siglo XXJ*

ser delicadeza». <sup>A</sup> Así, toda una serie de argumentos entimemáticos, de mayor o menor probabilidad, se interpolan para presentar una metáfora continua que hace que *intentiones* que surjan de la mente del espectador rematen con *consequentia* que forma la agudeza. El ingenio se resuelve siempre en el juego de percepciones y expectativas. Sin embargo, en la dinámica del psiquismo humano no existe un punto de inflexión a partir del cual se vislumbra con claridad que la jugosa argumentación esté cediendo su lugar a la lógica del discurso. <sup>B</sup> Podemos afirmar que el holandés Grocio —grande entre los juristas en la estimación de los europeos del norte— realiza una interpretación burda y manifiestamente imprecisa de la estética atrevida y vibrante del barroco —lo que dificulta su delimitación y estudio—, al plantear que opera como fuente de autoridad, «*Usus sum etiam ad iuris probationem testimoniis philosophorum, historicorum, poetarum...*» <sup>C</sup>

El padre Luis de Molina (1535-1600) indica que *natura* no demuestra en forma clara lo que debe entenderse

---

<sup>A</sup> *Agudeza y arte de ingenio* dis. 51.

<sup>B</sup> El distingo que hace Emanuele Tesaurò (1592-1675) pertenece a una época racionalista posterior, obcecada por la <Verdad> absoluta y elevada. Él mantiene que «*l'unica loda delle Argutezze, consistere nel saper ben mentire*», *Il canocchiale aristotelico* pág. 491 (1670).

<sup>C</sup> Cfr. *De iure belli ac pacis libri tres* Prolegomena.

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

por *iuri naturali*, «*natura non ita distincte nos docere ea quæ iuris sunt naturalis*», y que al deducirlo de un primer principio lejano y obscuro es fácil que se cometa algún error, «*facile error surrepat, præsertim cum conclusiones eiusmodi remote obscureque ex primis principiis colliguntur*»,<sup>A</sup> especialmente en las circunstancias diversas y variables del mundo que habitamos, «*a multis circumstantiis, quibus uariatur*». La vida humana depende de toda una variedad de circunstancias y no hay nada estable en el mundo; se vive en medio de una diversidad innumerable de circunstancias cambiantes. Así es que vaya a saber cuál es lo cierto y verdadero, como adivina fray Luis de León (1527-1591), «*propter multas circumstantias, quas aduertere oportet, non assequuntur quid in huiusmodi rebus sit rectum et verum*».<sup>B</sup>

Para descifrar las causas y analizar de forma realista las condiciones de la vida, y ofrecer una respuesta adaptada a cada problema concreto, los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos consideran que es necesario estudiar cada caso en particular. El discurrir se torna casuístico: acomoda los principios de la acción humana al caso, tiene en cuenta el entorno en que se desenvuelve y mira las circunstancias que le atingen. Cada situación debe analizarse en lo particular y resolverse en lo individual por un razonamiento casuístico. Las normas de

---

<sup>A</sup> *De iustitia et iure trat. 1 disp. 4 (1596).*

<sup>B</sup> *De legibus quest. 5 (1571).*

## *refundido para el siglo XXJ*

aplicación general no pueden anticipar la enorme variedad de situaciones y contingencias que pueden concurrir en cada ocasión, pues el mundo no deja de ser permeable a la inmensa variedad de las cosas.

Cabe adarar que, desde que Blas Pascal (1623-1662) atacó acerbamente al casuismo,<sup>A</sup> el racionalismo ilustrado pretende subvertir tal paradigma legítimo del pensamiento. El dios teísta del físico inglés Newton se cansa de ordenar las cosas con su mirada y busca lo inverso: rige el universo con leyes de aplicación general. Esto supone un cambio completo respecto de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos, para la cual la circunspección divina es omnisciente y dispone en cada caso y tiempo particular; como explica el poeta agustino, fray Luis de León, Dios «no guarda una regla general con todos y en todos los tiempos, sino en cada tiempo y en cada ocasión ordena su gobierno conforme al caso particular del que rige».<sup>B</sup> Sólo al no poder la inteligencia del ser humano comprender todas las cosas con todas sus particularidades, el tejido del entendimiento las reduce a consideraciones comunes y categorías interpretativas generales. El estupendo helenista, Pedro Simón Abril (1530-1595), manifiesta que,

---

<sup>A</sup> *Lettres Écrites par Louis de Montalte à un Provincial de ses Amis* (1656). Cfr. Unamuno, *La agonía del cristianismo* cap. 9 (1925).

<sup>B</sup> Cfr. *De los nombres de Cristo* (1583).

## *Un libro de derecho del siglo XVI,*

«nuestro entendimiento no pudiendo comprender todas las cosas por menudo, por su natural flaqueza, redúcelas a consideraciones comunes como hacen los astrólogos a las estrellas, que no pudiéndolas comprender por menudo, divídelas por constelaciones». <sup>A</sup> Aquella visión parcial se basa en el reconocimiento de que nuestra comprensión es imperfecta.

No es decir que muchas cosas no estén sujetas, nos explica el padre Molina al referirse a la fijación de precios, sólo a la voluntad y elección humanas, «*pro solo hominum beneplacito, et arbitrio*». <sup>B</sup> Sin embargo, especulemos que una racionalidad parigual sujeta a la voluntad endógena y modelada como el sujeto económico es precisamente la que, a finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX, fue recuperada por la economía neoclásica que, lejos de demostrar que la suya es la Verdad absoluta, conduce a un «criterio probabilista»; <sup>C</sup> tanto así que, «*A model validated*

---

<sup>A</sup> *Primera parte de la filosofía llamada la lógica, o parte racional: la qual enseña, como ha de usar el Hombre del diuino, y celestial don de la razón* (1587).

<sup>B</sup> *De iustitia et iure trat. 2 disp. 340*. Cfr. Abenjaldún (1332-1406). المقدمه عبد ارحسن بن محمد ابن خلدون [٦٦٣١].

<sup>C</sup> Juan Bautista Soto (1882-1952), *La tragedia del pensamiento* pág. 95 (1937).

## *refundido para el siglo XXJ*

*empirically is never proclaimed the immutable truth».*<sup>A</sup> Y cabe destacar que John Richard Hicks (1904-1989) exclama, «*Economics is a leading example of uncertain knowledge*» y «*most macro magnitudes...are subject to errors*».<sup>B</sup>

La afirmación que acabamos de hacer lleva implícita una hipótesis novedosa, tanto en el terreno de la teoría económica como en el de la historia del derecho; pero los hechos a veces son más sorprendentes que cualquier hipótesis, y es incontestable que el descubrimiento de América a fines del siglo XV fue una enorme revelación tanto humana como geográfica y filosófica en la historia de Occidente. Es más, la riqueza del continente americano tuvo un alto impacto económico que repercutió en la península ibérica en un elevado índice inflacionario y dejó sentirse en el resto de Europa hasta bien entrado el siglo XVIII.<sup>C</sup> Por lo

---

<sup>A</sup> Fred McChesney (1948-), Assumptions, Empirical Evidence and Social Science Method, *Yale Law Journal* lib. 96. pág. 339, 341 (1986). Popper, *Logik der Forschung* (1934); *Postscript to the Logic of Scientific Discovery* (1982).

<sup>B</sup> *Causality in economics* pág. 2 (1979).

<sup>C</sup> Earl Jefferson Hamilton (1899-1989), Imports of American Silver and Gold into Spain, 1503-1660, *The Quarterly Journal of Economics* lib. 43 pág. 436 (1929); *American treasure and the price revolution in Spain, 1501-1650* (1934); *Money, prices, and wages in Valencia, Aragon, and Navarre, 1351-1500* (1936); *War and prices in Spain, 1651-1800* (1947).

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

tanto, los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos pudieron observar el efecto dramático de corto y largo plazos de la riqueza americana para la economía, y dieron origen a algunas de las ideas centrales que están plasmadas en la economía neoclásica, las cuales en los siglos XIX-XX la ciencia económica iba a matematizar.<sup>A</sup> Así, la escasez se revela como una nueva idea claramente formulada por primera vez en Martín de Azpilcueta Navarro (1492-1586) en el siglo XVI, quien plantea que el dinero «vale mas donde o quando ay gran falta del, que donde ay abundancia». <sup>B</sup> Por su lado, Covarrubias

---

<sup>A</sup> Como asegura Stigler, la economía se transformó «*from an art, in many respects literary, to a science of growing rigor,*» *Production and Distribution Theories* cap. 1 (1941). Gerard Debreu (1921-2005), *Economic Theory in the Mathematical Mode*, *The American Economic Review* lib. 74 págs. 267-278 (1984); *The Mathemization of Economic Theory*, *American Economic Review* lib. 81 págs. 1-7 (1991). Los doctores de la escolástica barroca y sus discípulos estudiaron la determinación del precio, abogando por un justiprecio sobre el que no llegaron a unificar criterios. Sin embargo, subyace la idea de que el precio debería ser determinado por el mercado. El riesgo es consustancial a la empresa, y la retribución de este riesgo es la renta que obtiene el empresario.

<sup>B</sup> *Comentario resolutorio de cambios sobre el principio del capítulo final de usuris* (1556), doce años antes que la obra de Juan Bodino (1530-1596), *Réponses aux Paradoxes du Sire de Melestrom* (1568). Nicolás Copérnico (1473-1543), quien sugirió que era la tierra que giraba alrededor del sol, había anotado esta idea,

## *refundido para el siglo XXJ*

y Leyva recalca que el valor del dinero no puede reducirse a la mera cuestión de la materia con la que se acuñan las monedas, «*tametsi modo ob auri penuriam pluris æstimemus et faciemus aurei Numismatis materiam, quam numus ipse Lege Regia sit æstimatus*». <sup>A</sup> Es más: la teoría subjetiva del valor está ya presente en el siglo XVI en el Oidor chuquisaqueño Juan Matienzo de Peralta (1517-1587). <sup>B</sup> Otra base doctrinal formulada por la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos en el siglo XVI se debió al padre Molina, quien se anticipó a los conceptos de la competencia y de la oferta y demanda en la economía. Al referirse a la fijación de precios, enuncia, «*Multitudo emptorum concurrentium plus uno tempore, quam alio, et maiori auditate, facit pretium accrescere: emptorum uero raritas facit illud decrescere*». <sup>C</sup> Cabe destacar que los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos denunciaron el monopolio: «*monopolium est injustum et*

---

pero su obra no fue editada hasta el siglo XIX, Ladislas Wolowski (1810-1876), *Traictie de la première invention des monnoies de Nicole Oresme, textes français et latin d'après les manuscrits de la Bibliothèque impériale et Traité de la monnoie de Copernic, texte latin et traduction française* (1864).

<sup>A</sup> *Veterum numismatum Collatio de re monetaria cap. 7* (1556).

<sup>B</sup> *Commentaria Ioannis Matienzo regii senatoris in Cancellaria Argentina regni Peru in librum quintum recollectionis legum Hispaniæ lib. 1 tit. 2* (1580).

<sup>C</sup> *De iustitia et iure lib. 2 disp. 348*.

## *Un libro de derecho del siglo XVII*

*rei publicæ injuriosum*» era la sabia expresión en Chuquisaca, aunque como señala Joseph Alois Schumpeter (1883-1950),<sup>A</sup> no lograron desarrollar el concepto de un equilibrio competitivo que fije los precios.<sup>B</sup> Sobre el tema, von Hayek señala que aseguraron que «*the mathematical price at which a commodity could be justly sold was only known to God, because it depended on more circumstances than any man could know*». <sup>C</sup> Consideraron que un tema tan complejo sólo estaría al alcance de Dios en su infinita sabiduría, «*incertitudo ergo nostra circa pretium iustum Mathematicum... prouenit ex Deo, quod non sciamus determinare*». <sup>D</sup> Por su parte, el padre Molina se anticipa al individualismo economicista al forjar su teoría de la libre voluntad humana.<sup>E</sup> El individuo se inclina por lo *proprius* y por lo *melius*, es decir, maximiza el interés

---

<sup>A</sup> Llega a la conclusión de que éstos «*lacked nothing but the marginal apparatus,*» *History of Economic Analysis* cap. 2 (1954).

<sup>B</sup> El mecanismo de precios funciona por la libre concurrencia en la economía. La competencia es un sistema de información y un sistema de incentivos por rivalidad que se da, ante todo, por la posibilidad de nuevos entrantes en la actividad económica.

<sup>C</sup> *Law, Legislation and Liberty* vol. 1 pág. 22 (1973).

<sup>D</sup> Juan de Lugo (1583-1660), *Disputationem de iustitia et iure* vol. 2 disp. 26 (1642).

<sup>E</sup> *Concordia liberi arbitrii cum gratiæ donis, diuina præscientia, providentia, prædestinatione et reprobatione concordia* (1595).

## *refundido para el siglo XXJ*

propio.<sup>A</sup> Asimismo, el concepto de la indiferencia en la economía proviene del padre Molina, quien lo formula en franca refutación del determinismo. <*Indifferentia est de essentia liberi arbitrii*><sup>B</sup> reverberaba en las aulas carolinas.

En la escolástica barroca, la idea de la evolución por el tiempo se revela como una doctrina precisa y claramente formulada. Podemos afirmar que los doctores *iuris naturæ* de los siglos XVI y XVII son más bien teóricos *iuris gentium primarii aut iuris naturæ secundarii*; insertándose en la poderosa *natura*, destacan la mutabilidad del paisaje humano, y elaboran sus teorías inmersos en el contexto temporal del proceso constante de los cambios y mudanzas que se operan en el interior de la sociedad, como el dios Jano que tenía dos caras con miras al futuro y al pasado, para ofrecer una visión más equilibrada y objetiva de lo que influye al hombre y sobre lo cual el hombre puede actuar; visión que no sería reeditada sino por la teoría de juegos, disciplina que impartiría una noción de

---

<sup>A</sup> *Commentaria in Primam Secundæ diui Thomæ* (1622); in *Secundam Secundæ lib. 26, tit. 3*. Pierre de Fermat (1601-1665) desarrolló la maximización, *Methodus ad disquirendam maximam et minimam* (1638).

<sup>B</sup> «[P]ro sua libertate tendere indifferentur in obiectum per uolitionem aut nolitionem», en *Primam Secundæ lib. 13, tit. 6*.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

temporalidad al reino perpetuo y atemporal de las matemáticas.<sup>A</sup>



Así, al tratar sobre el origen de la propiedad privada y del estado, los doctores americanos del derecho de gentes primario o del derecho natural secundario inician la paciente búsqueda, no de la razón última de la sociedad, o de la mera verdad del derecho, menos de la verdadera revolución, sino *utilitatis et expedientis publici et privati et consensus populi*.

Iberoamérica llega al inicio del tercer milenio apegada a una ortodoxia jurídica agotada en su capacidad de renovar las formas sociales. Invitamos a todos los juristas con ánimo y capacidad de prever las grandes tareas que tenemos en la región a entretejer una nueva doctrina de derecho público y privado que haga posible la convivencia armónica y justa de la sociedad iberoamericana en los años por venir. Estimo que al conjuntar el pensamiento de Chuquisaca y de Chicago se retoma una tradición no del proto- ni del

---

<sup>A</sup> A este respecto hay que destacar que Hicks considera que la economía neoclásica está igualmente «*on the edge of history, facing both ways*», *Causality in economics* pág. 4.

## *refundido para el siglo XXJ*

neoliberalismo,<sup>A</sup> sino de un liberalismo recuperado de la herencia cultural propia y renovado mediante la ciencia económica. El neoliberalismo se basa en el fundamentalismo del mercado,<sup>B</sup> que es aquella visión según la cual el mercado salvaje por sí mismo es eficiente y suficiente para el crecimiento sostenido y el pleno empleo. Ni la teoría económica, ni la evidencia, respaldan esta proposición sin que rija el estado de derecho y sin que opere el orden de pandectas. Nuestra hipótesis es que el análisis económico del derecho tiene la suficiente capacidad para renovar los conceptos de la escolástica barroca de la voluntad del individuo y el consentimiento popular, de la utilidad privada y la conveniencia pública. Como explica el profesor de la Universidad de Chicago, George Joseph Stigler (1911-1991), «*We live in a world that is full of mistaken policies, but they are not mistaken for their*

---

<sup>A</sup> Aunque algunos parecen no saberlo, antes de la codificación de las leyes del mercado y antes de la aceleración del proceso de mundialización, el mundo tampoco era un paraíso. En realidad, sólo un pequeño porcentaje de personas, mucho menor que el actual, disfrutaba de una vida buena. El período de mayor auge económico de la antigüedad se dio en el siglo II antes de Cristo, y la prosperidad vivida en aquella época no se repetiría hasta bien entrado el siglo XVI después del descubrimiento de América.

<sup>B</sup> Expresión que usa con delectación el rey de los especuladores, George Soros (1930-).

*Un libro de derecho del siglo XVII,*

*supporters*». <sup>A</sup> En un mundo en el cual la comparación interpersonal de la utilidad es imposible debido a que los individuos representan unidades sicosomáticas —y no mónadas liebnizianas<sup>B</sup>— y donde resulta absurda la agregación social de inestables e intransitivas ordenaciones de las preferencias individuales, descubramos cómo la población logra efectuar una transacción político-jurídica.



---

<sup>A</sup> *The Economist as Preacher and other essays* págs. 9-10 (1982).

<sup>B</sup> *La Monadologie* (ohne Überschrift, 1714).

refundido para el siglo XXJ

## Controversia 6

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

---

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

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

## *Un libro de derecho del siglo XXV<sup>g</sup>,*

de carne y hueso se libera,<sup>A</sup> mediante la tenacidad y el esfuerzo propios de la constricción de la escasez.<sup>B</sup>

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

---

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

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

## *refundido para el siglo XXJ*

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



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

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

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

---

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

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

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

<sup>D</sup> *Πολιτεία lib. 1*

*refundido para el siglo XXJ*

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

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

---

<sup>A</sup> *Menschliches, Allzumenschliches lib. 1 pág. 92 (1878).*

<sup>B</sup> *Ιστοριαί, Ξυνέγραψε τὸν πόλεμον τῶν Πελοποννησίων καὶ Ἀθηναίων lib. 5 (396 A. de J.C.).*

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

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

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

---

<sup>A</sup> *L'Ancien régime et la révolution lib. 2 (1859).*

<sup>B</sup> Anónimo, *Conquista del Perú llamada la Nueva Castilla (1534).*

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

## *refundido para el siglo XXJ*

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

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

---

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

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

<sup>C</sup> Reinhard Selten (1930-), Spieltheoretische Behandlung Oligopolmodells mit Nachfragertragheit, *Zeitschrift für die Gesamte Staatswirtschaft* lib. 121 pág. 301, 667 (1965); Reexamination of the Perfectness Concept for Equilibrium

## *Un libro de derecho del siglo XXV,*

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

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

---

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

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

### *refundido para el siglo XXJ*

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

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

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

---

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

<sup>B</sup> Pedro de Alvernia (1240-1304), *Questiones super politicum cap. 13* (1275).

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

## *refundido para el siglo XXI*

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

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

---

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

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

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

## *Un libro de derecho del siglo XXV,*

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

---

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

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

<sup>B</sup> Considérese ese poderosísimo sistema descentralizado de información y asignación productiva que se llama sistema de precios.

## *refundido para el siglo XXJ*

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

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

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

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

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

---

<sup>A</sup> *Bolivia y sus disensiones intestinas* 65 (1874); *Estudios sobre la paz en Bolivia* (1876).

<sup>B</sup> En el ejemplo no hay exclusividad donde todos los individuos son capaces de agraviarnos y se plantea el problema

## *refundido para el siglo XXJ*

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

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

---

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

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

<sup>B</sup> *The Journal of Law and Economics* lib. 3 pág. 1 (1960).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

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

---

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

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

## *refundido para el siglo XXJ*

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

---

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

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

## *Un libro de derecho del siglo XXV,*

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

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

---

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

## *refundido para el siglo XXJ*

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

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

---

<sup>A</sup> Cfr. *The Cost of Coase*, *The Journal of Legal Studies*, lib. 2 pág. 1 (1982) y la respuesta de Coase en *The Firm, the Market and the Law* pág. 162 (1988).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

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

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

---

<sup>A</sup> *Law and Unified Social Theory*, en pág. 53.

<sup>B</sup> *Originum seu Etymologiarum Libri viginti lib.* 18.

<sup>C</sup> *Zur Theorie der Gesellschaftsspiele*, *Mathematische Annalen lib.* 100 págs. 295-320 (1928).

## *refundido para el siglo XXJ*

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

---

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

## *Un libro de derecho del siglo XXV<sup>g</sup>*

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

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

---

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

## *refundido para el siglo XXJ*

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

---

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

## *Un libro de derecho del siglo XXV<sup>g</sup>,*

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

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

---

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

<sup>B</sup> Thomas Schelling (1921-), *The Strategy of Conflict* págs. 53-80 (1960).

## *refundido para el siglo XXJ*

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

## *Un libro de derecho del siglo XXV,*

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

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

---

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

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

### *refundido para el siglo XXJ*

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

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

---

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

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

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

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

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



*refundido para el siglo XXJ*

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



---

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

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

### *Controversia 7*

Para comenzar esta reflexión, formulemos una pregunta necesaria: ¿una disposición o afectación legal de la sociedad disminuye el valor de los derechos de propiedad? Tal pregunta provoca el impulso de contestar con un emotivo y contundente «¡Sí!». Sin embargo, la regulación pública de los derechos de propiedad debería suscitar una reflexión más profunda que la que se ha producido hasta ahora.<sup>A</sup> Desde nuestra perspectiva, los derechos de propiedad son un instrumento propio de los individuos que viven en sociedad, el que deriva su contenido y significado del hecho de que sirve para que las personas formen las expectativas que permiten mantener racionalmente un trato social.<sup>B</sup> Así, el titular de un derecho de propiedad, para actuar de determinada manera o para impedir que los demás restrinjan su acción, opone su resistencia personal: invoca el

---

<sup>A</sup> Cabe resaltar que los derechos de propiedad son aquellos que hemos adquirido en el mercado, como el bien que poseemos y del cual podemos apartar a otros, o las bendiciones de que gozamos, como nuestra libertad y nuestra fuerza de trabajo, de las cuales nadie puede privarnos.

<sup>B</sup> Demsetz, Toward a Theory of Property Rights, *The American Economic Review* lib. 57 pág. 347 (1967); Félix Huanca Ayaviri (1964-), *Análisis Económico del Derecho* págs. 8-14 (1995).

## *refundido para el siglo XXJ*

consentimiento de los demás miembros del grupo social, o por último, acude a la tutela de instituciones político-jurídicas. Coase desmonta la lógica del argumento: en el supuesto de que los costes de transacción sean bajos, el mercado opera un reajuste, lo cual es determinante para que los efectos externos de la acción sean interiorizados por el sujeto económico. De tal forma, las externalidades positivas se interiorizarán por el sujeto económico mediante el ejercicio del derecho de propiedad que confiere la posibilidad de excluir a terceros de los beneficios de su actividad. De igual forma, las externalidades negativas quedarán interiorizadas por medio del derecho que ejerce un tercero, el mismo que le confiere la facultad de restringir cualquier acción que le cause un perjuicio. Si esto sucede, la creación o reconocimiento de los derechos de propiedad, en alguna medida, cumpliría la función de interiorizar las externalidades. Al producirse la interiorización de las externalidades, el sujeto económico toma en cuenta en mayor medida los costos y beneficios que resultan de la acción económica y optimiza el uso de los recursos, lo que redundaría en un mayor bienestar social.

Aunque las viejas polémicas en torno a la propiedad privada han decrecido, no han quedado definitivamente olvidadas. Por tanto, resulta pertinente recordar que marcó un hito, en la evolución de los derechos de propiedad, la predicación franciscana de la cristiandad como el evangelio de los

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

pobres. Quienes se entregan *auf die marxistische Ideologiekritik* podrían conducirnos a pensar que dicho concepto ha sido promulgado para la promoción, la defensa y la justificación del orden capitalista, como medio que facilite la explotación del pobre. Sin embargo, el observar la evolución del concepto en la historia del derecho permite una lectura precisamente contraria: éste se fragua con las variadas formas de organización que adoptaron las órdenes mendicantes en el ejercicio de su apostolado.<sup>^</sup> Siglos antes de que surgiera un discurso acartonado que vaticinara la hipotética revolución del proletariado y que, como remedio radical, propugnara la abolición violenta de la propiedad privada sobre los medios de producción, la predicación franciscana hizo de la mayor pobreza la más templada de las armas espirituales. De tal suerte que una oleada de comentaristas y polemistas jurídicos comenzaron a indagar la naturaleza y función de los derechos de propiedad, en busca de una conciliación definitiva en torno a la distinción entre *simplex usus*

---

<sup>^</sup> Gilbert Keith Chesterton (1874-1936) pinta, en *St. Francis of Assisi* (1923), un cuadro lúcido y penetrante de este personaje; no cuenta mucho, pero da unas claves esenciales para su comprensión. Hijo de un comerciante de Asís, el Juglar de Dios (1182-1226) utilizó la pobreza evangélica como un argumento para confrontar la avaricia de los mercaderes de su tiempo. «*Fratres nihil sibi appropriant... uadant pro eleemosyna confidenter, nec oportet eos uerecundari, quia dominus pro nobis se fecit pauperem in hoc mundo*». *Regula bullata* (1209).

## *refundido para el siglo XXJ*

*factus* y la verdadera propiedad, a la vez que pusieron en tela de juicio si existe realmente diferencia entre ambos conceptos —incluso en el terreno de los bienes consumibles— Así, Juan XXII (1249-1334) aseguró que «*in rebus quæ usu consumuntur, usum separari non posse ab earum dominio*»<sup>A</sup>.

Consideramos útil y esclarecedor establecer una cierta matización. El punto sobresaliente de la controversia acerca de la pobreza franciscana radica en que constituye una percepción de indiscutible congruencia, pues la renuncia al derecho de propiedad viene acompañada, no casualmente, por la radical denegación de la voluntad del individuo, característica que destaca la importancia del aspecto volitivo en la esencia misma del concepto de derecho de propiedad, tal y como señala el padre Molina, «*eiusmodi ius dependenter semper a voluntate eorum*».<sup>B</sup> Las diversas modalidades y categorías de los derechos de propiedad, en sí mismas, son una extensión de la voluntad: la más genuina expresión de la propia personalidad. No hay valor más relevante para el hombre de carne y hueso que el dominio sobre la libertad individual, puesto que llama poderosamente la atención que, a partir de su propia libertad, la persona ejerce la plenitud del dominio

---

<sup>A</sup> Cfr. *Ad conditorem canonum* (1322). Umberto Eco (1932-) utiliza la controversia de trasfondo en una de sus más significativas novelas, *Il nome della rosa* (1980).

<sup>B</sup> Cfr. *De iustitia et iure trat. 2 disp. 6*.

*Un libro de derecho del siglo XVII,*

sobre las demás cosas y puede usar y gozar de éstas. «*Nihil enim est homini amabilius libertate propriæ uoluntatis; per hanc enim homo est et aliorum dominus, per hanc aliis uti uel frui potest*». <sup>A</sup> Los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos hacen hincapié en la libertad natural. Por consiguiente, cabe destacar que provocan una transformación radical del propio concepto de derecho de propiedad y su contenido esencial, al expresar que es un poder o una facultad jurídicamente tutelada que corresponde a una persona. «*Quicumque ergo habet facultatem secundum leges, habet ius[-dominium]*». <sup>B</sup> Comparten el criterio de que la propiedad debe ser considerada como una institución del derecho natural secundario o del derecho de gentes primario, y coinciden en advertir la separación entre la esfera de la naturaleza y el nuevo espacio de la innovación humana. La división de los derechos de propiedad surge como herramienta de gran utilidad para el hombre, cuyo ámbito de interacción es en mayor medida resultado del puro artificio humano que de la misma naturaleza. En el contexto aquí evocado, la existencia de derechos de propiedad jurídicamente definidos en cuanto a su alcance, transferencia y sus mecanismos de ejecución

---

<sup>A</sup> Doctor angélico, *De perfectione spiritualis uitæ cap. II* (1269).

<sup>B</sup> Vitoria, *Scholia in Secundam Secundæ Sancti Thomæ* pág. 62 I (1535). Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik, Studien zur Wissensziologie der modernen Gesellschaft lib. 2* pág. 56 (1981).

## *refundido para el siglo XXJ*

forzosa, publicita la información que poseen los particulares sobre el poder de hecho que son capaces de ejercer sobre las cosas e incentiva una gestión óptima del manejo de recursos naturales al asignarse a los particulares. Por ello, el Doctor Angélico advierte que la propiedad privada es una especie de gestión que atiende fundamentalmente a una necesidad práctica;<sup>A</sup> reedita aquel argumento utilizado hace dos mil años por el Estagirita, quien plasmó su manifiesto rechazo a la abolición de la propiedad privada, propugnada por el más dañino de los filósofos, el adalid del engaño Platón. Al decir del Estagirita, lo que es de todos nadie lo cuida, «*ἥκιστα γὰρ ἐπιμελείας τυγχάνει τὸ πλείστων κοινόν*».<sup>B</sup> La propiedad privada llena el vacío provocado por la desidia de la gestión colectiva; se cuida mejor lo propio que lo ajeno, puesto que cada cual deja para otro el trabajo que le corresponde hacer para promover el bien común. Así, el derecho de bienes pasa a ser un sistema de comunicación y de incentivos. Es dable señalar que el derecho romano no estipula cómo el propietario debe cuidar de sus pertenencias. *Per contra*, utiliza la conducta del propietario quien tiene los incentivos y la información —el padre de familia— como principal baremo de la

---

<sup>A</sup> *Summa Theologiae tertiae quest. 55.*

<sup>B</sup> *Πολιτικῶν lib. 2 cap. 1.*

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

diligencia en el resto del ordenamiento jurídico privado.

Los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos dejan en claro que emanan un sinnúmero de beneficios de la propiedad privada. Cabe destacar que Vázquez de Menchaca contribuye aportando una novedosa reflexión sobre el agotamiento de los recursos comunitarios, a causa del acceso irrestricto.<sup>A</sup> Dentro de este contexto, compara la pesca de alta mar con la explotación indiscriminada propiciada por la caza en un exuberante bosque o la pesca en un río virgen: con el creciente número de pobladores proclives al uso del bosque o del río, el resultado será la sobreexplotación de pescado o la acelerada destrucción de fauna silvestre. Nos enfrentamos ante una situación de inexistencia de incentivos para el manejo racional de estos recursos, mientras que existen amplios incentivos para su explotación. Los derechos de propiedad exclusivos para la explotación del bosque o del río, condiciona a los propietarios de estos recursos con un marcado interés en el mantenimiento y preservación de los mismos. El jurista vallisoletano

---

<sup>A</sup> Los comentaristas del país del norte del análisis económico del derecho parecen haber olvidado por completo, que la tragedia de las comunas constituye, correlativamente, un tópico elemental del *ius commune*. Desde ningún punto de vista es original Garrett Hardin (1915-2003), en *The Tragedy of the Commons*, *Science lib.* 162 pág. 1243 (1968).

## *refundido para el siglo XXJ*

esclarece, «*si multi uenentur aut piscentur in terra uel flumine, facile nemus feris, et flumen piscibus euacuatum redditur, id quod in mari non est ita*». <sup>A</sup> Remontándonos a la realidad imperante en el siglo XVI, cabe precisar que el océano parecía no estar sujeto al potencial peligro de una acelerada destrucción de sus recursos, incluso hasta el punto de que se pudiera considerar la desaparición de los mismos de continuar con ese frenético ritmo. Vázquez de Menchaca señala que existía una cantidad de recursos piscícolas en el océano de tal grado, que en apariencia no ameritaba un esfuerzo encaminado a crear un sistema de manejo racional de los mismos.

Cabe puntualizar que ha llegado el momento de retomar una tradición de liberalismo de la herencia cultural propia: los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos formulan una teoría limitativa del estado al ampliar la definición de los derechos de propiedad. Estos doctores comparten la opinión de que los derechos de propiedad son independientes del estado. La discusión sobre la (in)dependencia del estado de los derechos de propiedad nos permite sostener que, si son independientes, el estado debe justificar la regulación pública;<sup>B</sup> al contrario, si fuesen

---

<sup>A</sup> *Controuersiarum illustrium aliarumque usu frequentium lib. 2 tit. 89.*

<sup>B</sup> Véanse de David Friedman(1945-), Private Creation and Enforcement of Law: An Historical Case en *The Journal of*  
161

## *Un libro de derecho del siglo XV<sup>o</sup>*

dependientes o si hubiesen sido transferidos, la capacidad de regular la propiedad privada por parte del estado sería simplemente absoluta.

En esa tradición filosófica del hipotético *pactum societatis*, en virtud del cual los ciudadanos pactaron libremente constituirse en estado, los legistas del medioevo se abocaron constantemente en despejar el interrogante de si la *Lex regia* importaba una transferencia definitiva de los derechos de propiedad en favor del Príncipe. Azón pensaba que el pueblo no abdicaba de la totalidad de sus derechos y poderes, «*dicitur enim translata, id est concessa, non quod populus omnino a se abdicauerit*». <sup>A</sup> Baldo de Ubaldo (1327-1400), por su parte, apelaba a la lectura literal y sacaba una conclusión diametralmente opuesta: «*Et nota uerbum, <dedit>; ergo populus perdidit*». <sup>B</sup> En este sentido, el canonista Segovia ha proporcionado el más contundente argumento, que el pueblo no abdicaba de la totalidad de sus derechos y poderes, los cuales son en todo caso intransferibles, irrenunciables e inalienables: «*nunquam sibi abdicat propterea, quod inseparabilis est ab ea*». El pueblo es el único sujeto al que se le debe

---

*Legal Studies* lib. 8 pág. 399 (1979) y Efficient Institutions for the Private Enforcement of Law en *The Journal of Legal Studies* lib. 13 pág. 375 (1984).

<sup>A</sup> *Summa Codicis* lib. 1, tit. 14 (1482).

<sup>B</sup> *Lectura super prima et secunda parte Digesti uetiris* lib. 1 tit. 2 (1498).

*refundido para el siglo XIX*

imputar estos derechos y poderes, sin mediación alguna, «*que propterea, quod unicum subiectum est ac immediatum potestatis ipsius*». <sup>A</sup> Así, Vázquez de Menchaca apuesta por una interpretación *Legis regis* por su propia naturaleza y por la materia sobre la cual versa, y no literal, «*Sique qualis est natura principatus, talis esse debet illorum uerborum utcunque gerenalium interpretatio*»; <sup>B</sup> reitera, una y otra vez, en su magistral tratado sobre el derecho de bienes, que el estado se constituye para la utilidad del pueblo, y jamás debería permitirse interpretación alguna en sentido contrario, «*ad utilia tantum, non etiam quod ad contraria*». <sup>C</sup> Esta utilidad consiste específicamente, según Suárez, en los bienes públicos —que se ordenan inmediatamente al uso y usufructo de toda la comunidad, «*sed totius communitatis, ad ciuis usum, uel usumfructum immediate ordinatur*»—, y en los bienes objeto de propiedad privada e intereses de particulares —«*Aliud uero est bonum commune solum secundario, et quasi per*

---

<sup>A</sup> *Historia actorum generalis synodi Basiliensis lib. 17 tit. 42.*

<sup>B</sup> *Controuersiarum illustrium aliarumque usu frequentium lib. 1 tit. 43.*

<sup>C</sup> Puede constatarse la deuda intelectual de Vázquez de Menchaca para con Segovia, desde el momento en que éste sitúa su obra en el concilio de Trento (1545-1563) paralelamente al trabajo de Segovia, que, a su vez, también refleja su participación en el concilio de Basilea (1431-1445).

*Un libro de derecho del siglo XVII,*

*redundantiam; immediate autem bonum priuatum est, quia sub dominio priuatæ personæ»<sup>A</sup>—.*

John Locke (1632-1704) pretende justificar la propiedad privada, apoyándose en un fundamento que, por así decirlo, aparece como una versión menos precisa de la doctrina formulada por los doctores de la segunda escolástica, la cual a su vez encontraba su basamento en los postulados de la libertad natural; el fundador del liberalismo inglés, quien vino a legitimar la revolución que acababa de poner fin al absolutismo de los Estuardo, pensaba que la propiedad privada se justificaba por el trabajo del individuo, «*it has by this labour something annexed to it that excludes the common right of other men*».<sup>B</sup> Es exactamente la tesis que, en cuanto a su contenido, fue reproducida en el siglo XVIII por el padre de la economía y el profeta de la libre empresa, Adam Smith (1723-1790):<sup>C</sup> «*the property which every man has in his own labour, as it is the original foundation of all other property, so it is the most sacred and*

---

<sup>A</sup> *Tractatus de Legibus et Legislatore Deo lib. 1 tit. 7.*

<sup>B</sup> *Second Treatise of Civil Government lib. 5 cap. 17 (1690).*

<sup>C</sup> *Smith passe communément pour le père fondateur de l'économie politique: l'Écossais ne cite jamais ses sources. Par exemple, la fabrique d'épingles, qui illustre ses réflexions sur la division du travail, a été copiée de l'article Épingles de l'Encyclopédie de 1755. Un demi-siècle avant, Bernard Mandeville (1670-1733) affirme la notion de main invisible, sinon le termine, The fable of the bees (1729).*

## *refundido para el siglo XXJ*

*inviolable*». <sup>A</sup> Se produce, en aquel momento, el fenómeno de la objetivación del trabajo, <sup>B</sup> que lejos de desembocar en la defensa irrestricta de la propiedad privada, coadyuvará abiertamente en el pensamiento del sucesor más conocido de Smith: Marx. Examinemos lo que Marx llamaba la <descarada plusvalía>, que supone apropiarse del trabajo de otros: la misma tiene ya detrás de sí la objetivación del trabajo. Modernamente, la objetivación del trabajo conduce al filósofo estadounidense Robert Nozick (1938-2002) a que arriesgue explicar el sentido de la propiedad privada con una doctrina que se apega a principios tan rígidos e irrenunciables que impide cualquier aclaración. <sup>C</sup> Los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos, poseedores de un amplio conocimiento del derecho romano <sup>D</sup> y

---

<sup>A</sup> *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* lib. I cap. 10 (1776).

<sup>B</sup> *Die Arbeit als Form der Hegelschen Entäußerung vermittelt gleichzeitig die Selbstverwirklichung und die Entfremdung der menschlichen Persönlichkeit.*

<sup>C</sup> Cfr. *Anarchy, State and Utopia* págs. 152-153 (1974).

<sup>D</sup> Vázquez de Menchaca enfatiza que casi toda la propiedad tiene su origen bien en la usucapión, bien en la prescripción del *ius commune*, mediante una posesión continua en el tiempo, transformando una situación de hecho en una situación de derecho, cuyos antecedentes los encontramos en el derecho romano, y no así en la legitimadora mítica de un primer poseedor que fascinaría tanto a los ilustrados.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

consagrados a la defensa de los derechos de los pueblos aborígenes, jamás hubieran propuesto la devolución de tierras que consideran suyas tras cinco siglos de usurpación, sin más precisión, tal como lo impone el sistema de Nozick, quien escasamente abandona su visión filosófica, lo cual dificulta el esclarecimiento doctrinal desde el enfoque de la *common law* en este ámbito. Cabe destacar que la tendencia a la objetivación del trabajo se orienta siguiendo los rasgos generales del racionalismo, que representa ese decisivo cambio de mentalidad experimentada por la sociedad europea durante el período de la Ilustración —y que no refleja el mito calvinista del valor del trabajo<sup>A</sup>—. Las falsas ideas de la filosofía racionalista alimentan un círculo perverso y provocador: se justifica la despersonificación, o sea, la pérdida de todos los rasgos y características individuales y concretos de la existencia genuina, para hacer desaparecer todo lo que en el hombre de carne y hueso es verdaderamente propio e intransferible; a la vez, se personifica al ente abstracto del estado. Asimismo, fracasó el intento de fundamentar la libertad o la autonomía en una Razón universal y atemporal, que anda por ahí susurrando imperativos categóricos e incondicionados, donde

---

<sup>A</sup> Emil Leopold Ferdinand Kauder (1901-), *The Retarded Acceptance of the Marginal Utility Theory*, *Quarterly Journal of Economics* lib. 67 pág. 564 (1953); Murray Newton Rothbard (1926-1995), *An Austrian Perspective on the History of Economic Thought* lib. 2 (1995).

## *refundido para el siglo XXJ*

Kant, tal vez, bastante ingenuamente, había creído cimentar *der Respekt vor der Persönlichkeit*.<sup>A</sup> Y Hegel, por su parte, intenta concebir al autodespliegue del Espíritu Objetivo ciertamente más allá de la individualidad de quienes lo conforman. En la obra de Margaret Jane Radin (1941-) perdura la evocación de la personalidad —en sentido hegeliano, naturalmente—, con esa aura de incompreensión que rodea todo ideal personificado: el individuo se convierte en un sujeto que queda atrapado en la abstracción, lo cual asegura su verdadera autodeterminación, no como persona, sino sólo en la medida que se es miembro de un estado corporativo.<sup>B</sup> Destacamos que el hombre no es un ente abstracto o un

---

<sup>A</sup> El estudio del intelecto ha sido una obsesión del pensamiento occidental. Desde el siglo V, podemos observar que san Agustín ya había dicho todo lo necesario para comprender la racionalidad limitada. Ante todo, había señalado la necesidad de la constitución de una esfera de heteronomía, con un argumento tan proverbial como el refrán de que el camino al infierno está empedrado de buenas intenciones. *De ciuitate Dei contra paganos lib. 22*.

<sup>B</sup> Property and Personhood, *Stanford Law Review* lib. 34 pág. 957 (1982); Market-Inalienability, *Harvard Law Review* lib. 100 pág. 1849 (1987); The Liberal Conception of Property: Cross Currents in the Jurisprudence of Takings, *The Columbia Law Review* lib. 88 pág. 1667 (1988); The Colin Ruagh Thomas O'Fallon Memorial Lecture on Reconsidering Personhood, *Oregon Law Review* lib. 74 pág. 423 (1995); *Reinterpreting Property* (1993); *Contested Commodities* (1996).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

espantajo colectivo, sino un ser *de carne y hueso* en un sentido real —bestial—. La propiedad privada tiene una función que a menudo no se comprende. Basta la atinada observación de que las propiedades privadas están mucho mejor mantenidas que las que pertenecen a la comunidad, para esclarecer el asunto práctico, no filosófico, que está en el fondo de la cuestión.

*C'est seulement a partir de 1870 que, avec l'Ecole autrichienne, la theorie de l'utilité subjective pourra refaire surface et s'imposer a nouveau.* Y no será sino hasta la década de los años treinta cuando se logre abordar el estudio económico de las instituciones jurídicas, que da lugar al análisis económico del derecho.<sup>A</sup> Como hemos explicado, la revolución ordinalista refleja la aplicación al ámbito de la economía de las enseñanzas de los positivistas lógicos del Círculo de Viena,<sup>B</sup> quienes coinciden en la necesidad de hacer una distinción tajante entre el nexo de causalidad y de la racionalidad: *causa siue ratio*; estos componentes se han confundido entre sí con mucha frecuencia en el pensamiento occidental y es incontestable que tal confusión se hace maraña a partir de la Ilustración. El filósofo inglés

---

<sup>A</sup> Knight, Some Fallacies in the Interpretation of Social Cost, *Quarterly Journal of Economics* lib. 38 pág. 582 (1924); Scott Gordon (1924-), The Economics of a Common Property Resource: The Fishery, *Journal of Political Economy* lib. 62 pág. 124 (1954).

<sup>B</sup> *Wissenschaftliche Weltauffassung: Der Wiener Kreis* (1929).

## *refundido para el siglo XXI*

Alfred Jules Ayer (1910-1989) reflexiona del siguiente modo acerca de este hecho: «*propositions and questions which are really linguistic are often expressed in such a way that they appear to be factual*». <sup>A</sup> Los cuestionamientos epistemológicos están, por consiguiente, en la base del cambio de la economía de un concepto inverificable, como el «nivel de bienestar», a un concepto positivo, como la «preferencia revelada del individuo». La reafirmación de la teoría subjetiva del valor tiene que ver no sólo con la reformulación de sistemas conceptuales, sino que resulta explicativa para el derecho romano, que es eminentemente práctico, como la plomería.

Marquemos la diferencia entre el dominio público y privado, temática que nos fue legada por el brevario compilado por órdenes del emperador Justiniano (483-565). «*Publicum ius est, quod ad statum rei Romanæ spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem*». <sup>B</sup> Según nuestra comprensión, el gobierno actúa sobre diversas actividades, al permitir que algunas se realicen y desaprobando otras. La propiedad

---

<sup>A</sup> *Language, Truth and Logic* pág. 57 (1936); Ayer abre esta obra con una frase apretada que lo dice casi todo acerca de la filosofía: «*The traditional disputes of philosophy are, for the most part, as unwarranted as they are unfruitful*».

<sup>B</sup> Inst. *De iustitia et iure* l. IV. Antonio Pichardo Vinuesa, *Commentariorum in Quatuor Institutionem Iustinianærum Libros lib. I* (1657).

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

privada, en gran medida, abarca la libertad de hacer lo que se desea dentro de ciertos dominios. En boca de Vázquez de Menchaca, «*est enim naturalis facultas eius, quod facere libet*».<sup>A</sup> Como ya hemos referido anteriormente, los doctores de la escolástica barroca se mostraron partidarios de definir el concepto de los derechos de propiedad, puntualmente, sobre la base de la libertad natural del hombre.<sup>B</sup>

Entonces el gobierno y los derechos de propiedad están destinados a entrar en conflicto. Coase elude el análisis de este tema, es decir, cuándo respetamos el dominio privado, en el que la persona hace lo que le parece, o cuándo transgredimos el derecho de hacer o no hacer algo dentro de ese dominio. Nosotros vislumbramos una forma de decidir cuándo se van a respetar los derechos de propiedad para actuar de forma libre dentro de un cierto dominio, o bien, cuándo se va a permitir que sea la sociedad quien juzgue lo que puede hacerse y lo que no debe hacerse, cosa que coarta el uso de ese dominio. Esta respuesta tiene que ver con el supuesto de que los costos, habitualmente, están más dispersos que los beneficios, por las propiedades —externalidades negativas—. Si

---

<sup>A</sup> *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium lib. I tit. 17.*

<sup>B</sup> «*Et libertas quidem est, ex qua etiam liberi uocantur, naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut ui aut iure prohibeatur,*» Inst. *De iure personarum l. I.*

## *refundido para el siglo XXJ*

los beneficios estuviesen más dispersos, dejaríamos de excluir al prójimo, o los correspondientes efectos de sus actividades, de nuestros dominios, como en el caso, que nuestro vecino cultivase un huerto cuyos frutos apetecibles cayesen en nuestra propiedad<sup>A</sup> y que los pudiésemos disfrutar —externalidades positivas—. Sin embargo, excluimos a otros porque los costos están más dispersos. Las personas —los terceros— por lo general no permiten que se realice ninguna actividad que arrastre externalidades negativas en su propiedad a no ser que, aun de forma indirecta, puedan obtener beneficios.<sup>B</sup> Sin embargo, algunas veces sucede que las personas —sujetos económicos— aprehenden, mediante una actividad productiva, beneficios concentrados que son mayores que los costos dispersos en que se incurre. Por consiguiente, en el supuesto de costes de transacción elevados, limitar los derechos de propiedad de algunos, su capacidad de excluir costos de sus dominios, al dejar que otros continúen la

---

<sup>A</sup> Cfr. *ff. De Glanve legenda l. I*; es dable señalar que el derecho romano permitía, en este caso, al vecino entrar a nuestra propiedad en días alternos para recogerlos.

<sup>B</sup> Demsetz propone que los derechos de propiedad se crean para interiorizar las externalidades «*when the gains of internalisation become larger than the cost of internalisation*», *Toward a Theory of Property Rights* en pág. 350; Alchian and Demsetz, *The Property Right Paradigm*, *Journal of Economic History* lib. 33 pág. 16 (1973).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

actividad, reportaría utilidades a todos.<sup>A</sup> En vista de que a las demás personas se les impide excluir costos de sus dominios, el valor de sus derechos de propiedad se ve disminuido. Esto no conduce a la paz social; como dice el Doctor Angélico «*magis pacificus status hominum conseruatur, dum unusquisque re sua contentus est*».<sup>B</sup> Aun fuere éste el caso, aquellos que aprehenden los beneficios, que son más cuantiosos que todos los costos dispersos, poseen dinero suficiente para compensar al grupo cuya propiedad sufre el costo de dicha actividad. Una vez que la redistribución ha sido efectuada, todos quedan satisfechos, y por medio de la acción del gobierno, el grupo multiplica su riqueza.<sup>C</sup>

Para recapitular, en el supuesto de costes de transacción elevados, toda vez que emprendemos cierta actividad en la cual los beneficios concentrados

---

<sup>A</sup> Joel Franklin Brenner (1947-) apunta que, en Inglaterra, durante la revolución industrial, la doctrina del «*nuissance*» en la *common law* —cercana al «abuso del derecho» del derecho civil— dejó de aplicarse a las actividades que reportaban beneficios netos a la comunidad, *Nuisance Law and the Industrial Revolution*, *The Journal of Legal Studies* lib. 3 págs. 403, 412-15 (1974).

<sup>B</sup> *Summa Theologiae tertiae quest. 55.*

<sup>C</sup> Damos por sentado que ellos pueden enajenar los beneficios. Luego echaremos por tierra esta suposición. En las transacciones políticas no la requerimos, pues ahí la compensación puede ser otorgada en otras formas.

*refundido para el siglo XX*

que aprehendemos son mayores que los costos dispersos, pagamos por los perjuicios que otros sufren y nos enriquecemos por medio de la transacción que se efectúa mediante la intervención del estado: la regulación pública de los derechos de propiedad.



## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

### *Controversia 8*

Si otros individuos resultan afectados por los costos emergentes de nuestra actividad en ámbitos en los que válidamente ostentan derechos de propiedad exclusivos, es obvio que ellos se disgustarán, y acudirán incluso al recurso trágico de la violencia para tratar de evitar que desarrollemos tal actividad.<sup>A</sup> Sergio Almaraz Paz (1928-1968) exclama en 1964: «Nuestro primitivismo responde a otros resortes porque somos un pueblo ofendido que empieza el camino de la venganza».<sup>B</sup> Las personas sólo consentirán en desistir de todo acto de violencia o venganza si les proporcionamos una compensación satisfactoria. Vázquez de Menchaca nos dice que quien goza de los frutos de una empresa, debe soportar los daños, «*incommoda expensamque cuisque rei eum sequi debere quem commoda sequuntur*».<sup>C</sup> Como tenemos expuesto hasta aquí, el gobierno de la mayoría

---

<sup>A</sup> La ley del talión: «que paffe lo que fizo», surgió en los albores de la civilización, como alternativa un poco más humana a la venganza ilimitada. El Estagirita, *Ἠθικῶν Νικομαχείων* lib. 5 (330 A. de J.C.); véase el título sobre restitución en fray Tomás de Mercado (1530-1576), *Summa de tratos, y contratos* (1571).

<sup>B</sup> Véase el capítulo La Violencia en Bolivia en Mariano Baptista Gumucio (1933-), *La violencia en Bolivia* (1976).

<sup>C</sup> *Controuersiarum illustrium aliarumque usu frequentium* lib. 1 tit. 5.

## *refundido para el siglo XXJ*

permite que podamos resarcir a todos de una sola vez, por medio de un número determinado de retribuciones políticas otorgadas en favor del gobierno; éste, por su parte, asegura a aquéllos que soportan los costos de nuestras actividades —de las actividades de toda la sociedad— una compensación de dimensión satisfactoria.

¿Cuál es la función del gobierno?, ¿acaso es la caja negra idónea en la que escondemos las transacciones que realizamos? El gobierno percibe dinero producto del trabajo, al mismo tiempo que los recursos y obras son proporcionados también por el gobierno. Todo esto nos obliga a reflexionar sobre su funcionamiento. El gobierno es el único instrumento de coerción utilizado para organizar y regular la obtención de un beneficio externo, el cual sería imposible adquirir mediante transacciones de cooperación voluntaria o por medio del uso del esfuerzo individual, sin afectar de manera negativa a otro individuo.<sup>A</sup> Sin embargo, no es

---

<sup>A</sup> La posición de negociación, en la que nos encontramos con respecto del gobierno, es menos ventajosa que la que tendríamos si empleáramos medios voluntarios, ya sea cooperativos o individuales. Esta afirmación no es un subterfugio lingüístico. Allá por 1871, el empresario boliviano Félix Avelino Aramayo (1846-1916) hacía escuchar su queja: «Nosotros habíamos continuado progresando rápidamente en el comercio, hasta que llegamos a esa altura de la que a nadie es permitido pasar, porque no se puede seguir aumentando la fortuna sin correr los riesgos consiguientes en un país sin

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

económicamente viable emplear el sistema político para aprehender cualquier beneficio que nos proponamos. Cabe resaltar que deberemos pagar sumas de dinero para aplacar la violencia o insatisfacción de la comunidad, y cabe destacar también que dichos montos guardan relación con la sumatoria a que ascienden los costos dispersos que ha sufrido la propiedad de los demás a consecuencia de nuestra actividad —externalidades negativas— y de los costos de transacción para resarcirlas por medio del gobierno.

Precisamente, entre los aspectos más relevantes a los que se tendrá que enfrentar una política redistribuidora de riqueza está la anomalía cíclica propuesta por Condorcet; la no reducida posibilidad del surgimiento de nuevas coaliciones de personas predetermina que no haya ni vencedores, ni vencidos. Todos pierden frente a esta situación de riesgo de un gobierno inestable e imprevisible, fuertemente marcado por los cambiantes movimientos de la política o de la irrupción de la violencia. Esto es lo que explica

---

instituciones financieras y sujeto a la arbitrariedad de gobiernos, que pretenden saber todo y quieren dirigir todo, sin más ciencia que la de su autoridad», *Apuntes sobre el estado industrial, económico y político de Bolivia* pág. 9. La amargura en la expresión de Aramayo es muy válida. Muchas veces se vio enfrentado a la arbitrariedad de los gobiernos altoperanos del siglo XIX. Desdichadamente, en Iberoamérica, mucho de esto no ha cambiado: nuestros gobiernos siguen procediendo según su arbitrio.

## *refundido para el siglo XXJ*

en buena medida —más allá de normatividades obsoletas— la ligereza exasperante de la vida política. Y así, la precariedad organizativa de las coaliciones de personas en la democracia hace impráctica la aplicación de las políticas redistributivas.

Nada sale a coste cero. ¿Cuál es el precio que nos exige el gobierno? Sabemos que el precio está vinculado a la estructura del gobierno mayoritario. En un debate parlamentario, el intelectual y reconocido estadista boliviano Ricardo Anaya (1907-1997) nos instruye que la democracia, lejos de eliminar la violencia, la reemplaza con el voto: «La democracia no ha eliminado la lucha de clases, simplemente se ha limitado a reducir la violencia de la lucha de clases a los términos del sufragio universal».<sup>A</sup>



¿Qué significado tiene el sistema político mayoritario para aquella persona que emprende una actividad productiva? Dicha persona podría adquirir todas las propiedades a las que alcanzase la dispersión de los costos externos de su actividad. Asegurar esto implicaría deshacerse del problema social, ya que ese

---

<sup>A</sup> *Democracia y revolución* 31 (1943).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

individuo soportaría todos los daños sobre su propiedad y nadie esgrimiría razón alguna a objetarle bajo tales circunstancias. Pero, evidentemente, la propiedad es escasa, y los costos externos de la actividad, en algunos casos, se dispersan de modo plausible mucho más allá de lo que a ella le es posible asegurar el resarcimiento a los titulares de las propiedades afectadas. Por este motivo, acordar una transacción resultaría oneroso. Por otro lado, la persona podría intentar iniciar negociaciones con otros propietarios de terrenos adyacentes, para así pagar los costos dispersos de la actividad. Se haría responsable de los costos de negociación con estas personas; costos que, reiteramos, son desmesuradamente elevados aun sin enfrentarse con comportamientos exigentes.<sup>A</sup>

Hasta aquí hemos desarrollado una idea sobre cómo acometer alguna empresa que va a tener éxito en el sentido alchiano. Tomando en cuenta que nuestra actividad repercute en costos externos dispersos sobre la propiedad ajena, y que los costos de transacción, así como los costos de información y de incentivos, para llegar a un acuerdo son elevados, no nos encontramos en una posición adecuada para convencer a otras personas de abstenerse de buscar venganza. Por esta razón, no queda más alternativa que recurrir al auxilio del gobierno, con la pretensión, en todo caso, de

---

<sup>A</sup> Cfr. Lloyd Cohen (1947-), Holdouts and Free Riders, *The Journal of Legal Studies* lib. 20 pág. 351 (1991).

## *refundido para el siglo XXJ*

conseguir una regulación a cambio de un precio político que permita desarrollar nuestra actividad. La idea que hemos planteado para una actividad factible puede concebirse en tres sentidos. Primero, puede tratarse de una mejora según el concepto de Pareto.<sup>A</sup> Este tipo de actividad dispersa mayores montos de beneficio que de costo sobre la propiedad de cada persona afectada dentro de la comunidad. En el contexto del sistema mayoritario, si indagamos acerca del precio político que implica construir un nuevo arreglo institucional, u obtener una regulación por parte del gobierno que permita realizar una actividad, para procurar una mejora según el concepto paretiano, descubrimos —¡para nuestra sorpresa!— que resulta nulo. El precio político es cero puesto que nadie va a oponerse. Por el contrario, cualquier persona afectada levantará la voz de protesta si nos viéramos enfrentados a una negativa del gobierno. Las mejoras,

---

<sup>A</sup> Vilfredo Pareto (1848-1923), Il massimo di utilita dato dalla libera concorrenza, *Giornale degli Economisti lib.* 9 pág. 48 (1894); Enrico Barone (1859-1924), Il Ministro della Produzione nello Stato Collettivista, *Giornale degli Economisti lib.* 37 pág. 267 (1908); Harold Hotelling (1895-1973), The general welfare in relation to problems of taxation and of railway and utility rates, *Econometrica lib.* 6 pág. 242 (1938). Cfr. Cooter, The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law, *Notre Dame Law Review lib.* 64 págs. 817, 818-22 (1989).

## *Un libro de derecho del siglo XXV,*

según el concepto de Pareto, no implican precio político alguno en la democracia.

Segundo, la idea que planteamos para una actividad productiva puede ser una mejora según el criterio de Kaldor-Hicks.<sup>A</sup> En una medida como ésta, los beneficios que se aprehenden entre todos los individuos son mayores que los costos que se dispersan. Como hemos visto, aquellos individuos que aprehenden los beneficios netos tienen la capacidad de redistribuirlos entre aquéllos cuya propiedad sufre costos netos, e incluso logran obtener utilidades de tal manera. Luego de efectuada la redistribución, la medida pasa a ser una mejora según el concepto de Pareto y se logra satisfacer el interés general. Por lo

---

<sup>A</sup> Nicholas Kaldor (1908-1986), Welfare propositions in economics and interpersonal comparisons of utility, *Economic Journal lib.* 49 pág. 549 (1939); Hicks, The Foundations of Welfare Economics, *Economic Journal lib.* 49 pág. 696 (1939). Tibor de Scitovsky (1910-2002), A note on welfare propositions in economics, *Review of Economic Studies lib.* 9 pág. 77 (1941); Simon Smith Kuznets (1901-1985), On the valuation of social income—reflections on Professor Hick's article, *Economica lib.* 15 pág. 116 (1948); Ian Malcolm David Little (1918-1984), *A Critique of Welfare Economics* (1950); Paul Samuelson (1915-2009), Evaluation of real national income, *Oxford Economic Papers lib.* 1 pág. 1 (1950); William Gorman, (1923-2003) The Intransitivity of certain criteria used in welfare economics, *Oxford Economic Papers lib.* 7 pág. 25 (1955). Cfr. Antoni Casahuga (1942-1983), *Fundamentos normativos de la acción y organización social* (1985).

## *refundido para el siglo XXJ*

tanto, el precio político de que una legislatura, tribunal o entidad del gobierno adopte una mejora según el criterio de Kaldor-Hicks, es igual a las externalidades negativas netas de la actividad que permite realizar, más los costos de transacción así como los costos de información y de incentivos que implica la redistribución por el gobierno de los beneficios de la misma para resarcirlas.<sup>A</sup> Si la condición del criterio de Kaldor-Hicks no logra alcanzar sus resultados, ninguna redistribución de los beneficios aprehendidos que se lleve a cabo va a ser suficiente para aplacar la presión de aquéllos cuya propiedad soporta los costos de cierta actividad dispersa. Por ello, es necesario matizar el concepto promovido por Kaldor-Hicks;<sup>B</sup> lo cierto es que esta compensación deberá hacerse efectiva en el ámbito político, aunque sea de manera colateral, puesto que la gente no tendrá paciencia ni tiempo para mantenerse en espera de una compensación hipotética. Precisamente la posibilidad

---

<sup>A</sup> Steven Shavell (1946-), *Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, *The Journal of Legal Studies* lib. 23 pág. 667 (1994); *A Note on Efficiency vs. Distributional Equity in Legal Rulemaking: Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation?*, *American Economic Review* lib. 71 pág. 414 (1981).

<sup>B</sup> El propio Hicks concede que su propuesta requiere de «*more patience, perhaps, than we ought to ask*» *The Rehabilitation of Consumer Surplus*, *The Review of Economic Studies* lib. 33 pág. 108, III (1940).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

de inducir a confusión al lector acá es una de las razones de peso para aclarar el significado de la nomenclatura de referencia. Aunque es común sostener que una actividad es potencialmente Pareto superior, o dirigida hacia una mejora según el criterio de Kaldor-Hicks, si los que salen ganando pueden compensar a los perdedores; es decir, basta con que potencialmente pudiera efectuarse la compensación, que sería meramente hipotética; nuestro estudio empleará dicha nomenclatura de una manera distinta: se reconocerá el derecho de los recurrentes a una compensación adecuada y efectiva, sólo que ésta se asegurará en forma colateral.

Alcanzado un acuerdo sobre la base de una compensación efectiva, recién podrá pensarse en evaluar una política. De tal forma que, ¿cuál sería la interrogante vital de la teoría política? La interrogación implica, cuando se origina una pérdida de bienestar o valor a otra persona y, por tanto, se generan efectos externos, ¿cómo diferenciar entre las actividades dirigidas hacia una mejora según el concepto de Pareto, las que logran ser mejoras según el criterio de Kaldor-Hicks, y aquellas que no son mejoras según este último criterio? Las mejoras según el concepto de Pareto son fácilmente reconocibles, puesto que ningún individuo podrá esgrimir una razón para objetarlas. Sin embargo, un aspecto más obtuso para nosotros es cómo diferenciar entre los movimientos que son mejoras según el criterio de

*refundido para el siglo XXJ*

Kaldor-Hicks de aquéllos que no lo son. Por una parte, con una mejora según el criterio de Kaldor-Hicks, se espera poder efectuar una redistribución con la cual las personas afectadas queden satisfechas. No obstante, cuando las personas afectadas consideran tal redistribución insatisfactoria, no hay modo de determinar si la actividad fue en verdad una mejora según el criterio de Kaldor-Hicks, dado que somos incapaces de hacer comparaciones interpersonales en lo que respecta a utilidades: «*nous ne pouvons ni comparer ni sommer celles-ci car nous ignorons le rapport des unités en lesquelles elles sont exprimées*». <sup>A</sup> En contrario, suponemos que se trata de una actividad inejecutable según este criterio.

¿Deberíamos creer que el gobierno constantemente redistribuye beneficios a cada individuo de la comunidad con el fin de cubrir las externalidades que resultan de cada actividad? <sup>B</sup> Consideramos que los políticos poseen la habilidad para lograr implementar varias medidas que son mejoras según el criterio de Kaldor-Hicks, que se compensarán una con otra. Si la

---

<sup>A</sup> Pareto, *Cours d'Economie Politique* vol. 1, pág. 93 (1896). Daniel Salamanca (1865-1935), *Apuntes para una teoría del Valor* pág. 21 (1935).

<sup>B</sup> La razón que damos para hacer esta re-distribución difiere de la conjeturada por Harold Hochman (1936-), Pareto Optimal Redistribution, *American Economic Review* lib. 59 pág. 542 (1969).

*Un libro de derecho del siglo XXV<sup>o</sup>*

legislatura, el tribunal o la entidad del gobierno emprende varias mejoras, cada grupo podrá obtener compensación colateral por los costos en que ha incurrido su propiedad —la «*average reciprocity of advantage*» a la que alude un caso de jurisprudencia estadounidense<sup>A</sup>— y cosechar adicionalmente una utilidad. La comunidad acumula una cantidad considerable de dinero y, por añadidura, suprime los costos de transacción que involucra el tener que redistribuir los beneficios que rinde cada mejora según el criterio de Kaldor-Hicks, para compensar a aquellas personas cuyos bienes han sufrido los costos de esa medida.<sup>B</sup> Al ofrecer compensación en forma colateral, el sistema político-jurídico depara nuevas oportunidades económicas y genera riqueza social.<sup>C</sup>

---

<sup>A</sup> *Pennsylvania Coal Company versus Mahon, United States Reports lib. 260 pág. 393, 415 (1922).*

<sup>B</sup> No todos los beneficios son enajenables. Empero, la compensación colateral no presupone que ellos lo sean. Las transacciones, que son mejoras según el criterio de Kaldor-Hicks, se miden en el mercado político-jurídico por: «*what people are willing to pay for something or, if they already own it, what they demand [no necesariamente en dinero] to give it up*», el mismo criterio que Richard Posner establece para la maximización de la riqueza, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory* en pág. 119.

<sup>C</sup> Beneficio que la re-distribución mediante un sistema tributario no ofrecería.

## *refundido para el siglo XXJ*

Vale la pena considerar el modelo de Buchanan.<sup>A</sup> Parece justo hablar del «mercado político» o del «mercado de la política». A menudo, los políticos efectúan trueques en el mercado político en forma similar a la gente que compra y vende en el mercado económico: ambos realizan actividades de negocios. *Gli attori politici ragionano come qualunque altro agente economico.* La diferencia esencial consiste en que los políticos negocian con la violencia de la comunidad.<sup>B</sup> En el mercado económico la información se disemina por medio del precio; en el mercado político, por medio del voto. El brillante jurista peruano, Alfredo Bullard González (1964-), articula la lógica pura y simple de los mercados político y económico, propicios para el suministro de bienes públicos y privados, con una sencillez cristalina y una efectividad impecable en su libro *Derecho y Economía: El Análisis Económico de*

---

<sup>A</sup> The relevance of Pareto optimality, *The Journal of Conflict Resolution* lib. 6 pág. 341 (1962); *The Calculus of Consent* (1962). Cfr. Francesco Parisi (1962-), *The Market for Votes: Coasian Bargaining in an Arrowian Setting* (1998).

<sup>B</sup> La realidad es que la amenaza de violencia existe ya en un ambiente político. Es creíble, real y hace temer que miles de personas resulten muertas. No procede de la clase política, muy al contrario de lo propuesto en el esquema explicativo de la extracción de rentas de McChesney, Rent Extraction and Rent Creation in the Economic Theory of Regulation, *The Journal of Legal Studies* lib. 16 pág. 101 (1987).

*Un libro de derecho del siglo XXV,*

*las Instituciones Legales* (2006).<sup>A</sup> Plantea el problema con una interrogante: ¿por qué no votar por los refrigeradores y comprar a los congresistas? Los bienes públicos puros benefician por igual a todos los ciudadanos —seguridad ciudadana, asuntos exteriores— ya que, en ellos, como afirma Bullard González, no se dan los principios de exclusión y de rivalidad en el consumo. Cabe acotar que los bienes públicos puros son los que en un principio justifican el establecimiento del estado. Otros bienes —sanidad, servicios sociales, pensiones y educación—, que refuerzan la cohesión social, son bienes privados financiados públicamente, porque se cree que el mercado no funciona eficientemente en su suministro, aunque esto es rebatible. Los restantes bienes que los entes públicos suministran son bienes privados y deberán financiarse con la renta de los individuos por medio del mercado y ser producidos por el sector privado.

Al matizar los bienes públicos, Cooter ofrece una salvedad. Considera que debe plantearse un distingo entre bienes públicos puros, bienes públicos localizados y sujetos a congestión, y bienes públicos cuyos costos o beneficios externos se propagan de una jurisdicción territorial a otra. En su aleccionador manual *The*

---

<sup>A</sup> Cfr. págs. 855-896; Votando por refrigeradores y comprando congresistas: ¿por qué no?, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* lib. I (2006).

## *refundido para el siglo XXI*

*Strategic Constitution* (2000), esclarece, de manera práctica, una cuestión tan difícil como la distribución de competencias entre los órganos de gobierno. Si el federalismo es una manera de repartir el poder, el ejercicio de los recursos fiscales debe acercarse adonde se atienden las necesidades de la población. Por ello, Cooter atribuye la capacidad de decisión sobre los bienes públicos puros al gobierno central, las competencias gubernamentales sobre la provisión de bienes y servicios públicos localizados y sujetos a congestión a los estados federados, o a los órganos de estructura horizontal mayormente vinculados a la comunidad, como el municipio, y el suministro de los bienes públicos cuyas externalidades se extienden de una jurisdicción territorial a otra a jurisdicciones especializadas. Así, el federalismo permite al ciudadano sustraer el suministro de un conjunto de bienes públicos de las manos de una burocracia centralizada, distante y desprovista de información.<sup>A</sup>

¿Cuándo debe tomar a su cargo el estado una actividad y cuándo debe dejarla a la iniciativa privada? Al respecto, Coase nos demuestra, en su trabajo *The Lighthouse in Economics* (1974), que la iniciativa privada es capaz de organizar con éxito cualquier

---

<sup>A</sup> *The Strategic Constitution cap. 5*. Ya veremos más adelante que el control jurisdiccional dirime la flexible imbricación de estas competencias entre una pluralidad de centros de poder territorial en el federalismo.

## *Un libro de derecho del siglo XXV<sup>g</sup>,*

actividad, inclusive aquellas que se consideran por tradición dentro de la esfera del estado, como la administración de los faros de navegantes.<sup>A</sup> Sin embargo, cabe precisar que, para llevar a cabo estas tareas, se requiere el derecho de obligaciones que cimenta las expectativas de ayuda recíproca entre las personas que se van a beneficiar con ellas. Como contrapartida, el derecho de bienes también debe establecer la posibilidad de excluir de los beneficios a aquellos que dejan de contribuir a su producción o provisión,<sup>B</sup> así como de convertir la información privada en pública en aras de reducir las asimetrías que perjudican el desenvolvimiento del mercado.

Otro ejemplo de la sustitución del estado por el mercado es el bono educativo propuesto por Milton Friedman (1912-2006) hace media centuria.<sup>C</sup>

---

<sup>A</sup> *Journal of Law and Economics* lib. 17 pág. 357. Sus haces de luz, visibles desde muy lejos, benefician a todos los navegantes; no importa de dónde provengan. A nadie se le puede impedir verlos; por el hecho de que un timonel los divise, otro no lo hará menos. Indivisible y no excluyente, el faro parecería casar bien con los criterios que en el debate académico definen a un bien público. Pero Coase nos demuestralo contrario.

<sup>B</sup> David Van Zandt (1953-), *The Lessons of the Lighthouse: Government or Private Provision of Goods*, *The Journal of Legal Studies* lib. 22 pág. 47 (1993).

<sup>C</sup> *The Role of Government in Education, in Economics and the Public Interest* págs. 123-44 (1955).

## *refundido para el siglo XXJ*

Friedman continuaría el subsidio del estado para la educación del siglo XX, pero los recursos no se asignarían a la oferta —las escuelas— sino a la demanda —los alumnos—. Cuando esto ocurre, se abre un mercado de la educación, el que otorga una inmejorable oportunidad a los que sienten la misión educativa como propia de volverse emprendedores. El traspaso de la producción educativa al sector privado, a la vez que conserva la financiación pública, reduce los costes del servicio y mejora la calidad de la educación.

Mientras el derecho privado siga adoleciendo de anquilosamiento, el aparato del estado seguirá procurando tales empresas. Como trabajadores del mercado político, los políticos deberán poseer una habilidad singular. El jurista del Siglo de Oro, Jerónimo Castillo de Bobadilla (1547-1605), precisa: «La astucia y sagacidad son necesarias a los que gobiernan Republicas, porque todos los que negocian con ellos, pretenden engañarlos».<sup>A</sup> Lo que hacen los políticos es calcular las medidas que pueden constituir mejoras según el criterio de Kaldor-Hicks, entre grupos dentro de los cuales los beneficios de ciertas medidas van a compensar a los mismos por los costos

---

<sup>A</sup> *Política para corregidores y señores de vasallos lib. 1 tit. 9 (1597)*. En una nota al pie de página en *Du contrat social ou Principes du droit politique (1762)*, Rousseau sostiene que, mientras que el Diabólico Florentino profesaba aleccionar a los reyes, era en realidad al pueblo a quien instruía.

## *Un libro de derecho del siglo XXV<sup>o</sup>*

en que han incurrido a causa de otras medidas, lo cual asegura la compensación colateral. Observamos que, cuando el tamaño de los grupos que se benefician con las actividades es reducido, y los costos de la actividades son soportados por grandes grupos, posiblemente por la comunidad entera, la aritmética político-jurídica resulta simple. Se alterna un gran número de mejoras según el criterio de Kaldor-Hicks, y en promedio, éstas van a compensarse unas con otras en forma colateral. Por otra parte, cuando el tamaño de los grupos que se benefician de las ganancias es más grande, y el tamaño de los grupos que incurren en costos es menor, el lograr componer un conjunto de medidas que se compensen unas con otras se convierte en una operación más delicada. Por lo tanto, en algún momento se espera que el gobierno asuma la tarea de efectuar una redistribución de los ingresos. Cuando no se puedan hallar medidas que intercambien compensaciones en forma colateral, para efectuar algunas mejoras en términos de Kaldor-Hicks, el gobierno debe brindar una compensación monetaria a quienes sufren perjuicio a consecuencia de ellas.<sup>A</sup> Los

---

<sup>A</sup>La actividad reguladora cumple propósitos de compensación. Es más, existen valoraciones político-jurídicas a las que debemos llegar antes de des-regular. Así, Richard Posner indica el fenómeno de la deliberada y continuada prestación de muchos servicios en la sociedad «*at lower rates and in larger quantities*» que los ofrecidos por un mercado competitivo no regulado o, *a fortiori*, por un mercado monopolista no

## *refundido para el siglo XXJ*

precios políticos que implica obtener una mejora, según el criterio de Kaldor-Hicks, de una legislatura, tribunal o entidad del gobierno varían conforme a la capacidad de hallar otras medidas destinadas a compensarla. Los políticos procuran evitar este tipo de medidas cuando no les es posible idear medidas compensatorias para ellas. Si fuese de otro modo, nadie percibiría, si se trata de una mejora según el criterio de Kaldor-Hicks, y ningún individuo cuya propiedad incurriese en costos se preocuparía solícitamente; la población insatisfecha votaría en contra de ellos, y si no fuese posible destituirlos de sus funciones, reaccionaría con violencia.

Un sistema político debe sustentarse en una amplia base de representación<sup>A</sup> o, de lo contrario, el sistema no logrará evitar en forma legítima toda la violencia existente en potencia dentro de la sociedad, y

---

regulado, *Taxation by regulation*, *Bell Journal of Economics and Management Science* lib. 2 pág. 22 (1971).

<sup>A</sup> Dado que es importante ampliar la base de representación del sistema político iberoamericano, a más del voto universal, podemos referirnos a Federico Díez de Medina (1882-1952) quien expuso, a fines del siglo XIX, un sistema electoral que aseguraba la representación tanto de las mayorías, como de las minorías. *Las minorías en Bolivia* (1878); *Nóciones comparadas de derecho público político* cap. 6 (1903). Cfr. el aporte más reciente de Pippa Norris (1953-), *Choosing Electoral Systems: Proportional, Majoritarian and Mixed Systems*, *International Political Science Review* lib. 18 pág. 297 (1997).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

cualquier individuo que negocie en el mercado político va a invertir con cautela; en palabras del Doctor Angélico, «*ut omnes aliquam partem habeant in principatu: per hoc enim conservatur pax populi*». <sup>A</sup> Para sintetizar, el sistema político representativo ofrece —a los sujetos económicos— medidas de regulación pública de los derechos de propiedad, y asegura —a los terceros— compensación por los valores que se detraen.

La expropiación forzosa garantiza también la indemnización de los bienes y valores que son objeto de despojo por parte del estado, de suerte que cabe plantear la cuestión: ¿qué distinción existe entre la expropiación y una mera disposición o afectación legal? En ambos casos, el estado desapodera o produce una merma en los valores que legalmente pertenecen a los particulares. Así por ejemplo, mediante una disposición o afectación legal, el estado puede declarar un área donde poseemos tierras como zona industrial —por medio de la <zonificación>— y hacer que el valor de las tierras disminuya en forma considerable, sin que llegue a tratarse de una expropiación por parte del gobierno. Cualquiera de estas medidas nos priva del capital, máxime si se trata de una disposición o afectación legal por la cual no recibimos indemnización alguna, dado que en este caso el estado ejerce solamente su potestad regulatoria.

---

<sup>A</sup> *Summa Theologiæ tertia quest. 105.*

## *refundido para el siglo XXI*

Si las dos contribuciones decisivas del mundo romano a la cultura occidental, como tenemos dicho, fueron el derecho y la plomería, la mayor obra de ingeniería que dejaron —el acueducto romano del siglo I— nos resulta ilustrativa en este sentido. Roma ha sido fuente de inspiración y aprendizaje de políticos, escritores, artistas e ingenieros durante veinte siglos. Su cultura sigue irradiando luz desde un pasado lejano y el elemento fundamental en el desarrollo urbano romano fue el acarreo de agua. Hoy se conservan estos acueductos en buen estado, llenos de agua; sus arcos de medio punto y sus sillares de piedra blanca aún despiertan la admiración. Ya en época romana, en el primer siglo de nuestra era, Sexto Julio Frontino (40-103) había confesado ser admirador de la ejecución humana de una obra en tal medida transformadora de la naturaleza —de una enorme utilidad para la vida cotidiana— que sólo parecía comparable a las pirámides de Egipto —las que no dejaban de ser faraónicos proyectos inútiles para la vida práctica—: «*Tot aquarum tam multis necessariis molibus pyramidas uidelicet otiosas compares*».<sup>A</sup> Las ciudades romanas en crecimiento por aquella época necesitaban ingentes cantidades de agua para su subsistencia, «*incrementum urbis exigere uidebatur amplio rem modum aquæ*». De ahí que, en ocasiones, la fundación de éstas en un espacio determinado se viera claramente condicionada por la abundancia de agua. La

---

<sup>A</sup> Cfr. *De aquis urbis Romae lib. I* (95).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

sociedad de aquella época llegó a desarrollar, con alto grado de eficacia, su ingeniería para garantizar el abastecimiento confiable de agua potable, de día y de noche, sin ningún tipo de interrupción, «*sine intermissione diebus noctibusque aqua fluat*»,<sup>A</sup> con redes de almacenamiento, distribución, uso y evacuación. Los alcalareños, que levantaban sus casas sobre ellas, aseguraban un suministro constante de agua de gran pureza y calidad. Aún pueden apreciarse con nitidez los lugares en los que los romanos apoyaban los lucernarios para iluminar la construcción de estos acueductos, presas, canales y sifones. Pero, cabe destacar que no hubiera sido posible la ingeniería hidráulica romana sin el derecho romano.

Es aún objeto de controversias si los romanos articularon una doctrina de expropiación forzosa, pero es incontrovertible que al menos la pusieron en práctica y que preconizaron este desarrollo jurídico. Cuando en el siglo XIX Caspar Rudolf von Ihering (1818-1892) quiso poner en claro el espíritu de respeto estricto e incondicional que cultivaron los romanos por la propiedad privada, indicó que no era raro que se renunciara completamente a una obra pública ante la negativa de los propietarios de ceder su propiedad.<sup>B</sup> Sin embargo, de ser así, no se hubieran construido los

---

<sup>A</sup> Cfr. *De aquis urbis Romae lib. 2.*

<sup>B</sup> *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung lib. 2 (1865).*

## *refundido para el siglo XXJ*

nueve grandes conductos que abastecían Roma durante el siglo I y por los que circulaba doce millones de ánforas de agua al día.<sup>A</sup> El ejemplo de Ihering pone de relieve un aspecto clave del análisis económico de la doctrina de expropiación forzosa: sin este límite a la propiedad e instrumento jurídico efectivo en manos del estado, la resistencia estratégica del propietario a negociar la extinción de su dominio, a fin de procurar un beneficio particular desmedido, podría detener la ejecución de obras de utilidad pública e interés social. Frontino aporta, posiblemente, la referencia más curiosa, y a la vez más directa, a la práctica del pago de una indemnización adecuada cuando se expropiaron los terrenos, «*Multo magis autem maiores nostri admirabili æquitate ne ea quidem eripuerunt priuatis quæ ad modum publicum pertinebant, sed cum aquas perducerent, si difficilior possessor in parte uendunda fuerat, pro toto agro pecuniam intulerunt*».<sup>B</sup> Vázquez de Menchaca formuló la doctrina, en 1563, de la necesidad de una indemnización previa y justa cuando el estado expropia bienes de propiedad privada, «*ut et si fiat ob publicam utilitatem adhuc tamen non destinat recompensatio aut remuneratio domino illius rei*».<sup>C</sup> La indemnización

---

<sup>A</sup> Rodolfo Amedeo Lanciani (1845-1929), *I Commentari di Frontino sulle acque e gli acquedotti* pág. 362 (1880).

<sup>B</sup> Cfr. *De aquis urbis Romæ lib. 2*.

<sup>C</sup> *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium lib. 1 tit. 5*; sin dar la fuente, Julio Alberto d'Avis (1912-) cita otro

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

que se paga debe ser conmensurada con el valor de la propiedad que va a ser expropiada, «*remuneret res publica si potest ex integro... quod si nec etiam ex parte potest... quod deest ut quum primum venerit ad pinguiolem fortunam suppleat par est*». Por ende, la ley establece la diferencia entre la expropiación, para la que se prescribe una indemnización satisfactoria, y otras disposiciones o afectaciones legales, para las que no se reconoce indemnización alguna.

Pero, ¿cómo se explica una diferencia tan arrolladora en la ley?<sup>A</sup> Podemos determinarla si partimos del

---

lenguaje: «se dé congrúa y merecida recompensa», *Curso de Derecho Administrativo* pág. 190 (1960); Kris Kobach (1966-) pretende atribuir su origen a Grocio, quien tomó el sistema fundamental de Vázquez de Menchaca. *The Origins of Regulatory Takings: Setting the Record Straight, Utah Law Review* lib. 47 pág. 1215, 1235 (1996).

<sup>A</sup> La razón que damos es distinta de la que aporta Thomas Miceli (1959-), *Regulatory Takings: When Should Compensation Be Paid, The Journal of Legal Studies* lib. 23 pág. 749 (1994). Así, nos apartamos de la cuestión sobre la eficiencia de la regulación; antes bien tomamos la compensación colateral como la medida. Otras explicaciones vinculan la necesidad del justiprecio con razones de eficacia en la asignación de recursos o de prevención del riesgo moral a largo plazo, e incluso con una especie de seguro por cuenta del estado frente a las desviaciones que pudieran producirse en la cobertura del riesgo político. Lawrence Blume (1952-), *Compensation for Takings: An Economic Analysis, California Law Rev* lib. 72 pág. 569 (1984); William Fischel (1945-), 196

*refundido para el siglo XXI*

análisis que hemos efectuado, puesto que una razón válida la sustenta: por una disposición legal no obtenemos ninguna indemnización porque, como vimos, la compensación se da en forma colateral.<sup>A</sup>

En *Takings, private property and the power of eminent domain* (1985), Richard Allen Epstein (1943-) reproduce el análisis concebido con antelación por Vázquez de Menchaca. El paralelismo que se puede trazar entre ambos autores es sorprendente. Ambos afirman que los derechos de propiedad deberían constituir un mecanismo de control sobre los actos del gobierno y que, al marcar el límite entre el dominio público y privado, la doctrina de la expropiación sería la clave del derecho público. Aunque cuatro siglos separan a Vázquez de Menchaca de Epstein, ambos

---

*International Review of Law and Economics* lib. 9 pág. 115 (1989); Louis Kaplow (1956-), An Economic Analysis of Legal Transitions, *Harvard Law Review* lib. 99 pág. 509 (1986); Saul Levmore (1953-), Just Compensation and Just Politics, *Connecticut Law Review* lib. 22 pág. 285 (1990); Daniel Farber (1950-), Economic Analysis and Just compensation, *International Review of Law and Economics* lib. 12 pág. 125 (1992); Heller, Deterrence and Distribution in the Law of Takings, *Harvard Law Review* lib. 112 pág. 997 (1999).

<sup>A</sup> Véase un análisis económico temprano de esta paradoja en Frank Michelman (1936-), Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of <Just Compensation> Law, *Harvard Law Review* lib. 80 pág. 1165, 1218, 1225 (1967).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

autores se enfrentan a la prerrogativa por la que el gobierno tiene el ejercicio de la función regulatoria sobre la esfera de los derechos de propiedad. Epstein descarta la posibilidad de la compensación colateral entre distintas medidas que son mejoras en términos de Kaldor-Hicks. «*No evidence suggests that the crazy quilt of regulation will balance out*», dice.<sup>A</sup> Cabe destacar que el pensamiento de Vázquez de Menchaca es más radical que el de Epstein al no conceder al estado ningún derecho de regular arbitrariamente el ejercicio de la propiedad privada, «*non poterit homini legitimatatis et integræmentis impedire liberum usum rerum suarum*»<sup>B</sup>, y como única justificación posible de una afectación legal arbitraria, forma un concepto inverso del óptimo paretiano: donde la propiedad y la libertad privadas infringen perjuicio a otra persona sin beneficiar a nadie, «*iure et libertate nostra uti non possumus, cum id nemini prodest, et alteri nocet*».<sup>C</sup>

Entonces nos preguntamos: ¿en qué consiste el imperio de la ley? El modo de reunir una mayoría es formar coaliciones de minorías que compartan los mismos intereses. Sin embargo, la combinación de todos los intereses Pareto-potenciales en coaliciones

---

<sup>A</sup> *Takings* en pág. 279.

<sup>B</sup> *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium lib. I tit. 17.*

<sup>C</sup> *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium lib. I tit. 46.*

### *refundido para el siglo XXJ*

constituye un problema que atañe al gobierno mayoritario y que fundamentalmente se resuelve por medio de los tribunales. En tercer lugar, la idea que formulamos para emprender una actividad productiva puede ser un movimiento que no guarda afinidad con el criterio de mejora, según se entiende a partir de la concepción de Kaldor-Hicks. O, para tomar el extremo, puede satisfacer el criterio del concepto inverso del óptimo paretiano formado por Vázquez de Menchaca —una medida que perjudique a alguien sin redundar en beneficio de nadie—.

¿Cuál es el precio político que importa la arbitrariedad de iniciar una disposición o afectación legal, ya sea una medida no dirigida hacia una mejora según el criterio de Kaldor-Hicks o dirigida a ella pero sin dar compensación a aquellos cuyos derechos válidos y excluyentes se transgreden?<sup>A</sup> Tal medida tiene un precio elevado dentro el marco de un sistema político mayoritario, porque un mismo grupo puede resultar beneficiario de las utilidades producto de diferentes medidas arbitrarias, en un repetido número de veces. No obstante, un grupo en particular no puede soportar los costos en forma indefinida, puesto que sus

---

<sup>A</sup> Gustav Radbruch (1878-1949) afirma, con un criterio racionalista, que la arbitrariedad y el derecho son una contradicción en los términos, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, *Süddeutsche Juristenzeitung* págs. 105-108 (1946).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

recursos tenderán a agotarse.<sup>A</sup> Al generarse un precio político como resultado de una medida arbitraria, se debe tener en consideración la externalidad negativa que se reproducirá a través del tiempo, conforme se repita paulatinamente la misma medida, y al margen de cuán pequeño resulte ser el grupo que sufre pérdidas mediante la actividad inicial; el tamaño del grupo que sufre los costos de todas las externalidades negativas, adquiere, a través del tiempo, una dimensión extraordinaria; en la mayoría de los casos, su tamaño es aun mayor que el del grupo que inicialmente obtiene ventajas, puesto que un mismo grupo puede recibir beneficios en innumerables oportunidades. Por medio de este análisis, estamos calculando las dimensiones *a través del tiempo*, y la razón que aducimos para ello es que las externalidades persisten en el tiempo como reconoce la doctrina jurídica. Las acciones que llevamos a cabo hoy pueden repercutir en daño a otras personas días, años o incluso siglos después.<sup>B</sup> Bajo este

---

<sup>A</sup> Ciertos tipos de capital, como las tierras, son renovables. Sin embargo, a lo largo del tiempo todo capital se agota. Julián Prudencio (1815-1885), *Principios de economía política aplicados al estado actual y circunstancias de Bolivia cap. 3* (1845).

<sup>B</sup> Sin ir más lejos, las personas que acentúan la arbitrariedad de la reforma agraria iniciada en Bolivia hace 50 años deberían recordar la usurpación de tierras comunales casi un siglo atrás, a la cual José María Santiviáñez (1815-1893) se opuso tenazmente, *Reivindicación de los terrenos de comunidad* (1871). Así, muchas de las disparidades que la historiografía —de  
200

*refundido para el siglo XXJ*

enfoque, el concepto de la arbitrariedad encarna el problema del cálculo mayoritario, diacrónico, de la eficiencia. Con las restricciones señaladas y según los parámetros de Kaldor-Hicks, las ganancias producto de una medida de mejora para la que no se establece ninguna compensación, requerirán ser sumamente cuantiosas, o los costos externos deberán ser sumamente pequeños, a fin de que tal medida se justifique políticamente. No importa cuán grande sea el grupo que inicialmente obtiene ganancias, ya que el tamaño de aquél, que eventualmente pierde, será mayor con el devenir del tiempo. De tal forma, resulta necesario que las ganancias y costos promedio sean equilibrados, de manera que el accionar del gobierno no resulte habitualmente arbitrario dentro del sistema político mayoritario.



---

influjo extranjerizante — atribuye a la Colonia son hijas más bien del siglo XIX en Iberoamérica.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

### *Controversia 9*

Somos hijos de Cronos, de las horas, días, años, siglos y milenios que nos hacen y deshacen con un nervioso tic-tac, tic-tac. Con las maquinarias de reloj de ritmo trepidante desde el siglo XVII, olvidamos que durante siglos fueron los cuadrantes solares los que ayudaron a medir el tiempo al hombre ya sedentario que requería saber, con aproximada exactitud, la hora de sacar el ganado, cuándo tener lista la comida o conocer los horarios de los mercados y de los oficios religiosos. Aún pueden verse en fachadas de iglesias, monasterios, palacios o casas particulares; algunas marcas horarias cada vez son menos visibles; otros, hace siglos que perdieron *ὁ γνάμων*, es decir, la parte alargada del reloj que proyecta la sombra; pero hay los que todavía continúan indicando con exactitud el tiempo sobre la escala en función de la posición del sol. Y es que para los romanos fue importante la medición del tiempo; aunque hay quienes aseveran que más bien fueron los egipcios quienes originaron este decisivo invento; el más antiguo se halló en la tumba del faraón Tutmosis III (1479-1425 A. de J.C.); o que fueron los griegos quienes dieron un impulso a la fabricación de relojes de sol, al lograr piezas de enorme complejidad y perfección.

El tiempo nos desgarrar y angustia cuando lo sentimos fluir. Lo pasado, pasado está y ya no cambia; el

## *refundido para el siglo XXJ*

presente discurre casi sin darnos cuenta, y presentimos el futuro incierto que está creándose a cada instante. Desde hace milenios, el hombre se ha preguntado qué es el tiempo. *Quid est ergo tempus?*



El tiempo está tan vitalmente enredado con el entramado de nuestra existencia que es difícil concebirlo incluso como una entidad independiente. Al cuestionarse sobre el misterio de qué es realmente el tiempo, san Agustín subrayó que lo entendía perfectamente, mientras no tenga que explicárselo a alguien, «*si nemo ex me quærat, scio; si quærenti explicare velim, nescio*».<sup>A</sup> En el ámbito cotidiano, los físicos creen que la llamada flecha del tiempo apunta siempre en dirección del aumento de desorden —o entropía—. Por tanto, el futuro se distingue del pasado por la irreversibilidad de un proceso. Precisamente, para demostrar el sentido del tiempo, el vizconde Ilya Prigogine (1917-), en su libro *Fin des certitudes* (1996), dilucida la termodinámica de procesos que en la naturaleza no pueden ser revertidos.<sup>B</sup>

---

<sup>A</sup> *Confessionum mearum libri lib. 9 cap. 13* (400).

<sup>B</sup> Véase también del mismo autor *La nasita del tempo* (1988).

## *Un libro de derecho del siglo XXV,*

Frente al devenir del tiempo, la combinación en coaliciones de personas que conjugan los intereses Pareto-potenciales, es un problema complejo para las instituciones mayoritarias simples, puesto que ellas se hallan limitadas a representar a la gente que vive en la época actual. Aquellos grupos que comparten intereses concretos y que existen en diferentes épocas no pueden reunirse, por las paradojas temporales,<sup>A</sup> ni para actuar en defensa de sus intereses, ni para elegir representantes a cuyo derredor puedan aliarse.<sup>B</sup> Epstein ha planteado el problema en estos claros términos: «*Democratic processes with universal suffrage cannot register the preferences of the unborn, and dialogue between generations is frustrated when future generations, or at least some future generations, are of necessity silent*».<sup>C</sup>

---

<sup>A</sup> Véase Derek Parfit (1942-), *Reasons and Persons* (1984).

<sup>B</sup> Cabe destacar que la barrera del tiempo hace que los costes de transacción sean elevados, pero como veremos más adelante, no prohibitivos.

<sup>C</sup> Justice Across the Generations, *Texas Law Review* lib. 67 pág. 1465 (1989). Llama la atención que Epstein recobre la dimensión temporal en el ámbito del derecho privado en un par de excelentes artículos, Past and Future: The Temporal Dimension in the Law of Property, *Washington University Law Quarterly* lib. 64 pág. 667 (1986); The Temporal Dimension in Tort Law, *The University of Chicago Law Review* lib. 53 pág. 1175 (1986); existe de nuevo un espléndido paralelismo con Vázquez de Menchaca, porque Epstein discute con singular particularidad la figura de la *adverse*  
204

## *refundido para el siglo XXI*

Si a esos representantes les fuera posible congregarse desde épocas remotas del pasado y del futuro, formarían coaliciones que serían más numerosas que la simple mayoría actual que es la que prevalece —con la amenaza <creíble> de un arranque brutal de violencia sincrónica— y volverían a aprehender los intereses eficientes que ella sofoca. *Deshalb ein Denkexperiment*: Rawls se imagina una asamblea trans-temporal que convocaría a representantes de diferentes épocas.<sup>A</sup> Conviene precisar que la propuesta de Rawls no es más que una especulación filosófica disparatada;<sup>B</sup> el desenfreno filosófico sin rienda es salir de los límites de racionalidad que nos confinan.<sup>C</sup> Cabe destacar que

---

*possession* entre las formas generales de adquirir los derechos de propiedad.

<sup>A</sup> *The Problem of Justice Between Generations, A Theory of Justice*, págs. 284-93; Bruce Ackerman (1943-), *Justice over Time, Social Justice in the Liberal State* págs. 107-221 (1980).

<sup>B</sup> *Die Idee gerechter Umverteilung lässt sich unter der Hypothese des Schleiers der Unwissenheit kaum realisieren. Sie setzt konkretes Wissen über konkrete Situationen voraus: und dies sogar in bezug auf die Zukunft. Eine solche Kenntnis können jedoch Philosophen nicht haben.*

<sup>C</sup> Hay quienes ensalzan a Rawls como el principal filósofo moral y político de su tiempo; consideran que *A Theory of Justice* (1971) hilvana una construcción filosófica amplia y profunda que abarca todas las esferas de la vida. Dicen que su obra es una de las más importantes, sólidas, sugerentes y profundas de los

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

el vuelo de la imaginación en estas condiciones es tarea más que difícil, sino imposible. Apartándonos de los pseudo-problemas —es decir, aquellos enredos de los que no se puede hablar— como alternativa de solución, en el presente trabajo sostenemos finalmente la tesis de que los tribunales son instituciones representativas diacrónicas, y no así las asambleas legislativas. Por tanto, reflexionemos acerca del problema del cálculo mayoritario, diacrónico, de dichos intereses, que lleva a cabo un tribunal.

Cabe aclarar que el gobierno de los jueces, quienes «*legem constituent*»<sup>A</sup> es el más antiguo que existe, anterior a la sociedad políticamente organizada.<sup>B</sup> Con

---

últimos tiempos —y no una patraña con argumentos en muchos casos falaces o, peor, embusteros—.

<sup>A</sup> El padre Suárez, *Tractatus de Legibus et Legislatore Deo lib. 1, tit. 2.*

<sup>B</sup> William Landes (1939-) y Richard Posner, Adjudication as a Private Good, *The Journal of Legal Studies* lib. 8 págs. 235, 242 (1979). La necesidad del arbitrio entre los intereses de las personas surge tempranamente en la evolución con la sociedad. De acuerdo con la literatura antropológica, en las sociedades aborígenes —sin organización política como la entendemos en nuestra sociedad—, las personas acuden a la discreción del «hombre de prestigio» para resolver sus diferencias de forma eficiente. En algún sector de la más reciente historia del derecho, proveniente del pensamiento pluralista, se sostiene que tales prácticas sociales pervivieron aun con la instauración de instituciones jurídicas formales. Cfr. la obra sagaz y, sobre 206

## *refundido para el siglo XXJ*

todo, aún nos queda por descubrir cuál es τὸν ἀναλογισμὸς que rige tales instituciones formales, y dado que proponemos que los tribunales resuelven el problema del cálculo mayoritario y diacrónico de la eficiencia, comencemos preguntándonos: ¿acaso no son los tribunales instituciones mayoritarias?<sup>A</sup> Alexander Bickel (1924-1974), en su celebre estudio doctrinario del constitucionalismo del país del norte *The Least Dangerous Branch* (1962),<sup>B</sup> afirma que son

---

todo, cuestionadora, del historiador lusitano, António Manuel Botelho Hespanha (1945-), *La gracia del derecho* (1993).

<sup>A</sup> Este libro se presenta, en parte, como resultado directo de la denominada jurisprudencia política surgida a partir de la década de los años cincuenta, en el norte. Cfr. Victor Rosenblum (1925-2006), *Law as a political instrument* (1955); Martin Shapiro (1933-), *Judicial Modesty, Political Reality, and Preferred Position*, *Cornell Law Quarterly* lib. 47 pág. 175 (1962); *Law and Politics in the Supreme Court: New Approaches to Political Jurisprudence* (1964); *Toward a Theory of Stare Decisis*, *The Journal of Legal Studies* lib. 1 pág. 125 (1972); *Courts, A Comparative and Political Analysis* (1981); Hjalte Rasmussen (1940-), *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking* (1986).

<sup>B</sup> Alexander Hamilton (1757-1804) califica al Poder Judicial como el «*least dangerous branch*» entre los poderes del estado, *The Federalist* num. 78.

## *Un libro de derecho del siglo XX<sup>o</sup>*

instituciones contrarias a la mayoría.<sup>A</sup> Después de todo, parecería que protegieran a las minorías. Pero, si así fuese, no existiría justificación alguna para una institución de ese tipo. ¿No incitaría su existencia una revolución en contra de la misma? *La Révolution française, ne fût-elle pas provoquée par l'actuation du Parlement de Paris?* ¿Por qué entonces el pueblo estadounidense no ha desatado una revolución encarnizada contra la Corte Suprema y contra todos los tribunales y juristas de su país?, ¿o al menos ha entrado en una «grave agitación política?», la expresión del constitucionalista mexicano Héctor Fix-Zamudio (1924-), en su penetrante estudio del control jurisdiccional *El juicio de amparo* (1964).<sup>B</sup> El enfoque que toma Bickel nos llevaría a equivocarnos, y además no logra comprender el verdadero sentido del razonamiento jurídico en el devenir del tiempo, que

---

<sup>A</sup>Según lo expuesto por Bickel, el control jurisdiccional constituye un «*counter-majoritarian force in our system*» y una «*deviant institution in the American democracy,*» *The Least Dangerous Branch* pág. 16, 18; Robert Bork (1927-), *The Tempting of America: the Political Seduction of the Law* pág. 264 (1989). Cfr. James Bradley Thayer (1831-1902), *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, *Harvard Law Review* lib. 7 pág. 129 (1893).

<sup>B</sup> Cfr. pág. 76. Fix-Zamudio aduce la auténtica crisis de gobernabilidad por enfrentamiento entre los poderes que suscitó el *New Deal* de Roosevelt o el justicialismo de Perón.

## *refundido para el siglo XXJ*

funciona por analogía.<sup>A</sup> Suponemos que los tribunales razonarían que lo justo para una persona —un día— es justo para otra —otro día—, a menos que los hechos sean claramente diferenciables, lo que obedece a la consigna «*treat equals equally*» con la cual el profesor Stigler se pone incómodo, por no entenderla, por ser economista.<sup>B</sup> Los tribunales son instituciones mayoritarias, puesto que las cuestiones en las que fallan no sólo conciernen a dos partes que —hoy— comparecen ante ellos, sino también a un vasto grupo —ayer y mañana— de personas que tuvieron o van a tener pleitos análogos.<sup>C</sup>

---

<sup>A</sup> Cfr. el cardenal Cayetano (1468-1534), *De nominum analogia* (1498). También es necesario recordar aquella famosa definición tan olvidada de Alfarabi (872-950) de la jurisprudencia, como un poderoso instrumento de traslación de los significados —por la vía de la comparación y de la analogía—, desde lo conocido hacia lo desconocido, desde lo noto hacia lo ignoto y de lo visible hacia lo invisible, «ليس»

شيئا أكثر من استنباط الجهول من المعد»، حياء العلوم [٩٠٥].

<sup>B</sup> The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars, *The Journal of Legal Studies* lib. 1 págs. 1, 4 (1972).

<sup>C</sup> Calculemos a cuánto ascienden las utilidades obtenidas dando un trato análogo —a través del tiempo— a la gente en general. Consideramos que, a lo largo del tiempo, pleitos análogos se van reiterando en forma intermitente. Suponemos que la violencia usada en cada ocasión que un pleito se repite es

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

Sugerimos que existe un activismo impropio del Poder Judicial cuando procede ignorando los desarrollos jurisprudenciales del pasado y los argumentos concernientes a la aplicación futura de sus decisiones. Mediante el uso del razonamiento por analogía, los tribunales calculan coaliciones de personas que existen en diferentes épocas, pero que comparten intereses concretos, y que pueden formar *ὁ δῆμος*. Ampliamos la tesis de Landes y Posner acerca del papel de un Poder Judicial independiente e imparcial como órgano encargado de aplicar la voluntad promulgada por una mayoría legislativa previa, existente en el pasado.<sup>A</sup> Los autores nombrados

---

constante. Y que todos esos pleitos se deciden, a pesar de todo, de igual manera: *un certo tipo di fattispecie conduce ad un certo esito giuridico*. Así, si la violencia es costosa, tanto siendo un bien como siendo un mal, el sistema legal ahorra a la gente cuantiosos recursos. Los ahorros a obtenerse de los pleitos son adicionales a los ahorros producidos por «*defining the rights of individuals in the social product*», Tullock, *The Costs of a Legal System*, *The Journal of Legal Studies* lib. 4 pág. 75 (1972). Substituyendo la violencia por los argumentos que la gente es capaz de sustentar, podemos exponer una perspectiva de lo que son nuestros tribunales en la actualidad.

<sup>A</sup>The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective, *The Journal of Law and Economics* lib. 18 pág. 875 (1975); Mark Ramseyer (1954-), The Puzzling (In)dependence of Courts: A Comparative Approach, *The Journal of Legal Studies* lib. 23 pág. 721 (1994); Thomas Merrill (1949-), Pluralism, the Prisoner's Dilemma, and the

210

## *refundido para el siglo XXJ*

sostienen que los tribunales ejecutan disposiciones legislativas anteriormente promulgadas, que son producto de pactos previamente debatidos en el congreso, enfrentándose a los subsecuentes esfuerzos de posteriores sesiones del congreso tendientes a modificarlas, sin cumplir con las mismas formalidades legislativas. La certeza en la aludida ejecución jurisdiccional, a lo largo del tiempo, realza el valor del acuerdo legislativo promulgado en apoyo de los intereses de grupos que la propugnan.<sup>A</sup> Como podrá apreciarse más adelante por nuestro análisis, los tribunales representan a la par a mayorías diacrónicas —dispersas a través del tiempo—, y no solamente a mayorías sincrónicas que existieron en el pasado.

Cabe aceptar, sin conceder, que el jurista podría sentirse incómodo con las suposiciones reduccionistas del esquema explicativo que desarrollamos, para legitimar de manera puramente positiva el derecho judicial. Agrupamos bajo una misma categoría la

---

Behavior of the Independent Judiciary, *Northwestern University Law Review* lib. 88 pág. 396 (1993); Robert Tollison (1942-), Interest Groups and Courts, *George Mason Law Review* lib. 6 pág. 953 (1998).

<sup>A</sup> Como Landes y Posner han expuesto, la mayoría de turno tiene un fuerte incentivo para hacer respetar la independencia judicial, por la hipótesis de que un tribunal tiende a exigir el cumplimiento de la ley promulgada en una sesión pasada del Parlamento, contra la pretensión inconsiderada de determinados grupos de presión de existencia actual.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

decisión de entablar una acción legal y la resolución *inter partes* de una controversia por la vía jurisdiccional. Desechamos olímpicamente la distinción entre los procesos adversariales e inquisitoriales. También dejamos de lado la estructura tripartita de la disputa jurídica. Nuestro enfoque está puesto en el litigio público y privado con eficacia y alcance *erga omnes*. En el derecho judicial todos tienen un interés en la controversia. Entonces, la decisión tendrá efecto más allá de las partes involucradas.

En el razonamiento jurídico la regla por la que se vinculan las analogías a través del tiempo es *stare decisis et quia non movere*,<sup>A</sup> que significa que la decisión establecida en un caso concreto anterior obliga al tribunal de la *common law* en la resolución de un caso posterior, a menos que el tribunal pueda distinguirlos mediante la comparación fáctica, lo que es obligatorio para casos semejantes, pero deja de serlo para los demás, «*quia facile sit aliquam rationem differentiae inuenire*».<sup>B</sup> Por supuesto, nuestro sistema del derecho civil romano-canónico no enraíza la institución temporal de *stare decisis*, mal comprendida en nuestro medio. A inicios del siglo XX, Díez de Medina opina

---

<sup>A</sup> Esa regla se anuncia con una expresión latina: se trata de un feo neologismo de aparición reciente en el siglo XIX, como tantos otros en la *common law*.

<sup>B</sup> El padre Suárez, *Tractatus de Legibus et Legislatore Deo lib. 1 tit. 2; Disputationes metaphysicae lib. 1 tit. 7 (1597)*.

## *refundido para el siglo XXJ*

que las resoluciones de un tribunal «deben referirse únicamente al caso concreto resuelto, y nunca por punto general a otros», en lo que acierta, pero prosigue: «ni a casos análogos que en lo sucesivo ocurrieren; pues esto importaría una verdadera usurpación de las facultades legislativas».<sup>A</sup> Esta institución ni siquiera en la *common law* es comprendida en su dimensión precisa. Así, el juez inglés lord Devlin (1905-1992) hace una denuncia elocuentísima de tal atribución por parte de los tribunales, como una usurpación de funciones, «*it crosses the Rubicon that divides the judicial and legislative powers*».<sup>B</sup> Más que equivocado, ¡Devlin está peligrosamente equivocado! En nuestro sistema del derecho civil romano-canónico admitimos lisa y llanamente el razonamiento —a través del tiempo— por analogía. Para nosotros la jurisprudencia es una fuente del derecho. El derecho

---

<sup>A</sup> *Nóciones comparadas de derecho público político cap. 8 (1903)*.

<sup>B</sup> *The Judge pág. 12 (1979)*. Cruzar el Rubicón es dar un paso decisivo, arrojando el riesgo. Reparemos en las palabras del heroico, pero patético, caballero errante a su escudero, «¿Quién contra todos los agüeros que en contra se le habían mostrado, hizo pasar el Rubicón a César?», *Segunda parte del ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha cap. 8*. Estaba César a punto de concluir su mandato, cuando con sus legiones decidió cruzar el Rubicón —el pequeño río que separaba a Italia de la Galia Cisalpina—. En ese momento decisivo, pronunció que la suerte estaba echada, «ἀνερίφθω κύβος», y barrió con la República. Cfr. Plutarco, *Βίοι παράλληλοι lib. 5 (75)*.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

romano reconoció que la costumbre es fuente de derecho y por lo tanto aplicó la jurisprudencia, «*consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere*». <sup>A</sup> Aún cultivamos un ambiente de respeto a la jurisprudencia reiterada; no un excesivo apego al precedente ni mucho menos suscribimos a la obligación indeclinable que pesa sobre el juez en la *common law* de atenerse en sus fallos a los precedentes judiciales o normas elaboradas por los órganos jurisdiccionales con anterioridad. En el discurso de apertura del año judicial de 1884 en Bolivia, el ilustre jurista Pantaleón Dalence (1815-1889) dice «la jurisprudencia no siendo obligatoria en derecho... se impone las más veces como autoridad en el hecho». <sup>B</sup> Sin embargo, en el sistema civil romano-canónico, el énfasis no se pone en el precedente de un caso particular, sino en una serie de casos, hasta crear una jurisprudencia reiterada, *einer ständige Rechtsprechung* o *une jurisprudence constante*. <sup>C</sup> La

---

<sup>A</sup> *ff. De legibus senatusque consultis et longa consuetudine l. XXXVIII.*

<sup>B</sup> *Gaceta Judicial de Bolivia lib. 455 pág. 834 (1884).*

<sup>C</sup> Arthur Lehman Goodhart (1891-1978), Precedent in English and Continental Law, *The Law Quarterly Review lib. 197 pág. 40, 42 (1932)*. Per contra, «*lc]onsuetudo autem est ius quodamm moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex; nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat*», Isidorus Hispalensis, *Originum seu Etymologiarum lib. 5 par. 3.*

*refundido para el siglo XXJ*

autoridad conminada por una «serie de actos repetidos»<sup>A</sup> es inferior a la ley; más bien conlleva el poder persuasivo de la doctrina,<sup>B</sup> la «reverberación del derecho en comentarios».<sup>C</sup>

«*Habet ergo sententia privati iudicis aliquam auctoritatem, et si sit senatus publici, aut Regii multo maiorum, augeturque per iteratas sententias conformes, non tamen habent legis auctoritatem, sed gravis Doctoris*»,<sup>D</sup> dice el padre Suárez, quien en el siglo XVII protestaba que la facultad de crear el derecho, en aquellos reinos donde existía, era delegado a los tribunales por el legislador y no por la costumbre: «*Quod si in aliquo regno specialiter statutum sit, ut iudices non recedant ab eo, quod bis, vel pluries in senatu Regio fuerit iudicatum, id erit speciale in tali regno, et non in virtute consuetudinis, sed illius legis scriptæ*».

La única justificación para el derecho coactivo debe residir en la legitimidad puramente positiva que

---

<sup>A</sup> Luis Paz (1854-1928), *Derecho público constitucional* pág. 387 (1912).

<sup>B</sup> Cfr. Peter Stein (1926-), *Judge and Jurist in the Civil Law: A Historical Interpretation*, *Louisiana Law Review* lib. 46 pág. 241 (1985); Raoul Charles van Caenegem (1927-), *Judges, legislators and professors: chapters in European legal history* (1987).

<sup>C</sup> Antonio de León Pinelo (1591-1660), *Tratado de confirmaciones reales Introducción* (1630).

<sup>D</sup> *Tractatus de Legibus et Legislatore Deo* lib. 7 tit. II.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

otorga el poder de la mayoría. La legitimidad del «judicial common lawmaking» estriba en que los tribunales, sin implicación alguna de una delegación de facultades legislativas, pueden interpretar la amenaza latente de la mayoría.<sup>A</sup> Mediante el uso del razonamiento por analogía, los tribunales conectan a través del tiempo coaliciones de personas que, a pesar de existir en diferentes épocas, comparten intereses concretos, y determinan si es que ellas alcanzan a ser una mayoría diacrónica.

Si el principio mayoritario —«el valor cuantitativo de las masas»<sup>B</sup>— sustenta la legitimidad puramente positiva de toda legislación, el enfoque que desarrollamos podría censurarse como un modo de fetichismo de los números. Sin duda, el número de militantes cuenta al valorarse una señal política sincrónica acerca del resultado de una determinada lucha social. Pero no es preciso decir que el mismo tipo de señal está en juego al conformarse la mayoría

---

<sup>A</sup> Cfr. algunos trabajos interesantes que en alguna medida se relacionan al enfoque que desarrollamos. Guido Calabresi (1932-), *A common law for the age of statutes* pág. 105 (1982). Mauro Cappelletti (1927-), *The Mighty Problem of Judicial Review* (1989). Es posible que el derecho casuístico se instituya por medio del proceso de cimentación institucional de la integración económica, siguiendo el esquema del Tribunal Europeo de Justicia.

<sup>B</sup> Daniel Sánchez Bustamante (1871-1933), *Principios de derecho* pág. 145 (1902).

## *refundido para el siglo XXJ*

diacrónica. Una señal jurídica diacrónica, contemplada *mit neuen mathematischen Analysemöglichkeiten wie der Spieltheorie*, tiene diferente implicación en relación con una señal política sincrónica. La proclamación que emite una mayoría reunida en asamblea de representantes del pueblo adquiere legitimidad puramente positiva en función del resultado previsible de la lucha social, pues la facción mayoritaria prevalecerá e impondrá indefectiblemente su voluntad en favor de una iniciativa, a la vez que la facción minoritaria no tendrá otro camino que rendirse ante lo inevitable y, en consecuencia, terminará aceptando la iniciativa. Cabe resaltar que el aspecto de mayor importancia de la señal reside en lograr un acuerdo de paz para evitar que la violencia se desencadene entre la población; por ello, en toda instancia, la sociedad se ha organizado políticamente. En lo que respecta a la sentencia que emite el tribunal, por el contrario, la misma se torna <creíble>, no en previsión a que una facción se impondrá en la contienda social, sino a que la mayoría diacrónica resistirá aun ante la inminencia de la derrota o del aniquilamiento físico.

Permítasenos explicar lo dicho hasta aquí. Tratándose de una minoría discreta e insular que intenta impulsar una medida inejecutable, según el criterio de Kaldor-Hicks, la mayoría doblegaría definitivamente a aquélla, la cual resultará eliminada de la faz de la tierra. Ello viene a ser un réquiem cruel a la muerte de una facción que ya no reaparecerá, puesto que la lucha incluso

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

podría acarrear el exterminio de su descendencia, o al menos, un eficaz descaste de la población. *A confronto il diabolico fiorentino era un piccolo dilettante.* Sin embargo, una mayoría diacrónica es diferente. Una mayoría diacrónica se concita de personas que comparten un interés concreto Pareto-potencial, pero, como señalamos más arriba, que viven en épocas remotas o cercanas —en el presente, el pasado y el futuro— y que no pueden reunirse para lidiar por dicho interés concreto. En este caso particular, si cada persona de este grupo pelea y, a su vez, es aniquilada, la sociedad se enfrenta a una crisis desintegradora de recurrentes actos de violencia a destajo, pues posteriormente resurgirán otras personas agraviadas que nuevamente lucharán por el interés concreto análogo —aunque las identidades de los futuros integrantes de esta lucha permanezcan indeterminadas—. Por otro lado, en términos estratégicos, la persona afectada encontrará que es racional combatir a toda la sociedad hodierna, al tomar conciencia de que hubo y habrá un grupo numeroso de personas dispersas a través del tiempo que igualmente pugnó y pugnará por el mismo interés concreto.<sup>A</sup>

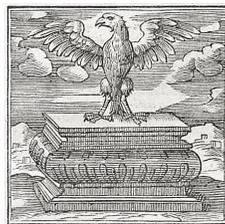
Para recapitular, por medio del razonamiento jurídico que opera por analogía, la conciencia de lucha de la

---

<sup>A</sup> No existe el problema del <gorrón> aquí, pues *chaque personne défendra chèrement sa peau* como decía, en el siglo XIX, el iluminador vizconde de Tocqueville.

### *refundido para el siglo XXJ*

mayoría diacrónica que se adquiere, por una parte, insta a estas personas a defender su interés; por otra, la sociedad en su conjunto comprende que a lo largo del tiempo se verá envuelta en no una sino reiteradas situaciones de violencia, las cuales no será capaz de contener. La lucha se manifiesta en el tiempo, pues esta facción, que por el momento parece, haberse evaporado, cual ave Fénix que resurge de sus cenizas apareció y aparecerá ostentando el nombre de un nuevo líder.



El cálculo que mediante el razonamiento analógico efectúa una mayoría diacrónica, comporta la amenaza —en cuanto señal diacrónica jurídica— que se torna <creíble> en previsión a los reiterados episodios de violencia que surgieron y surgirán a lo largo del tiempo, por lo que a la sociedad le cabe delinear las condiciones y garantías del régimen concesional a este interés concreto jurídico mediante la actividad jurisdiccional de los tribunales, con la finalidad de evitar el rebrote de la violencia que protagonizaría, a través del tiempo, la mayoría diacrónica.

Vaya por delante nuestra hipótesis inicial, que es, precisamente, la volatilidad de la política que evita que

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

una mayoría sincrónica dure en el tiempo; pues hace de las negociaciones una pesadilla de historia sin fin, ese ciclo de coaliciones políticas cambiantes y de corta vida, con una presencia efímera y coyuntural, donde no hay un ganador de Condorcet.

Nuestro enfoque, que es válido en el contexto de una visión de tinte puramente positivo, configura un nuevo paradigma explicativo mediante el cual se trata de superar las limitaciones imputadas al esquema explicativo del positivismo jurídico vigente en los siglos XVIII-XX. Desde la Segunda Guerra Mundial, la propia dogmática jurídica, que parte de una visión positivista, carece de los elementos puramente positivos necesarios para explicar o entender la legitimidad de los derechos individuales declarados y reconocidos en los tribunales —por disposición judicial<sup>A</sup>—. Tampoco se ha alcanzado hasta ahora una comprensión suficiente —ni siquiera

---

<sup>A</sup> La angustia y la impotencia se reflejan en los rostros de quienes parecemos condenados a aguantar como Job —una y otra vez— los ímpetus fortuitos de la naturaleza. Los ciclos del suelo y el cielo no conocen la paz o la justicia. Cabe resaltar que es el corazón humano —tocado por la luz divina— el que detesta la injusticia. Así, Abrahám altera el curso errático de la naturaleza cuando ampara a quienes se encuentran en un país lejano y extraño. En el origen de las tres religiones monoteístas existe un verdadero manantial de paz, que el fanatismo y el exclusivismo han cegado desde siglos: la fe del padre Abrahám.

## *refundido para el siglo XXJ*

aproximada— de la legitimidad puramente positiva del derecho judicial, que cobrará mayor importancia en el futuro a medida que avance, incontenible e inexorablemente, la mundialización económica que afianzará el proceso integrador, el cual necesariamente tendrá que derivar en instancias jurisdiccionales para dirimir las competencias de un enorme entramado de autoridades estatales y supranacionales.

El atrincheramiento en el derecho natural racionalista es un fenómeno propio de mediados del siglo XX; eso ha quedado bien claro. La salida de esa tremenda crisis de la humanidad, después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, fue traumática e incluso ayudó al renacimiento del derecho natural racionalista, al atribuir al pensamiento positivista la responsabilidad por los trágicos efectos del conflicto, cuando en realidad fueron positivistas como Kelsen o Fernando de los Ríos (1879-1949)<sup>A</sup> quienes más se enfrentaron a las agresiones de la ideología totalitaria que se cernía sobre la Europa fronteriza y dividida, y que desplegaba construcciones ilusorias y llenas de peligros que deshumanizan y arrinconan a la persona. ¿En este mundo peligroso, incierto y volátil en el que vivimos es necesario, acaso, recurrir al iusnaturalismo racionalista<sup>B</sup> para librarnos en el futuro de genocidios

---

<sup>A</sup> Cfr. *Mi viaje a la Rusia soviética* (1921).

<sup>B</sup> El problema del iusnaturalismo racionalista es el siguiente: la razón de quién tiene la razón. ¿Cómo se hace para concebir un

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

inenarrables, matanzas en masa, limpiezas étnicas o períodos de dirigismo económico patrocinados por los demagogos populistas?

Nuestro enfoque trasloca al derecho natural racionalista<sup>A</sup> o a la normatividad jurídica no promulgada.<sup>B</sup> Es en cambio la premisa mayoritaria

---

régimen jurídico legítimo, en términos normativos, cuando personas razonables no se ponen de acuerdo sobre los supuestos más evidentes de la razón?

<sup>A</sup> «Los legisladores humanos sólo tienen comisión de Dios, para hacer Leyes obligatorias a los Subditos dictándoles conforme a las determinaciones de la Ley natural», Fray Juan José del Patrocinio Matraya (1750-1820), *Crítica imparcial al contrato o pacto social de Juan Jacobo Rousseau Punto Segundo lib. 2* (1811). William Blackstone (1723-1780) declara al derecho natural «*co-eval with mankind and dictated by God himself*», y expresa que tiene carácter vinculante «*in all countries and at all times; no human laws are of any validity if contrary to this; and such of them as are valid derive all force and all their authority, mediately or immediately, from this original.*» *Commentaries on the Laws of England Introduction lib. 1 cap. 2* (1765).

<sup>B</sup> Dworkin ubica estas normas jurídicas «*not in a particular decision of some legislature or court, but in a sense of appropriateness developed in the profession and the public over time*», *Taking Rights Seriously* pág. 40 (1977); *Law's Empire* (1986); *Freedom's Law* (1996). Cfr. Richard Posner, *Problematics of Moral and Legal Reasoning* (1999); «*In our view the courts do not enforce the moral law or ideals of neutrality, justice, or fairness; they enforce the <deals> made by effective interest groups with earlier legislatures*»,

*refundido para el siglo XXJ*

puramente positiva —inmersa en el devenir del tiempo— el faro resplandeciente que nos alumbró y nos guía. Percibimos la gran diferencia que existe entre el derecho positivo o *ἐπιεικής* —una mejora según el concepto de Pareto o según el criterio de Kaldor-Hicks, en la cual los precios políticos son completamente pagados— y la tiranía de la regla o del arbitrio —medidas arbitrarias que son injustificadas en los claros términos de la economía del bienestar<sup>A</sup>— y cabe señalar que, cuando el gobierno se vuelve tiránico, la alternativa *ῥήσιον* es la rebelión. «Todo sistema apasionado, personal o violento en administración engendra otro sistema de resistencia o de sublevación», comenta el sociólogo altopereño, Casimiro Corral (1840-1910).<sup>B</sup>

En los tiempos que corren —malos tiempos para el estado de derecho y el orden de pandectas— resulta necesario exponer con cierto énfasis algunas elementalidades. No debemos confundir a la democracia con elecciones o constituciones —leyes de segundo orden dictadas por supramayorías—. Éstas son más bien una condición para la democracia, pero

---

The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective  
en *pág.* 894

<sup>A</sup> Sunstein, *Problems with Rules*, *California Law Review* lib. 83  
*pág.* 953 (1995).

<sup>B</sup> *La doctrina del pueblo* *pág.* 42 (1869).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

insuficientes en sí mismas. La democracia requiere de instituciones judiciales independientes. Los tribunales integrados por jueces que no han sido elegidos por la vía del sufragio solucionan el problema de acción colectiva de las mayorías diacrónicas. Los tribunales se hallan aislados de la dinámica de la política del momento, precisamente, porque los jueces responden a un grupo temporalmente desconectado de personas y no a circunscripciones electorales de un periodo de tiempo sincrónico.

Nuestra vida está inmersa en nuestro propio tiempo, que se consume con ella. Quién pudiera detener el instante, como pedía el Fausto de Goethe;<sup>A</sup> aunque a la postre, nos identificaríamos más con Ulises, que renuncia a la inmortalidad que le ofrece la ninfa Calipso, por su propia vida, finita y mortal, junto a Penélope la tejedora. El derecho también subsiste en el tiempo y su devenir entraña un problema acuciante para el análisis del derecho constitucional. Jed Rubenfeld (1959-), en su libro *Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government* (2001), propugna que por mucho que nosotros vivamos ahora, inmersos en el tiempo presente, el texto constitucional vive en cambio ayer, hoy y mañana.

Es menester subrayar nuestra firme convicción en que los doctores que abogan en los Estados Unidos de

---

<sup>A</sup> *Fausto* (1807).

## *refundido para el siglo XXI*

América por una lectura originalista de la norma constitucional, a partir de Raoul Berger (1901-2000),<sup>A</sup> no tratan sino de guiar la actividad jurisdiccional de los tribunales por la mano muerta de quienes forjaron dicho documento;<sup>B</sup> así, Berger sostiene que «*what the Constitution meant when it left the hands of the Founders it means today*».<sup>C</sup> En apoyo a una interpretación objetivo-histórica de la norma, Antonin Scalia (1936-) incluso rechaza la analogía por considerarla un modo de exceso respecto al sentido y alcance del texto literal. Con ignorancia del presupuesto que el aludido método de interpretación ha constituido siempre un hábito entre los togados de la *common law*, dicho magistrado propone la erradicación del hábito mencionado, tanto en lo concerniente a la interpretación de las leyes en general, como de la norma constitucional en particular, por considerarlo atentatorio al orden democrático.<sup>D</sup> Su

---

<sup>A</sup> *Government by Judiciary* pág. 309 (1977).

<sup>B</sup> Daniel Farber (1950-), *The Dead Hand of the Architect*, *Harvard Journal Law and Public Policy* lib. 19 págs. 245, 245-49 (1996).

<sup>C</sup> *Federalism: The Founders' Design* págs. 18-19 (1987).

<sup>D</sup> *The Rule of Law as a Law of Rules*, *The University of Chicago Law Review* lib. 56 pág. 1175 (1989); *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws, A Matter of Interpretation* págs. 3-47 (1997).

## *Un libro de derecho del siglo XXV<sup>g</sup>,*

enfoque se limita a una teoría de la legitimidad política basada en la época actual, e incoherentemente finca el orden constitucional más bien en el pasado.<sup>A</sup> El magistrado Posner, que sostiene la tesis de que un Poder Judicial independiente e imparcial es el órgano encargado de aplicar la voluntad promulgada por una mayoría legislativa preexistente, en su ensayo que viene a demoler la posición de Bork, sugiere que una mejor forma de proceder es reconocer: «*the primacy of consequences in interpreting as in other departments of practical reason, the continuity of legal... discourse, and a critical rather than pietistic attitude toward history and tradition*».<sup>B</sup>

El originalismo pareciera derivarse como si fuera una conclusión incontrovertible del contractualismo; pero no es así. El análisis económico del derecho nos enseña que las estipulaciones contractuales son incompletas, como veremos más adelante cuando desbrocemos el orden de pandectas. Por ello, la tradición contractualista como esquema explicativo de la constitución política está predestinada al fracaso. Otro

---

<sup>A</sup> La noción de que un pueblo soberano ratifique una constitución política escrita para comprender a las generaciones venideras «*violates the very principle of self-government on which the Constitution claims legitimacy in the first place,*» Rubinfeld, *On Fidelity in Constitutional Law*, *Fordham Law Review* lib. 65 pág. 1469, 1479 (1997).

<sup>B</sup> *Overcoming Law* pág. 252 (1995).

## *refundido para el siglo XXJ*

intento arriesgado y audaz de aplicar las doctrinas del derecho privado al terreno del derecho público, que se aparta del contractualismo, es la propuesta de la profesora estadounidense Malla Pollack (1948-), quien entiende a las constituciones como cuasi contratos. Pollack sostiene que estas promesas constitucionales, que entrañan derechos cuasi contractuales definidos por la *equity*, obligan sólo al estado; los ciudadanos pueden quitarle su voto de confianza en cualquier momento.<sup>A</sup> Sin embargo, al tratarse de promesas del estado, la tesis de Pollack no pareciera precisamente rebatir el originalismo en la interpretación de los textos constitucionales.

En conclusión, ninguna cláusula constitucional es la fuente de los derechos individuales de los ciudadanos, sino las sentencias judiciales que deciden los casos concretos, tal como son presentados ante los tribunales. Desconcierta, entonces, que el derecho público en el nuevo milenio mantenga el espectáculo aberrante, y no menos vergonzoso, de la convención constitucional de finales del siglo XVIII, que se convoca como un foro propicio para regatear sobre los derechos fundamentales del individuo en abstracto, donde los intereses se plantean como cuestiones de política pública, que rearma ideológicamente a los

---

<sup>A</sup> Cfr. Dampening the legitimacy of the United States's Government: reframing the Constitution from contract to promise, *Idaho Law Review* lib. 42 pág. 123 (2005).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

opinionistas y especuladores de toda laya que no llegan a colmar sus aspiraciones.

La voz viva que fija la constitución política no ha de adherirse a los valores del pasado. Vaya por delante nuestra firme convicción de que tampoco debe afincarse en los valores de mayorías legislativas de un tiempo todavía incipiente, o de generaciones que todavía no han nacido. John Hart Ely (1938-) señala al resumir la obra de Bickel: «*Even assuming that by some miracle of logic we could convince ourselves that the sensible way to protect today's minorities from today's majorities is to impose on today's majorities the values of tomorrow's majority, it would remain a myth that <the values of tomorrow's majority> are data that prescient courts can discover*».<sup>A</sup>

El enfoque que utilizamos, en cambio, no supone un esfuerzo de indagar en un pasado oscuro y tenebroso,<sup>B</sup> ni de predecir un futuro nebuloso e imprevisible, pues una mayoría diacrónica —compuesta de las partes agraviadas— existe tanto en el presente como en el pasado y en el futuro. Y bajo ninguna circunstancia resulta necesario considerar el razonamiento por analogía como un «milagro de la lógica»; por el

---

<sup>A</sup> *Democracy and Distrust* pág. 70 (1980).

<sup>B</sup> Cfr. Jefferson Powell (1954-), *The Original Understanding of Original Intent*, *Harvard Law Review* lib. 98 pág. 885, 948 (1985).

## *refundido para el siglo XXJ*

contrario, la analogía es una capacidad marcadamente humana, como Cicerón lo afirma: «*homo autem, quod rationis est participans, per quam consequentia cernit, causas rerum uidet earumque prægressus et quasi antecessiones non ignorat, similitudines comparat rebusque præsentibus adiungit adque annectit futuras*». <sup>A</sup> Quizá el razonamiento jurídico coincida menos con la lógica atemporal de la filosofía, que pierde gran parte de la dimensión contingente de la vida, que con la agudeza de ingenio de la filología, que acopia la experiencia vital mediante la palabra y la pluma. Y a la vez permite que, como ha enfatizado el filósofo Richard Rorty (1931-2007), surja un principio de empatía esencial entre los hombres porque la literatura nos acerca hasta el límite a las desgracias ajenas al trazar los derroteros inciertos de la experiencia propia. <sup>B</sup>

Cabe hacer mención de que, principalmente por su exceso de racionalismo, Herbert Wechsler (1909-2000) explicó la metodología del razonamiento

---

<sup>A</sup> *De Officiis* 4 (45 A. de J.C.)

<sup>B</sup> Él sigue la línea de pensamiento de Northrop Frye (1912-1991), quien afirma, en *The Educated Imagination* pág. 3 (1965), que la literatura es alimento de la tolerancia. Cabe acotar que Rorty, cuyo pensamiento encarna plenamente el sentido de la ironía y del barroco, considera imposible que la filosofía escape del tiempo y de la historia. Cfr. *Contingency, irony, and solidarity* (1989); *What Can You Expect from Anti-Foundationalist Philosophers?: A Reply to Lynn Baker*, *Virginia Law Review* lib. 78 pág. 719 (1992).

## *Un libro de derecho del siglo XX<sup>o</sup>*

jurídico analógico en el devenir del tiempo mediante la no afortunada expresión <*neutral principles*>,<sup>A</sup> que indujo a una confusión descomunal y lamentable a los teóricos angloamericanos del derecho constitucional, lo que nos asombra si consideramos que la ponencia de Wechsler constituye la mayor defensa del control jurisdiccional en el país del norte,<sup>B</sup> donde además la jurisprudencia de la *common law* es de corte casuístico. La postura racionalista de Wechsler llega al extremo de representar al razonamiento jurídico como algo solamente de carácter prospectivo y no retrospectivo, lo que invierte el orden natural de la propia jurisprudencia, que sigue a los precedentes judiciales. Los *neutral principles* de Wechsler existen en un plano abstracto, inmutable y eterno —no sujeto a las contingencias del tiempo, ni a las circunstancias del caso<sup>C</sup>—, por lo que el jurista pierde de vista la

---

<sup>A</sup> Toward Neutral Principles of Constitutional Law, *Harvard Law Review* lib. 73 pág. 1 (1959).

<sup>B</sup> En el país del norte el juez más respetado de la primera mitad del siglo XX, Learned Hand (1872-1961), consideró que el control jurisdiccional ejercitado por la corte suprema constituía una usurpación de facultades que le había convertido en una «*third legislative chamber*», y que sería un gran error retroceder al gobierno de unos guardianes platónicos —los jueces—, *The Bill of Rights* pág. 22, 73 (1958).

<sup>C</sup> Los seguidores de Wechsler sostienen que es preciso extraer unos principios abstractos con carácter vinculante, *ratio*

230

## *refundido para el siglo XXJ*

comparación fáctica y los distinguos que deben operarse al interior del razonamiento jurídico entre los casos concretos reales, que son el resultado de un devenir histórico;<sup>A</sup> tal confusión lleva a Wechsler a un panorama que mira sólo hacia el futuro, al ser éste teóricamente más asequible. Asimismo, la perspectiva de Wechsler se equivoca al no discurrir con el caso y los actores ante el tribunal; cabe precisar que el discurrir de un tribunal debe ceñirse a las circunstancias concretas del caso. Sólo de esta manera pueden las partes del proceso aportar un razonamiento jurídico basándose en las analogías fácticas con los casos pasados y futuros.

Los tribunales constituyen órganos representativos en razón a que, si bien las partes contendientes defienden sus propios intereses, ellas representan asimismo los intereses de personas dispersas a lo largo del tiempo. Las analogías se flexionan con el fin de que esas coaliciones de personas, que existen en el tiempo y que se preguntan: ¿quién vino antes?, ¿quién seguirá después?, conformen el grupo que soporta las

---

*decidendi*, de los casos concretos de la jurisprudencia angloamericana.

<sup>A</sup> Recordemos aquello que decía Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), un gran magistrado del más alto tribunal angloamericano: «*General propositions do not decide concrete cases.*» *Lochner v. New York*, *United States Reports* lib. 198 pág. 45, 76 (1905).

*Un libro de derecho del siglo XVIII,*

pérdidas. Además, los tribunales deben abstenerse de tutelar los intereses minoritarios aislados e insulares, pertenecientes a un grupo cuya intención pudiera ser sacar provecho de una actividad no orientada hacia una mejora, según el criterio de Kaldor-Hicks, en caso de que cierta medida, como demostramos, acumule mayores costos no resarcibles.

Entonces es posible preguntarse: ¿por qué los tribunales exigen que exista un «agravio concreto» como requisito insoslayable para acceder a la tutela judicial? Desde el derecho indiano, en el seno de la Real Audiencia de Charcas, Victoriano de Villaba (1732-1802) se extiende en una descripción del requisito: «El mayor consuelo del Vasallo es el saber que se le ha de oír en los Tribunales, y que se le ha de juzgar con la ley. Quando pide gracia acude desde luego al Soberano que es el manantial de la beneficencia; pero quando pide justicia, no puede ser oído sino con las formalidades del derecho. Asi es como deben evitarse los inconvenientes que resultarían de juzgar atropelladamente».<sup>A</sup>

---

<sup>A</sup> *Apuntes para una reforma de España sin trastorno del gobierno monárquico ni de la religión* cap. 2 (1779); José Carrasco (1863-1921), *Estudios constitucionales* lib. 4 pág. 39 (1920); para un análisis de los costes de la adjudicación anticipante, véase Posner y Landes, *The Economics of Anticipatory Adjudication*, *The Journal of Legal Studies* lib. 23 pág. 683 (1994).

### *refundido para el siglo XXJ*

Así, Francisco Gutiérrez de Escóbar (1738-1823) continúa, «se procede por medio de Accion de parte según orden, y solemnidades de derecho». <sup>A</sup> Veamos cuáles son dichas formalidades o solemnidades que ofrecen la posibilidad de acceder a un tribunal. El canonista Manuel González Téllez (1579-1649), en su monumental obra *Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretalium Gregorii IX* (1690), explica: «*solemnes dixit, quia usitatis, et solemnibus uerborum formulis compositæ*». <sup>B</sup> Dentro del contexto de la aparente atemporalidad de las pandectas, que González Téllez sabía que era falsa, el sistema *formularum* del derecho romano había ido cediendo paulatinamente su espacio en la práctica, hasta abandonar la tipificación *actionum* y transformarse en el sistema cognoscitivo bizantino, y luego canónico, de demandas que prevalece hoy en día. <sup>C</sup> Como González Téllez relata, «*paulatim usu introductum fuisse, ut simplex tantum factum in libello narretur*». Llegó a

---

<sup>A</sup> *Instruccion forence y orden de sustanciar y seguir los juicios correspondientes segun el estilo y practica de esta Real Audiencia de la Plata lib. 1* (1804); no lo cito porque se trate de mi tatarabuelo y eso me atañe directamente.

<sup>B</sup> *Commentaria perpetua lib. 2 cap. 6*.

<sup>C</sup> Dicha transformación se dio en parte como consecuencia del abandono de las formalidades o solemnidades. Cfr. Antonio Xavier Pérez y López, *Teatro de la legislación universal de España e Indias lib. 2 cap. 18* (1741).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

preponderar una suma de demandas que sencillamente se limitaba a explicar los hechos del agravio sin la necesidad de una tipificación de la acción. El sistema procesal de la *common law* ha tenido, en los siglos XIX y XX, una evolución similar, en la que el sistema de *writs* ha sido reemplazado por otro, en el que se relata una pretensión sin tipificarla.<sup>A</sup> Por ello, al abandonarse el mecanismo *formulae* o del *writ*, la invariable regla de representación ante los tribunales se sintetiza, hoy en día, en un requisito de «agravio concreto». En el sistema de procedimiento civil romano-canónico, en boca de Dalence, «la Corte exige siempre la demanda particular concreta».<sup>B</sup> En un informe de 1884 al Senado, la Corte Suprema de Bolivia dice: «Es, pues, indispensable que exista un caso particular concreto... Si se permitiese deducir demandas... en abstracto, fundadas únicamente en perjuicios o agravios expectaticios, y sin que haya interés o derecho actualmente herido... se invertirían los principios constitucionales».<sup>C</sup>

---

<sup>A</sup> Charles Edward Clark (1889-1963), *Handbook on the Law of Code Pleading* págs. 150-54, 170-79 (1928); *Simplified Pleading*, *Iowa Law Review* lib. 27 págs. 272, 279-82 (1942).

<sup>B</sup> Discurso del Presidente de la Corte Suprema en la apertura del despacho de 1887, *Gaceta Judicial de Bolivia número extraordinario* pág. 4 (1887).

<sup>C</sup> Paz, *Derecho público constitucional* pág. 403. La doctrina más actual en Bolivia exige que un agravio sea «real y tangible,

## *refundido para el siglo XXJ*

En cualquier caso, si se permitiese a demandantes formular peticiones abstractas ante los tribunales, constituirían un grupo de dimensión limitada. En el transcurso del tiempo, su grupo —formado de partes que existen en diferentes épocas, que comparten agravios concretos, análogos— no llegaría a alcanzar una mayoría diacrónica.<sup>A</sup> Es precisamente el requisito de que exista un agravio en particular el que nos asegura verificar que se está vulnerando un interés concreto, *lo cual hará factible que se repita a lo largo del tiempo*.<sup>B</sup> Por lo que ambas doctrinas de legitimación

---

presente e inminente», Ernesto Daza Ondarza (1913-1977), *Doce temas de derecho constitucional* pág. 141 (1973).

<sup>A</sup> Por otro lado, muy al contrario de nuestra convicción sobre el tema, Richard George Wright (1950-) alega que la justiciabilidad constituye una limitación a la tutela judicial efectiva de los derechos de la posteridad y de las generaciones por venir.

<sup>B</sup> Quedan dudas, por muy novedosa que sea la interpretación de las doctrinas de *standing* y de *stare decisis*, desde el enfoque de la elección pública de Maxwell Stearns (1960-). *The Misguided Renaissance of Social Choice*, *Yale Law Journal* lib. 103 pág. 1219 (1994); *Standing Back from the Forest: Justiciability and Social Choice*, *California Law Review* lib. 83 pág. 1309 (1995); *Standing and Social Choice: Historical Evidence*, *University of Pennsylvania Law Review* lib. 144 pág. 309 (1995); *Constitutional Process: A Social Choice Analysis of Supreme Court Decision Making* (2000). No es suficiente para revelar la clave en el razonamiento jurídico: cabe precisar que si a un tribunal le fuera permitido establecer un precedente que

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

activa, la acción de nuestro sistema de procedimiento civil romano-canónico,<sup>A</sup> y el *standing* de la *common law*, establecen el requisito de un interés concreto para interponer un recurso ante los tribunales.<sup>B</sup> No obstante, la doctrina de la acción es positiva: confiere legitimación activa en el proceso a aquellas personas que tienen un interés concreto en la disputa; la doctrina del *standing* es negativa: excluye del proceso a la parte que deja de tener un interés concreto en la disputa. Por eso, si un demandante acciona en abstracto ante un tribunal en nuestro sistema del derecho civil romano-canónico, el juez que conoce el caso dará inicio y

---

permitiese una actividad no orientada hacia una mejora, según el criterio de Kaldor-Hicks, por más que estuviese establecida esta doctrina, dicho fallo sería un paso en falso en terreno resbaladizo, causante de una anomalía cíclica inacabable.

<sup>A</sup> Hubo tantos cambios en el proceso civil romano-canónico que, en el intento de desbrozar la selva de confusiones del concepto *actionis*, Windscheid tuvo que enfrentarse a una polémica con Theodor Muther (1826-1878). Cfr. Windscheid, *Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts* (1856); *Die actio: Abwehr gegen dr. Theodor Muther* (1857).

<sup>B</sup> El término *standing* de la *common law*, así como el término relacionado de *legitimación* en nuestro sistema civil romano-canónico, provienen de la expresión «*cum legitimam personam standi in iudicio*», González Téllez, *lib. 2 tit. 19*. Así Juan de Hevia Bolaños (1570-1623) acota «no solo se requiere que haya actor, sino que sea legítimo, teniendo acción para convenir». *Curia Philipica lib. 1 tit. 8* (1603).

## *refundido para el siglo XXJ*

desarrollo al proceso y, a tiempo de emitir la sentencia, analizará la pretensión legalmente deducida y los elementos probatorios aportados con el objeto de resolver si el demandante tiene acción para convenir en juicio.<sup>A</sup> En cambio, en el sistema de la *common law*, el demandante debe presentar las pruebas de su *standing* antes de darse curso al proceso.<sup>B</sup>

El momento de la indagación será distinto, pero en ambos sistemas el principio resulta ser mayoritario.<sup>C</sup> De la proclamación que emita la mayoría de la asamblea de representantes del pueblo, resultará una señal política sincrónica clara y fácil de entender que una mayoría de la población ha apoyado la iniciativa. Su verdadera fuerza está implícita y se funda en el legítimo uso de la amenaza, que se hace <creíble> en previsión al resultado de una lucha social. En lo que respecta a la sentencia que dicte un tribunal, por el contrario, la misma se torna <creíble> no en previsión a que una facción se impondrá en la contienda social —lo

---

<sup>A</sup> Gutiérrez contra Coronado, *Gaceta Judicial de Bolivia* lib. 744 pág. 5 (1902).

<sup>B</sup> Muskrat versus United States *United States Reports* lib. 219 pág. 346 (1911).

<sup>C</sup> Al contrario de lo propuesto por Scalia, quien se equivoca en esta valoración al considerar a los tribunales como instituciones que representan a las minorías, *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers*, *Suffolk University Law Review* lib. 17 pág. 881 (1983).

## *Un libro de derecho del siglo XXV<sup>g</sup>,*

que comporta una señal política sincrónica—, sino a que la mayoría diacrónica resistirá una y otra vez ante la inminencia de la derrota o del aniquilamiento físico. Para que el tribunal tome en consideración los hechos constitutivos de la violación alegada, los estudie y los resuelva, es requisito indispensable la existencia del agravio concreto. La legitimación activa y pasiva es el referente de representación en el sistema jurídico, de igual manera que la regla inmutable de representación en el sistema político es un proceso electoral transparente, confiable y definitivo, que aliente la participación ciudadana, respete la ley y procure acuerdos y consensos que acomoden a los diversos intereses de la población. El objetivo hacia el que avanzamos es la consolidación y fortalecimiento de la democracia en su sentido más amplio.<sup>A</sup> El tribunal es una institución democrática diacrónica vital y el imperio de la ley se resume en el gobierno de las mayorías en su dimensión más amplia del tiempo, y no es un eslogan gastado y sin sentido como sugirió torpemente el jurista estadounidense Grant Gilmore (1910-1982) hacia la década de los años setenta.<sup>B</sup>

---

<sup>A</sup> Creemos que merece hacerse oír la observación hecha en 1946 por Walter Guevara Arze (1912-1996) en el sentido de que «La democracia es una de las conquistas más serias de la civilización occidental: cuesta a los hombres el derramamiento de mucha sangre», *Teoría, medios y fines de la revolución nacional* pág. 16 (1946).

<sup>B</sup> *The Ages of American Law* 106 (1977).  
238

## *refundido para el siglo XXJ*

Asimismo, es evidente que en este esquema explicativo, puramente positivo, los jueces crean nuevo derecho, así como también vuelven sobre la líneas jurisprudenciales del pasado, reinterpretándolas a la luz de los hechos presentes o, llegado el caso, abrogándolas por completo.<sup>A</sup> Parecería, entonces, que no existe aquí dificultad conceptual, por lo menos desde la óptica del positivismo jurídico. Cabe destacar que es la teoría declaratoria de la decisión judicial, enraizada en la tradición del derecho natural racionalista —que cree en un orden normativo preexistente y eterno al que debería ceñirse la conducta humana—, la que pretende que los jueces sólo actúan retroactivamente para dejar sin efecto jurisprudencia pasada. Con un cambio del estado del conocimiento, la mayoría sincrónica puede reconsiderar prospectivamente el derecho legislativo. Con un cambio del estado del conocimiento, la mayoría diacrónica puede reconsiderar prospectivamente el derecho judicial. La argumentación jurídica muere y resucita, se evalúa y reevalúa, se interpreta y reinterpreta, siempre de la mano de la generación viva de los hombres de carne y hueso.

---

<sup>A</sup> *Stare decisis* no es una norma inexorable, ni siquiera en la *common law*. Si un tribunal encuentra que un precedente está errado, puede dejarlo sin efecto. En la tradición civilista, para tener fuerza de precedente se necesita una jurisprudencia reiterada, pero también aquí los jueces son libres de apartarse de los precedentes.

## *Un libro de derecho del siglo XIX*

Reiteramos que, dentro del marco del estado de derecho, el gobierno de la mayoría se encuentra regido por complejas instituciones representativas, las cuales incluyen necesariamente al Poder Judicial, como órgano perfectivo de la democracia diacrónica,<sup>A</sup> encargado de ponderar los numerosos antecedentes de la jurisprudencia en atención a las circunstancias concretas del caso. El gobierno de los jueces constituye la férrea condición a la que deberá plegarse el futuro para un restablecimiento sólido de la democracia en el ámbito supranacional, que evite que ésta degeneren en tiranía y arbitrariedad.<sup>B</sup> La falacia contramayoritaria de la actual doctrina del derecho público, de considerar que la función jurisdiccional comporta un severo déficit democrático, puede suponer un nuevo traspié

---

<sup>A</sup> El jurista colombiano José María Samper (1828-1888) decía justamente: «La república es, por su naturaleza, voluntariosa, engreída, y tiende a tomarse libertades excesivas; por lo que es necesario moderarla con instituciones conservadoras», *Derecho público interno de Colombia lib. 2 pág. 356* (1886).

<sup>B</sup> Por el carácter progresivo e incrementativo de la acción jurisdiccional, que se extiende en el tiempo —como sostiene el profesor Shapiro en *The European Court of Justice: of Institutions and Democracy, Israel Law Review lib. 32 pág. 3* (1998)—, se evita la confrontación, o cuando menos evita la confrontación inmediata, entre los poderes del estado. Por ello, el funcionamiento del órgano judicial nos permite alguna medida de protección contra la mayoría tiránica sincrónica, que en nuestra historia republicana ha puesto en marcha décadas de despilfarro improductivo.

*refundido para el siglo XXJ*

para el empeño de los estudiosos en profundizar en el conocimiento de la ciencia jurídica. Asimismo, como veremos más adelante en la controversia sobre el orden de pandectas, la legislación judicial se reviste de una importancia determinante en el ámbito del derecho privado. De hecho, la legislación judicial permea todos los rincones del ordenamiento jurídico. El reconocerlo, lejos de cuestionar el juego democrático, lo hará más benéfico y menos enajenante. No debemos olvidarnos de los versos sublimes del humanista Fernán Pérez de Guzmán (1376-1458), que reflejan, con ajustada correspondencia, la realidad cotidiana de la mayoría política sincrónica:

«Siempre mira el presente,  
nunca el fin considerado;  
mata non deliberando  
e sin tiempo se arrepiente».<sup>A</sup>

Cabe puntualizar que el esfuerzo de poner coto a la arbitrariedad de los poderes públicos ha terminado por concretarse históricamente en la noción del estado de derecho, noción que implica la sujeción de las actuaciones de dichos poderes a los principios de la jerarquía normativa. El imperio de la ley —que se deriva primordialmente del control jurisdiccional de los actos políticos— supone, en este sentido, el grado

---

<sup>A</sup> *Coplas de vicios e virtudes* (1410).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

máximo de la democracia: el perfeccionamiento, en el devenir del tiempo, del principio de mayoría. Nótese además que esta postura concuerda con la definición clara de la figura de la *rule of law* adoptada, desde el punto de vista del control jurisdiccional, por el jurista inglés Albert Venn Dicey (1835-1922). En el siglo XIX, en su obra *Lectures introductory to the study of the law of the Constitution* (1885), Dicey sostiene —al reconstruir con antiguas doctrinas, modernas opciones— que la constitución política escrita no constituye la fuente de los derechos individuales; manifiesta que todas las normas, figuras e instituciones del derecho público tienen siempre, directa o indirectamente, su lugar de gestación primaria en las resoluciones de los tribunales, que han conformado una reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial.<sup>A</sup> Afirma Dicey: «*with us the law of the constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the Courts*».<sup>B</sup> Cabe destacar que estamos enteramente de

---

<sup>A</sup> El corolario de este argumento es que las acciones judiciales preceden a los derechos, que Dicey pone de manifiesto con la lacónica frase acuñada por los ingleses *<remedies precede rights>*.

<sup>B</sup> *Introduction to the study of the law of the Constitution cap. 4* (1907). A pesar de la amplia supremacía parlamentaria del modelo británico, Dicey y otros autores escriben sobre ese peculiar sistema de tutela judicial, que permite la constitución política no escrita en el Reino Unido; cabe subrayar que, al

## *refundido para el siglo XXJ*

acuerdo con la posición de Dicey en cuanto a reconocer una legitimidad independiente al tribunal en la creación de normas jurídicas y en la ascensión y tutela de los derechos individuales; es incontestable que la justicia diacrónica no puede plegarse a los dictados del poder del gobierno sincrónico.

En el siglo XX, el constitucionalismo iberoamericano ha sido incapaz de captar esta idea certera, y menos capaz de llevarla a la práctica. Así, sin ir muy lejos, el constitucionalista mexicano Emilio Rabasa (1856-1930) no puede quitarse de la cabeza, en su obra *El juicio constitucional, orígenes, teoría y extensión* (1919), que la constitución política del Reino Unido no podrá seguir siendo <no escrita>. En un arranque de incompreensión, propone que la misma constitución política tendrá que «convertirse a la larga en estatutoria, ya que el procedimiento de las costumbres como generadoras de la ley es imposible en la movilidad de la vida moderna».<sup>A</sup> Más bien

---

otro lado del Atlántico, el sentido pleno de la constitución política y de cada uno de sus preceptos, no sólo del estado federal, sino de cada uno de los estados de la unión, reside ora en el texto, ora en las llamadas normas no escritas —que yacen por encima o debajo del texto—, conforme a la jurisprudencia dictaminada por los tribunales. Christopher Gustavus Tiedeman (1857-1903), *The Unwritten Constitution of the United States: A Philosophical Inquiry into the Fundamentals of American Constitutional Law* (1890).

<sup>A</sup> Cfr. *El juicio constitucional, orígenes, teoría y extensión* pág. 19.

## *Un libro de derecho del siglo XXV,*

puntualicemos que es la constitución política escrita, especialmente cuando consagra a los derechos sociales y es compleja y excesivamente detallada —como la Constitución mexicana de 1917—, la que parecería en todo punto incapaz de adaptarse a la movilidad de la vida posmoderna del siglo XXI, a no ser que sea arrastrando un proceso de varios centenares de enmiendas; la conformación de un constituyente permanente u órgano reformador —con atribuciones amplias que le permitan identificar rezagos y atender obsolescencias— lleva al constitucionalismo al límite del absurdo, de que fuera admitida la acción de inconstitucionalidad a fin de impugnar las mismas reformas constitucionales puestas ya en marcha, como acaba de ocurrir en México en los inicios del nuevo milenio.

Si releemos la definición más elemental del estado de derecho desde la óptica formal,<sup>A</sup> nos damos cuenta de que sus términos taxativos no dejan lugar a dudas: el respeto por todos del marco legal vigente, lo que implica cumplir con el principio de legalidad y no pretender un efecto retroactivo en cuanto a la aplicación de la ley a situaciones anteriores a su vigencia; el respeto a los procedimientos, con una procuración de justicia expédita, sin preferencias ni

---

<sup>A</sup> «*In Hell there will be nothing but law, and due process will be meticulously observed.*» Gilmore, *The Ages of American Law* pág. 3.

*refundido para el siglo XXJ*

distinciones; por último, la certeza en el ejercicio de las garantías individuales, que permite a todos tener un espacio de seguridad jurídica para construir el destino que añoramos cada uno de nosotros. Sin embargo, cabe resaltar que es una paradoja, e incluso un contrasentido, que confundamos el estado de derecho con el legalismo. El llamado imperio de la ley es la estructura jurídica del poder legítimo; la legalidad instituida de esta forma es válida únicamente si los representantes genuinos de la soberanía popular no quedan al margen, y la tutela judicial, que aviene como traducción viva de la soberanía popular diacrónica, es el centro de convergencia de legitimidad y legalidad.



## *Un libro de derecho del siglo XXV,*

### *Controversia 10*

El tribunal cumple una función jurisdiccional; aunque denosten y pontifiquen los jueces, cabe destacar que la judicatura, más allá de instaurar el estado de derecho, no deberá convertirse en guardián de la virginidad moral de la sociedad.<sup>A</sup> El detalle aludido no es baladí; es gravísimo. El orden legítimo en lo jurídico carece de una justificación normativa, es decir, tiene su base independientemente de cualquier teoría moral.

La teoría de las normas sociales se equivoca al sugerir que puede establecerse un nuevo orden del derecho basado en la moral.<sup>B</sup> Si bien esa concepción radical de la aprehensión de la moral por la ciencia económica se suma al temible arsenal de medidas de que dispone el

---

<sup>A</sup> Al contrario de lo que sostiene Lon Fuller (1902-1978), en *The Morality of Law* (1964), cabe precisar que la norma jurídica carece de autoridad moral interna.

<sup>B</sup> La escuela de las normas sociales, al articular un esquema explicativo coherente de la moral, hace posible armar un cuerpo teórico digno de ser admirado. La obra *Order without Law* (1991) de Robert Ellickson (1941-) irrumpe con tesis originales. Más tarde Cooter configura el nudo de una teoría positiva de la moral. Cfr. Cooter, Normative Failure Theory of Law, *Cornell Law Review* lib. 82 págs. 947 (1997); Tres efectos de las normas sociales sobre el derecho: expresión, disuasión e internalización, *Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* lib. 2 (2007).

## *refundido para el siglo XXI*

legislador para la puesta en marcha de instituciones efectivas, y es a su vez un desarrollo de apoyo a la gobernabilidad, existe un gran desafío para la nueva escuela del análisis económico del derecho. Nuestra lucha es mantener viva la más auténtica tradición de la obra *An introduction to legal reasoning* (1948) de Edward Hirsch Levi (1911-2000)<sup>A</sup>; descubrir, a la luz de la teoría de juegos, la legitimidad puramente positiva del derecho judicial, y no solamente del derecho legislativo.

Así que estamos frente a un nuevo esquema explicativo del razonamiento jurídico de los tribunales, como un fenómeno de señales, y sólo cuando libramos al derecho del oscurantismo moral y del despotismo religioso, comenzará a cimentarse el orden legítimo en lo jurídico. Nos parece verdaderamente inexplicable que alguien olvide que el desarrollo del derecho romano tiene su origen, precisamente, en el crisol ideológico de la lucha de clases entre patricios y plebeyos por controlar parcelas de poder, cuando lo jurídico prescinde de lo moral o, de su versión piadosa, lo sagrado.<sup>B</sup> Lo que de ninguna

---

<sup>A</sup> *The University of Chicago Law Review* lib. 15 pág. 501.

<sup>B</sup> Ante la decadencia de los patricios, el desconcierto cunde entre los plebeyos, quienes reclaman la fijación en letra escrita del derecho civil. El dato curioso de la historia es que los plebeyos obtienen la concesión *legis XII tabularum*. Aquel gesto inédito ofrece un resultado duradero que se prolonga desde el siglo V antes de Cristo hasta la actualidad: la separación

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

manera significa que el derecho romano no utiliza y aprovecha a las normas sociales —como conjuntos de reglas que coordinan de manera persistente las interacciones humanas— para lograr un efectivo ordenamiento privado.<sup>A</sup> Luego de la caída del Dominado en la etapa de anquilosamiento del medioevo, el derecho romano volverá a fundirse y confundirse con la teología —con previsibles y trágicas consecuencias, tal como veremos en adelante— en el crisol milenario del derecho canónico.

Es evidente que nadie puede argumentar que la religión garantiza los lazos de convivencia de la

---

definitiva del ámbito del derecho de la celebración de los oficios religiosos. Como los oficios religiosos pertenecen sólo al ámbito de los patricios, no media la imperiosa necesidad de incluir aquellas prácticas en el derecho civil. Desde esta plataforma ideológica, el derecho romano se abrirá paso inexorablemente. Cfr. Watson, *The Making of the Civil Law* (1981).

<sup>A</sup> El derecho privado crea espacios en los que operan estas normas que rigen el comportamiento. Al interior de un dominio privado —definido por el derecho de bienes— el propietario puede optar por permitir la efectividad de las normas sociales en la utilización de los recursos que existen en el dominio. De manera similar, al interior de un arrendamiento de servicios —definido por el derecho de obligaciones— el conductor puede optar por permitir la efectividad de las normas sociales en la realización en las actividades que se desarrollen durante la jornada laboral.

## *refundido para el siglo XXJ*

comunidad, por mucho que el enigmático sofista Critias (460-403 A.de J.C.) asegure que alguien inventó la dignidad divina para infundir el respeto a la ley entre los ciudadanos, a partir de una visión que tenían los egipcios sobre el  que vendría tras la muerte.<sup>A</sup> Aunque unos y otros consideran hoy en día que el fin de la vida es la puerta de entrada a una nueva existencia, que puede ser mejor que la actual, las sanciones o incentivos que aseguran el cumplimiento del orden jurídico en todo caso deberán ser de este mundo, y no del más allá. Es más: la religión no une a los hombres; los separa. Sin embargo, hay que admitir que en la península arábiga, el resultado es un giro y desenlace contrario al esperado: surge la creencia en un Dios único y un pueblo unido ante su voz, entre las tribus nómadas del desierto ligadas al comercio de caravanas, sobre la base de la interpretación de la *شريعة*, como vía proveniente de la revelación contenida en el Corán y las enseñanzas del Profeta recogidas en los distintos *jadices*.<sup>B</sup> Con todo, la unión del mundo islámico durará poco tiempo.

---

<sup>A</sup> En el supuesto de que Dios no existe; reflexión que, en una epístola del 10 de noviembre de 1770 al autor de *De Tribus Impostoribus* (1716), Voltaire (1694-1778) hace suya: «*Si Dieu n'existait pas, il faudrait l'inventer*».

<sup>B</sup> El jurista contemporáneo Alsanhuri (1895-1971) dice, en *مصادر الحق في الفقه الاسلامي* [1954], que la

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

Cabe precisar que la libertad sólo queda protegida si diferenciamos la moral del derecho, es decir, si lo jurídico es concebido como algo independiente de lo moral, pues la moral de unos, impuesta sobre los que no la reconocen como tal, es ya el principio de la tiranía. La ley tiene que respetar el pluralismo, de tal manera que cada cual pueda vivir según sus propias opciones morales. Aunque tanto el derecho como la moral podrían coincidir como ordenamientos que materializan el propósito de supervivencia del hombre de carne y hueso, el derecho no deja de ser una disciplina autónoma de la moral.

Por medio del análisis económico es posible ver la línea de demarcación tajante que existe entre el estado de derecho y una fuerza moral ni justiciable ni legislable. La separación entre las normas sociales y las normas jurídicas descansa, esencialmente, sobre los mecanismos concretos que facilitan exigir su cumplimiento. Las personas particulares pueden corregir la trasgresión de una norma social establecida mediante sanciones informales, que van desde la

---

característica central del derecho islámico —que descansa en la visión totalizante del islam no sólo como religión, sino como forma de vida y organización social— es un marco jurídico cuyos antecedentes se remontan al derecho romano.

Efectivamente, no cabe duda de que *الفقه* se sustenta en todas las formas típicas del derecho de obligaciones, a lo mejor sin el concepto de la buena fe y sin los contratos atípicos.

### *refundido para el siglo XXJ*

reprimenda y el desprestigio hasta el rechazo social. En cambio, una norma jurídica vinculante supone mecanismos formales para forzar su cumplimiento. El padre Molina señala, con fina ironía y con sutil escepticismo, que de exigirse judicialmente el cumplimiento de las obligaciones morales —aun aquellas cuyo quebranto no perturba la paz de los vecinos, «*quæ pacem publicam non perturbant*»— faltarían tribunales y cárceles para procesar y encarcelar a tanto hombre inmoral, deshonesto, desvergonzado, impúdico, indecente o pecaminoso, «*tribunaliaque et carceres non sufficerunt ad ea omnia flagitia et peccata coercenda ac punienda*».<sup>A</sup>

Empezamos a desbrozar el camino hacia una cabal comprensión del estado de derecho: nuestro posicionamiento puramente positivista puede considerarse capaz de salvaguardar firmemente la dignidad del hombre, sin tener que recurrir al derecho natural o a la moral. Es nuestra convicción que al fin y al cabo la razón por la que el pueblo cumple las normas no es otra que la amenaza que subyace tras de ellas, y el modo en que la sociedad evita esta suposición de violencia es el reconocimiento de un interés jurídico concreto, mediante el razonamiento basado en la analogía. El individuo lucha porque tiene la certeza de que tendrá la victoria en su poder o, a pesar de la

---

<sup>A</sup> *De iustitia et iure trat. 5 disp. 72.*

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

derrota, porque alguien en el pasado y en el futuro llevó y llevará a cabo el objetivo de su empresa.<sup>A</sup>

¿En qué consiste, exactamente, el orden legítimo en lo jurídico? La idea madre, a cuyo alrededor giran las disposiciones del derecho positivo y la fuente de toda la legitimidad del estado, es una de las cuestiones más controvertidas en la literatura jurídica. En este tema existe al menos en forma implícita un acuerdo entre los iuspositivistas acérrimos, de que en lo más profundo del ordenamiento jurídico subyacen, no un sistema filosófico, sino las tensiones y las relaciones de poder que rigen la vida,<sup>B</sup> y dividen a esta nuestra sociedad moderna tan plagada de actos de barbarie así como de odiseas humanas éticamente encomiables. Ciertamente el derecho no puede ser reducido a una mera aplicación de reglas, directrices o principios categóricos o de inferencia con carácter universal, que trasciendan más allá de los intereses del hombre de carne y hueso en cada caso concreto. Cabe destacar que la puesta en práctica de una racionalidad instrumental, que busca los medios más objetivamente eficaces para alcanzar unos objetivos, tiene su lugar en el

---

<sup>A</sup> Y el individuo es capaz de imaginar, si no de coordinar, una verdadera lucha trans-temporal.

<sup>B</sup> *Nicht die <Begriffe>, sondern das <Leben> seien sowohl Ursprung als auch Ziel des Rechts.* Rudolf von Jhering (1818-1892), *Geist des römischen Rechts* lib. I (1852). *The life of the law is not logic, it is experience.* Holmes, *The Common Law* (1881).

## *refundido para el siglo XXI*

razonamiento práctico en tanto que las consecuencias de las acciones humanas deben ser trazadas con mayor o menor probabilidad; en otras palabras, la causalidad en el derecho es, simplemente, una cuestión de recto sentido.<sup>A</sup> Sin embargo, el elemento racional que contiene el derecho no es la razón discursiva, sino únicamente la racionalidad limitada del juicio que todos poseemos en virtud de nuestra condición humana.

Entre los animales, nosotros somos los únicos capaces de razonar acerca del pasado y el futuro, y comparamos a uno con otro. En este contexto, el hombre de carne y hueso reconoce ciertas señales que representan amenazas de violencia. El venado rojo demuestra su superioridad frente a otro macho con el tamaño de una admirable cornamenta, a pesar de tener que soportar esta carga, la mayor parte de las veces inútil;<sup>B</sup> las águilas, símbolo emblemático del imperio romano, para establecer quién es el macho dominante

---

<sup>A</sup> Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), *Causation in the Law* (1959).

<sup>B</sup> John Maynard Smith (1920-), Theory of games and the evolution of animal contests, *Journal of Theoretical Biology* lib. 47 pág. 209 (1974); *Evolution and the Theory of Games* (1982); Must reliable signals always be costly? *Animal Behavior* lib. 47 pág. 1115 (1994). Timothy Clutton-Brock (1944-), The logical stag: Adaptive aspects of fighting in red deer, *Animal Behavior* lib. 27 pág. 211 (1979); *Red deer: behavior and ecology of two sexes* (1982).

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

de un territorio, dan giros en el aire trabadas de las garras y caen, desplomándose a tierra, antes de remontar el vuelo a pocos momentos de una muerte casi segura.



Correlativamente, cuando el hombre de carne y hueso sopesa la virtualidad de la amenaza de violencia, se basa en la cantidad de apoyos políticos o en la argumentación jurídica que discurre a la luz de las analogías entre un cúmulo de agravios fácticos en el devenir del tiempo. Así, poco a poco, el centro del debate pasa de nuestra semejanza profunda con Dios a nuestra diferencia ajustada con los restantes animales.



*refundido para el siglo XXJ*

## *Emblema 2*



*La corona del sol  
extiende las alas en llamaradas  
para reemprender el vuelo de un ave.  
Es  que empieza a arder,  
pero sonríe  
porque sabe que resurgirá de sus propias cenizas.  
Podemos afirmar, con Baldo de Ubaldi, que:  
«Est phoenix avis unica singularissima,  
in quo totum genus servatur in indiuiduo».*

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

*El desempeño de la función jurisdiccional es una pieza indefectible del estado de derecho. El imperio de la ley —que se deriva primordialmente del control jurisdiccional— supone, en este sentido, el grado máximo de la democracia: el perfeccionamiento del principio de mayoría en el devenir del tiempo. Si en el Antiguo Régimen el rey no podía alterar las leyes de sucesión de la corona o vender el territorio del reino o establecer impuestos sin el consentimiento de sus súbditos, tampoco una mayoría momentánea podrá hacerlo desde el cuerpo legislativo. ¿Por qué no decirlo?*

*refundido para el siglo XXJ*

## *Controversia II*

En el esquema democrático actual, un sistema de frenos y contrapesos tiene por objetivo regular el ejercicio de las funciones de los poderes políticos; sin embargo, las entidades del Poder Ejecutivo parecen no tener freno.<sup>A</sup> Formulemos una pregunta a bocajarro: ¿son las múltiples entidades del gobierno instituciones de representación mayoritaria? Las entidades del órgano ejecutivo se encuentran normativamente dentro de la esfera de control de los poderes políticos. Empero, las funciones ministeriales que desempeñan por delegación, resultan demasiado numerosas y dispersas como para posibilitar un control político enérgico y efectivo. De forma indolente, el derecho económico permite a las autoridades administrativas iniciar y luego ejecutar, como acto habitual, medidas mal proyectadas y no acordes con el criterio de Kaldor-Hicks. En general, todo el marco legal en que se mueve la actividad económica, adolece de discrecionalidad gubernamental. Parecería que se verifica la afirmación del jurista alto peruano, Juan José Ameller (1830-1900), en el sentido de *que notre système de Droit administratif est arbitraire*,<sup>B</sup> ya que por él no se logran proporcionar y aplicar mecanismos de control

---

<sup>A</sup> Ovidio medita la respuesta a *Quid custodet custodes?*

<sup>B</sup> *Breves apuntes sobre el derecho administrativo de Bolivia* pág. 10 (1868).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

mayoritarios indispensables en la elaboración de los reglamentos y en el proceso de toma de decisiones en casos concretos, que corresponden a las atribuciones del Poder Ejecutivo.

No obstante, las innovaciones que se formulan en el ámbito del derecho público elevan los costos políticos que deben afrontar las entidades del gobierno cuando incurren en actos arbitrarios y consagran el principio de un control jurisdiccional sobre la administración de las entidades del órgano ejecutivo. Nótese, además, que si bien Dicey hizo severas críticas al gobierno administrativo —*et en particulier au Droit administratif en France*— su postura constitucional se debió más bien a la inexistencia, por aquel entonces, de un control jurisdiccional de la administración en dicho país.<sup>^</sup> Hoy no es ese el caso. Si bien en muchos de los países de Iberoamérica no se cuenta con un código de procedimiento administrativo, cabe señalar que en los Estados Unidos de América, el *Administrative Procedure Act (1946)* establece una distinción entre la elaboración de normas legales de carácter general y el proceso de decisión de casos particulares en el ámbito

---

<sup>^</sup> En *Introduction to the study of the law of the Constitution cap. 12*. Es de notar que la casación tiene su origen en la proverbial desconfianza de la Revolución Francesa hacia el control jurisdiccional. Cfr. François Geny (1861-1959), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique lib. 1* (1899).

## *refundido para el siglo XXJ*

del Poder Ejecutivo. En este cuerpo legal se prescribe que, para formular las normas, las entidades deben publicar un extracto en el *Federal Register*, en el cual se especifique la acción o materia propuesta, y por ende se extienda al público una oportunidad para presentar datos escritos, opiniones o argumentos sobre el proyecto, con la posibilidad incluso de hacer una fundamentación oral. Luego de pronunciar su resolución, los funcionarios del gobierno deben explicar su decisión, y necesariamente incorporar en la norma administrativa una exposición general concisa de su fundamento y propósito. Estas disposiciones legales son aplicables igualmente a la desatención de cualquier norma propuesta por algún sector o grupo.<sup>A</sup> Asimismo, la ley escrita autoriza a los tribunales a revisar cualquier acto o resolución de las entidades que sea «*arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law*», y los tribunales tienen el deber de examinar minuciosamente todo el expediente.<sup>B</sup> Si la entidad en cuestión no logra presentar un expediente confiable —considerándose las racionalizaciones *post hoc* inadecuadas—, la Corte Suprema, en un caso de jurisprudencia estadounidense ampliamente difundido, sostiene que los funcionarios

---

<sup>A</sup> Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States, Inc. versus State Farm Mutual Automobile Insurance Company, *United States Reports* lib. 463 pág. 29 (1983).

<sup>B</sup> *Administrative Procedure Act* § 706.

## *Un libro de derecho del siglo XXV,*

gubernamentales pueden ser requeridos a rendir testimonio y dar razón de sus actos ante el tribunal. «*It may be that the only way there can be effective judicial review is by examining the decisionmakers themselves*».<sup>A</sup> Los tribunales están obligados a demostrar al público que los elementos de juicio relevantes fueron valorados adecuadamente y que se estableció que hay una correspondencia mínimamente racional entre los hechos comprobados y la decisión adoptada. De esta forma, si una medida fue arbitraria, sus autores deben enfrentarse al hecho de que la misma tendrá repercusión política, y resulta difícil que puedan eludir el conocimiento público. Es más, el control jurisdiccional de la administración cumple la función representativa diacrónica a través del tiempo, según se ha explicado.<sup>B</sup> Las innovaciones que se introducen revolucionan el derecho administrativo, y priorizan, a su vez, el carácter mayoritario que tienen las entidades del gobierno.

---

<sup>A</sup> *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. versus Volpe, United States Reports lib. 401 pág. 402 (1971).*

<sup>B</sup> Como el único conducto posible para la representación de una mayoría diacrónica, el tribunal impone la supremacía del derecho sobre las autoridades del gobierno y el capricho eufórico de la mayoría sincrónica, con el fin de poner coto a los abusos de la autoridad, al ejercicio impune del poder y al arbitrio en la función pública.

## *refundido para el siglo XXJ*

Sin embargo, cabe destacar que estas innovaciones y las bases institucionales más firmes del estado de derecho no se remontan a los siglos XVIII, XIX o XX, ni procedieron de Inglaterra, los Estados Unidos de América ni de Prusia, por mucho que Dicey y von Hayek hagan alarde de «*the distinguishing characteristic of English institutions*»<sup>A</sup> o de «*the most distinctive contribution of 18<sup>th</sup>-century Prussia*».<sup>B</sup> Estas innovaciones salieron de la América castellana.<sup>C</sup>

Desde el siglo XVI se instituyeron frenos y contrapesos políticos y control jurisdiccional de la administración en los Reinos de Indias.<sup>D</sup> Convencido por su propia experiencia, el oidor chuquisaqueño de Villaba escribe: «Siempre que la potestad legislativa penda en la mera voluntad del Rey: siempre que sus

---

<sup>A</sup> *Introduction to the study of the law of the Constitution cap. 4.*

<sup>B</sup> *The Constitution of Liberty cap. II.*

<sup>C</sup> Cfr. Carmelo Viñas y Mey (1898-1968), El régimen jurídico y de responsabilidad en la América indiana, *Revista de las Españas lib. 9 pág. 1* (1929); Levene, *Las indias no eran colonias* (1951).

<sup>D</sup> Hay quienes afirman que, por muy progresistas que fueron estas leyes, dejaron de aplicarse en la realidad indiana; al respecto Marcelino Menéndez y Pelayo (1856-1912), en su prólogo a una re-impresión de la *Recopilacion de Leyes de los Reynos de las Indias (1681)* libra la sentencia: «El indio americano vive todavía donde estas leyes rigieron y desapareció donde ellas fueron desconocidas», (1943).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

favorecidos Ministros o secretarios tengan en su tintero la facultad de derogar las más fundamentales leyes con sólo decir: El Rey quiere = El Rey manda = El Rey extraña = quando tal vez ni quiere ni manda, ni extraña. Siempre que una ley no se medite, se ventile, se consulte, y se revea antes de promulgarse, y despues de promulgada no pueda derogarse sin las mismas formalidades, y reflexiones con que se publicó, ni hay Monarquía, ni hay constitucion, ni hay gobierno fixo, sino despotismo, transtorno, variacion continua, y un cahon de Cedula, Ordenes, Pragmaticas, Declaraciones con que lexos de encontrar regla que prescriba los limites del que manda, y las obligaciones del que obedece no sirven sino de apoyo para hacer cada qual lo que se le antoja... La extension de las facultades de los Ministros, y depresion de la autoridad de los Tribunales ha tomado un rápido vuelo en este siglo». <sup>A</sup> Villaba tenía razón al deplorar el desmantelamiento, al final del siglo XVIII, del sistema administrativo indiano. <sup>B</sup> Las reformas

---

<sup>A</sup> *Apuntes para una reforma de españa págs. 8-9.*

<sup>B</sup> La dinastía borbónica empezó a reinar en España porque el Hechizado no tuvo descendencia y porque dicha facción ganó la guerra de sucesión. Su implantación supuso la pérdida del buen talante de las instituciones de Indias. Las reformas borbónicas respondían a una nueva concepción del estado, por la que se buscaba recuperar el poder delegado en las reales audiencias y el Consejo de Indias, reasumiendo la dirección política y económica del Reino, todo acorde con las ideas del

262

## *refundido para el siglo XXJ*

borbónicas desatendieron la opinión manifestada por Juan de Solórzano (1575-1655) sobre el gobierno de los hombres: «quien lo remitiese todo a los hombres, lo pondría todo de muy ordinario en manos de bestias desenfrenadas».<sup>A</sup>

Recién se abre el camino para realizar un examen valioso, perspicaz y aleccionador, de la literatura jurídica propia, que merece del erudito iberoamericano, un examen más equilibrado sobre su alcance. Hay que hacer memoria histórica: la fecha de 1492 cerró el proceso de reconquista y consolidación de los reinos peninsulares e impulsó el encuentro con el

---

despotismo ilustrado: un intento de imponer esquemas de racionalidad efectivista desde un proyecto dirigido verticalmente, sin contar con el consenso y la articulación de la sociedad. Cfr. José del Campillo y Cosío (1693-1743), *Nuevo sistema de gobierno económico para la América lib. 1 cap. 6* (1789).

<sup>A</sup> *Política indiana lib. 5 cap. 16* (1648). Quienes ejercían la administración sabían que, tarde o temprano, debían rendir cuenta de sus actos. El derecho público actual carece de un mecanismo de transparencia tan eficaz como fue el preceptivo juicio de residencia. El derecho indiano estableció el procedimiento para auditar la conducta de los hombres públicos. Consistía en una auditoría sobre su desempeño, que se realizaba no bien abandonaban el cargo. El examen solía ser bastante exhaustivo y la persona sometida a él no podía abandonar el lugar donde había gobernado hasta que no conduyera el proceso. Cfr. Toribio Esquivel Obregón (1861-1945), *En defensa de la cultura hispánica* (1943).

## *Un libro de derecho del siglo XVII*

Nuevo Mundo. Esa gran fecha amplió el horizonte de la geografía mundial y marcó el principio de una transformación de mentalidad que es un hito de innovación y apertura en la ciencia jurídica.<sup>A</sup> Todas esas cosas, que en principio parecen tener poco que ver con el derecho, son, sin embargo, cruciales para comprender lo que sucedió: el siglo XVI incluyó desarrollos en el derecho de gentes<sup>B</sup> y extendió el abanico de garantías al ámbito administrativo. Ese siglo supuso la creación del primer estado en la historia que instauró el control jurisdiccional de la administración. Los juristas peninsulares, al rechazar activamente la idea de *puissance souveraine*, estructuraron un gobierno de frenos y contrapesos;<sup>C</sup> los Reinos de Indias fueron levantados por juristas antes que por conquistadores.<sup>D</sup>

---

<sup>A</sup> Regina Grafe (1962-), *The Spanish Empire and its Legacy: Fiscal Re-distribution and Political Conflict in Colonial and Post-Colonial Spanish America*, *Journal of Global History lib.* 1 págs. 241-267 (2006).

<sup>B</sup> Vitoria, *De indis recenter inventis; De indis, sive de iure belli Hispanorum in barbaros*.

<sup>C</sup> Solórzano, *Política indiana lib.* 5; el sistema de frenos y contrapesos instituido en los Reinos de Indias fue —como en alguna medida es el sistema constitucional de los Estados Unidos de América— la antítesis de la tajante separación de poderes aconsejada por el barón de Montesquieu.

<sup>D</sup> El ejército regular —ese flagelo de la libertad— no se estableció en los Reinos de Indias sino hacia las postrimerías

264

## *refundido para el siglo XXJ*

Los tribunales de Indias ejercieron poderes que los tribunales en la Metrópoli no tenían: «se les han concedido y conceden muchas cosas que no se permiten a las de España». <sup>A</sup> Las audiencias fueron un «gran muro y defensa» de las libertades de los súbditos. <sup>B</sup> Asimismo, el rey se encontraba restringido por el derecho a un debido proceso que permeaba todo procedimiento judicial. <sup>C</sup> Entre los poderes que se

---

del siglo XVIII, dejando una nefasta secuela en el llamado «ejército libertador», que sentaría el precedente del militarismo que imperaría en la región. En esta esquina del continente, conduciría a la política de cacicazgos, la destrucción y la pauperización a lo largo los siglos XIX y XX.

<sup>A</sup> *Política indiana lib. 5 cap. 3; De indiarum jure sive de justa indiarum occidentalium gubernatione lib. 4 cap. 3 (1645).*

<sup>B</sup> Matienzo, *El gobierno del piru lib. 1 cap. 4 (1573)*. «Nuestro principal yntento y voluntad siempre ha sido y es el de conservacion y agmento de los yndios y que sean ynstruidos y enseñados en las cosas de nuestra santa fee catholica y bien tratados como personas libres y vasallos nuestros» en *Leyes y ordenanzas nuevamente hechas para la gobernacion de las Indias y buen tratamiento y conservacion de los yndios promulgadas en Barcelona (1542)*.

<sup>C</sup> *Nueva Recopilacion de las leyes de España Título Decimotercio lib. 4 l. 7 (1567)*. En los Reinos de Indias un importante antecedente del juicio de amparo surgió como un instrumento para proteger a la persona frente a la autoridad y los actos de gobierno. Andrés Lira González (1941-), *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano: antecedentes novohispanos del juicio de amparo (1971)*.

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

concedieron a los tribunales de Indias estaba el control jurisdiccional de la administración.<sup>A</sup> En el *Tratado de las apelaciones del gobierno del Peru (1633)*, el jurista chuquisaqueño Gaspar de Escalona Agüero (1589-1659) escribe acerca del poder inédito asumido por los tribunales en los Reinos de Indias.<sup>B</sup> Los súbditos<sup>C</sup> que sufrían un agravio a causa de las determinaciones administrativas podían demandar a los virreyes y gobernadores ante un tribunal: «de todas las cosas que

---

<sup>A</sup> Vemos a un historiador del derecho como Tau Anzoátegui declarando, en *Casuismo y sistema: indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano (1992)*, que el derecho indiano no configura un cuerpo de derecho público, lo que denota cierta falta de solidez en la apreciación: quien lee la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias (1680)* de León Pinelo, con un mínimo de comprensión lectora, inmediatamente repara en que no es nada más y nada menos que eso: todo un cuerpo de normas de derecho público. Dicha posición doctrinaria está envuelta en la incompreensión que surge de la importancia que acostumbra concederse al derecho privado romano en la historiografía jurídica.

<sup>B</sup> A pesar de que hace el intento de encontrar precedentes, no menciona a la Sacra Rota Romana, en *Tratado de las apelaciones del gobierno del Peru glosa prim. 3.*

<sup>C</sup> Que incluían a los <indios>, quienes estaban facultados por caso de corte de interponer un recurso de queja directamente ante la real audiencia. Véase la actitud pública de defensa de sus derechos que adoptó el obispo de Chiapas, *De unico vocationes modo omnium gentium ad veram religionem*; logró arrancar en 1537 a Pablo III (1468-1549) la bula *Sublimis Deus*.

## *refundido para el siglo XXJ*

los Virreyes y Gobernadores proveyeren a título de gobierno... si alguna parte se sintiere agraviada, puede apelar y recurrir a las audiencias». <sup>A</sup> Para que un acto del gobierno fuese justiciable, era requisito que existiera una parte agraviada: «en habiendo parte que lo reduzca a justicia contenciosa y de ello se sintiera y mostrare agraviada». <sup>B</sup> Asimismo, la apelación debía ser presentada luego de que una determinación administrativa final fuese tomada por un virrey o gobernador: «habiendose de apelar de los autos por la parte que alegare ser en su perjuicio, se interponga la apelación ante el señor Virrey [o gobernador], y antes de presentarse en grado de apelacion en la Real Audiencia, se haya de proveer a la interpuesta en el Gobierno por ser conforme a derecho». <sup>C</sup>

Es sorprendente cómo los tribunales de Indias consideraban en ajustada medida justiciables asuntos concernientes a la cuestión política. <sup>D</sup> Para que una cuestión política excluyera la justiciabilidad, se necesitaba que el asunto no lograra admitir una

---

<sup>A</sup> Solórzano, *Política indiana lib. 5 cap. 3; Recopilacion de Leyes de los Reynos de las Indias lib. 2 l. 15, 35.*

<sup>B</sup> Solórzano, *Política indiana lib. 5 cap. 13.*

<sup>C</sup> Escalona, *Tratado de las apelaciones del gobierno glosa seg. 18.*

<sup>D</sup> Para un análisis comparativo de la doctrina moderna de una cuestión política, véase Carrasco, *Estudios constitucionales lib. 4 págs. 112-140.*

*Un libro de derecho del siglo XVII,*

controversia judicial: «caso de mera y absoluta governacion, sin que en el haya punto que concierna a justicia contenciosa».<sup>A</sup> Escalona explica que la parte agraviada alteraba la naturaleza de la cuestión política, convirtiéndola en justiciable: «haviendo parte agraviada, el negocio que ya fue de Gobierno, alterado con la circunstancia agravante de la queja, muda de especie y pasa a caso de justicia y de hecho contencioso».<sup>B</sup> Quedó establecido en líneas generales que tres tipos de cuestiones políticas dejaban de admitirse como una controversia judicial: aquéllas que tocaban las amplias políticas definidas por el gobierno: «privativamente del gobierno... por mirar a la universal direccion y enmienda del gobierno politico y economico»; aquéllas relacionadas con los privilegios, la concesión de los cuales era exclusivamente delegada a la discreción de los virreyes y gobernadores: «dependen de la mera gracia y merced de Governador [o virrey] y regulada por su arbitrio y elleccion» y, finalmente, aquéllas involucradas en la administración cotidiana del gobierno, las cuales tenían menor probabilidad de perjudicar a personas privadas: «de la puesta en marcha y permanente ejecucion en que no puede haber derecho de parte ni perjuicio considerable».<sup>C</sup> Los tribunales tenían prohibido

---

<sup>A</sup> Solórzano, *Política indiana lib. 5 cap. 3.*

<sup>B</sup> Escalona, *Tratado de las apelaciones del govierno glosa prim. 5.*

<sup>C</sup> *Tratado de las apelaciones del govierno glosa ter. 31.*

## *refundido para el siglo XXJ*

también revisar las «materias de guerra»,<sup>A</sup> cuando la seguridad de los reinos era comprometida y el virrey o gobernador actuaba en un comando militar: «estar inhibidas las Audiencias expresamente y no poder conocer por via de apelacion en los casos en que el señor Virrey [o gobernador] proceda como Capitan general». <sup>B</sup> Sin embargo, la disposición era limitada a la efectiva confrontación militar: «estar con las armas en las manos esperando enemigos... hasta que cece el arma». <sup>C</sup> Eran amplios los poderes concedidos a los tribunales de los Reinos de Indias para ejercer un control jurisdiccional sobre la administración. Al ejercer el control jurisdiccional, estos tribunales podían afirmar, revocar y modificar las determinaciones de los virreyes y gobernadores: «alli son oidos judicialmente los interesados, y se confirman, revocan y moderan los autos y decretos de los Virreyes y Governadores». <sup>D</sup> Los tribunales decretaban si los virreyes o gobernadores habían vulnerado la ley o excedido de los poderes a ellos delegados: «ordenanzas hechas en fraude de las leyes y contra las cédulas y pragmáticas de su Majestad»<sup>E</sup> y juzgaban si

---

<sup>A</sup> Solórzano, *Política indiana lib. 5 cap. 3*.

<sup>B</sup> Escalona, *Tratado de las apelaciones del gobierno glosa prim. 15*.

<sup>C</sup> Real Cédula del 2 de diciembre de 1608.

<sup>D</sup> Solórzano, *Política indiana lib. 5 cap. 3*.

<sup>E</sup> Escalona, *Tratado de las apelaciones del gobierno glosa ter. 36*.

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

existía una relación racional entre una determinación administrativa fija y las circunstancias del caso —lo que implica limitación a la arbitrariedad— y si el virrey o gobernador procuraba el bien común: «debe regularse por justicia y razón y en orden a la conveniencia de la causa pública».<sup>A</sup> A pesar de que los jueces no se encontraban restringidos por una regla obligatoria de *stare decisis*, al dictar sus fallos se veían circunscriptos a la jurisprudencia establecida por la doctrina y las audiencias: «no juzguen jamás por solo su ingenio y capricho, apartándose de la escrita y bien cimentada y practicada jurisprudencia».<sup>B</sup>

Desde el punto de vista del derecho público contemporáneo, la administración que se implantó en los Reinos de Indias constituye un hito descolante en la historia del control jurisdiccional. Aunque la

---

<sup>A</sup>Príncipe de Esquilache contra Luis Ximenez Gallego, minero y dueño de ingenios de moler metales en Potosí, Real Cédula del 15 de septiembre de 1612.

<sup>B</sup>Solórzano, *Política indiana lib. 5 cap. 8*; véase Juan Francisco Montemayor y Córdoba de Cuenca (1620-1685), *Excubationes semicentum ex decisionibus Regias Chancelleriæ Sancti Dominici insulæ, vulgo dictæ Española, totius Novi Orbis primatis compaginatas editio* (1667). Gayo (110-180) puntualiza que el derecho romano reconocía al razonamiento de los juristas como fuente de derecho vigente, «*Quorum omnium si in unum sententiæ concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si uero dissentiunt, iudici licet quam uelit sententiam sequi*». *Institutionum commentarii quattuor lib. I* (1820).

## *refundido para el siglo XXJ*

monarquía castellana se concebía como una forma de representación política distante,<sup>A</sup> las reales audiencias aportaron un elemento democrático diacrónico a la administración de la corona.<sup>B</sup>

La tesis que sostiene este libro es que la democracia y el estado de derecho deben ser defendidos con idéntica intensidad. La experiencia prueba que la democracia sincrónica puede socavar las libertades individuales e incluso avalar gobiernos despóticos. Éste es un planteamiento que la democracia no podría resolver por sí misma, salvo que esté subordinada al control jurisdiccional, que comporta la única manera de evitar su desnaturalización. Si rastreamos el origen del control jurisdiccional lo encontraremos en el derecho indiano, ese maravilloso episodio de nuestra historia,

---

<sup>A</sup> Cfr. Covarrubias y Leyva, *Practicarum quaestionum liber unus cap. I (1556)*. El pueblo no era capaz de librarse del rey a no ser que éste degenerare en tirano, «*non potest rex illa potestate privari, quia verum illius dominum acquisiuit, nisi fortasie in tyrannidem declinet, ob quam possit regnum iustum bellum contra illum agere*», según el padre Suárez, *Tractatus de Legibus et Legislatore Deo lib. 7 tit. II*. En nuestro sistema representativo, el sufragio por vía de la elección y reelección aproxima más a representados y representantes.

<sup>B</sup> En ese sentido, cabe recordar que algunas de las naciones de América meridional se fundaron sobre la jurisdicción territorial de audiencias indianas: Bolivia, sobre la Real Audiencia de Charcas, y Ecuador, sobre la Real Audiencia de Quito.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

cuando las actuaciones de gobierno estuvieron sujetas a una tutela judicial. Y así, donde la defensa de la democracia como valor absoluto sigue justificando crecientes incursiones del estado contra las libertades ciudadanas, en aras de los valores democráticos, se nos presenta el desafío de fortalecer la estructura del imperio de la ley: he ahí la mayor lección del derecho público de los últimos doscientos años.

Todavía más: si el proceso de la integración económica de la región supone la multiplicación de los centros de poder, ante la existencia de una duda o de un conflicto de competencias resulta urgente la puesta en marcha del control jurisdiccional de los tribunales. La propia esencia del federalismo debe descansar en esta base institucional, que fue incorporada hace siglos en el sistema administrativo que los juristas castellanos e indios crearon, estableciéndose en América un verdadero sistema de frenos y contrapesos y no el simple predominio de un virrey, o de un gobernador supeditado a los designios de la Metrópoli, como ocurrió indefectiblemente en el colonialismo inglés. Conviene recordar que, en lo que toca al estado de derecho, somos los herederos de una tradición de gran sustento doctrinal: no es debido al azar que la doctrina constitucional, federal y administrativa de los Estados Unidos de América, haya encontrado un precedente, si no sus bases institucionales más firmes —gracias a la

## *refundido para el siglo XXJ*

obra de Solórzano<sup>A</sup>— en el gobierno austracista de Indias, con un rey, pero reinos y administraciones diferenciados, sujetos al control jurisdiccional.<sup>B</sup>

Para ironía de la historia, fue precisamente la notoria debilidad del estado de derecho en la colonia de Virginia, que le daba un poder desmedido al gobernador, la que allanó el camino para la concreción política de la proto-constitución de aquella *commonwealth* en 1776, pues no en vano buscó fortalecer al parlamento y a las audiencias, en buena medida como una reacción contra esta situación, para reparar aquella flagrante vulneración del imperio de la ley.<sup>C</sup>

---

<sup>A</sup> Se encontraba la edición latina de la obra de Solórzano en el país del norte, en las bibliotecas que existieron durante la época colonial.

<sup>B</sup> Conviene recordar que el símbolo del dólar «\$», se remonta a las «piezas de ocho reales», acuñadas en la Casa de la Moneda de Potosí, cuyo distintivo procede de la «p» impresa sobre la «s», que circularon durante siglos en gran parte del mundo entre los mercaderes ávidos de esa moneda respetada por su estabilidad.

<sup>C</sup> Cfr. William Hamilton Bryson (1945-), *Judicial Independence in Virginia*, *University of Richmond Law Review* lib. 38 págs. 705-720 (2004). La más elemental comparación mostraría las carencias del poco sofisticado derecho público colonial inglés. Cfr. el estudio de Dicey sobre el Colonial Laws Validity Act of 1865, *Introduction to the study of the law of the Constitution* cap. II. Joseph Henry Smith (1913-), *Appeals to the Privy Council from the American Plantations* (1950).

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

Igualmente se puede apuntalar el desarrollo tímido y descompasado del derecho público inglés, pese a que los tribunales ingleses en el siglo XIX hubieren atraído la admiración del mundo entero, o que el magistrado Edward Coke (1552-1634) hubiere pretendido someter al parlamento de la Inglaterra del siglo XVII a un control jurisdiccional, pretensión que estaba condenada al fracaso porque se enfrentaba a la intolerancia del régimen.<sup>A</sup> Cabe traer a la memoria la emblemática imagen de la Torre de Londres: allí, el lord canciller inglés, santo Tomás Moro (1478-1535) —protector especial y abogado ante Dios—, fue decapitado en 1535 por orden del fundador de la iglesia anglicana.<sup>B</sup> Quienes habían buscado quitarse de encima

---

<sup>A</sup> *The Reports of Sir Edward Coke Kt. In English: Compleat in Thirteen Parts* (1727). Dr. Bonham's Case, *English Reports lib. 77 pág. 638* (1610); caso que a veces, erróneamente, se cree precedente para otra famosa sentencia, *Marbury v. Madison, United States Reports lib. 5 pág. 137* (1803), por la cual en los Estados Unidos de América quedó claro que, cuando se opone y contrapone una ley a la constitución política, ésta última es la que ha de primar o, por el contrario, queda la constitución política maltrecha.

<sup>B</sup> Con relación al derecho público inglés, abunda en argumentos contra el absolutismo político de los Estuardo el alegato de Suárez, *De Defensio Fidei* (1613). Es una ironía de la historia que la cancillería inglesa, subordinada al monarca, tuviera mayor independencia que las reales audiencias, subordinadas al parlamento. Se creó un sistema separado de tribunales, dando origen a la separación de *equity* y *common law* en el

274

## *refundido para el siglo XXJ*

el peso muerto de un sistema de absolutismo monárquico, lo reemplazaron durante la llamada Revolución Gloriosa, de 1688, por otro de absolutismo parlamentario.<sup>A</sup>

Hoy en día, los países más grandes e influyentes del continente americano, los Estados Unidos de América, Canadá, México, Brasil y Argentina, han adoptado sistemas federales. Y a medida que los mercados internacionales se integran cada vez más, la mera intuición parece indicarnos que los grupos económicos acordarán fortalecer la institucionalidad regional con la creación de nuevos órganos jurisdiccionales supranacionales, en refuerzo y complementación de los juzgados nacionales, para dirimir las competencias de una serie de órganos político-administrativos, y coordinar adecuadamente los esfuerzos integracionistas de los pueblos iberoamericanos.

---

ordenamiento jurídico inglés. En los Reinos de Indias en donde la jurisdicción era única, en cambio, el cargo que desempeñaba el oidor de la real audiencia revestía mayor trascendencia que el encargado del sello real, el teniente de gran canciller.

<sup>A</sup> Ni podría atribuirse el haber inventado el control jurisdiccional a la Holanda del siglo XVI, a la postre de su rebelión contra el ocupante peninsular, al haber heredado una suerte de desconfianza ante el poder central. Cfr. Cornelius van Bynkershoek (1673-1743), *Quæstionum iuris publici lib. 1, cap. 14* (1737); *The Federalist num. 20*.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

La historiografía ha pasado por alto la contribución seminal de los juristas de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos al derecho público, en parte, por el peso e influencia de la obra del dérrigo Francisco Martínez Marina (1754-1833),<sup>A</sup> quien —imbuido de las ideas ilustradas— se empeñó en encontrar las nuevas doctrinas de representación política sincrónica de la Revolución Francesa en los viejos y carcomidos pergaminos de las cortes de la península ibérica, sepultados bajo el polvo por la férrea intransigencia política de la corona, y el centralismo a que eran tan proclives los monarcas borbónicos. De tal modo, y ante la ausencia de un esquema explicativo teórico que no ha sido formulado probablemente hasta el día de hoy, los historiadores del derecho no comprendieron el valor representativo diacrónico y la eficacia política de las instituciones de Indias, que se asentaban en las reales audiencias.

Ahora, sin embargo, no es sólo el estado de derecho el que debemos consolidar definitivamente los iberoamericanos. A lo largo de casi todo el siglo XX hemos intentado construir la economía desde afuera, desde el derecho público, con la intervención del

---

<sup>A</sup> *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reynos de Leon y Castilla—especialmente sobre el código de Alfonso el Sabio conocido con el nombre de las Siete Partidas (1808); Teoría de las cortes o grandes juntas nacionales de los reynos de Leon y Castilla (1813).*

*refundido para el siglo XXJ*

estado. Y parecería que, únicamente, el derecho público fuese un elemento imprescindible para que funcione la economía. No es así. Toda la pujanza económica proviene del dinamismo del sector privado, el cual no es capaz de funcionar en un vacío jurídico. Ese espacio vacío ya no debe llenarlo el derecho público; es hora de que descubramos los iberoamericanos que es el derecho privado, que permite que los pequeños —y, a veces, acertados— misceláneos esfuerzos diversificados y descentralizados de toda una población, vayan sumándose progresivamente, lo cual promueve el crecimiento sostenido de la economía así como una expansión de la productividad y promete reconducir a nuestra región por la senda de la prosperidad.<sup>A</sup>



---

<sup>A</sup> Cooter y Hans-Bernd Schäfer (1943-) demuestran, ampliamente, en El problema de la doble confianza, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* lib. I (2006), que el gobierno es incapaz de generar crecimiento económico, porque actúa siempre con información pública. Es el acceso de los emprendedores a la información privada lo que les permite innovar constantemente, que hace evolucionar a la sociedad en una entidad viable y eficiente.

## *Un libro de derecho del siglo XXV,*

### *Controversia 12*

El horrible mono macaco nos inspira un horror imborrable —sin paliativos— porque es nuestro reflejo exacto o, más bien, porque somos el vivo reflejo del mono. Si el rostro es el espejo del alma, esto es aplicable no sólo a los seres humanos, sino también a nuestros parientes más cercanos en la escala evolutiva. El semblante del mono macaco manifiesta amor y odio: para expresar solidaridad y cariño, mantiene la boca casi cerrada y los labios hacia fuera y emana una melodía pausada; para expresar ira y agresividad, mantiene la boca más abierta y los labios metidos hacia dentro y profiere un ruido corto y seco. ¿Acaso aquellos gestos puros y rotundos, cargados de una honda expresividad, no nos son conocidos y nada extraños? ¿Podríamos decir hasta familiares?

El ser humano se separó del tronco evolutivo del mono macaco hace millones de años. Hoy, ya hemos descifrado la secuenciación del genoma de este animal —al igual que la del hombre— y hemos comprobado que compartimos con el mono macaco una parte sustancial de nuestro material genético. De hecho, debido a sus paralelismos con el *<homo sapiens>*, el *<macaco Rhesus>* es una de las especies más utilizadas en la investigación científica y en su día sirvió para determinar el factor Rh —de donde viene su nombre— y para crear la vacuna de la polio. Además, se cuenta entre los primeros cosmonautas. Para

## *refundido para el siglo XXJ*

estudiar los efectos de la gravedad, los científicos lo han enviado al espacio y —como George el curioso, un mono que es un personaje de libros de niños— ha regresado a salvo a la Tierra.

Sin embargo, en lo que más se parecen los monos macacos a nosotros es en cómo valoran la interacción social. Estos monos gregarios tienen una jerarquía y una organización grupal y familiar parecida a las del ser humano. Y como nosotros, sienten la imperiosa necesidad de estar informados de todo lo que acontece en su grupo social y permanecen ávidos de cualquier información sobre sus congéneres, con el fin de aumentar sus posibilidades de supervivencia o de liderazgo. A diferencia de los humanos, en esta especie son las hembras quienes forman las alianzas de poder; parecería que sus jerarquías son capaces de reproducirse de una generación a otra, aunque también se ha comprobado que están sujetas a cambios mediante revoluciones sociales.<sup>A</sup> Estos animales son más parecidos a los humanos de lo que quisieramos aceptar.

Ahora, hay que decirlo: nadie quisiera nacer como un mono macaco, ni en esta vida ni en ninguna. Según el profesor de biología evolutiva de la Universidad de Chicago, Dario Maestripieri (1969-), en su aleccionador trabajo *Macachiavellian Intelligence: How*

---

<sup>A</sup> ¿Y cómo se calculan las coaliciones entre los grupos de monas? Los monos macacos aparentemente también saben un poco de aritmética.

## *Un libro de derecho del siglo XXV,*

*Rhesus Macaques and Humans Have Conquered the World* (2007), los monos macacos, al igual que los humanos, no están dotados de colmillos o garras. Por ello, en ambas especies la violencia intragrupal no depara consecuencias letales y esta violencia forma parte del mecanismo que mantiene el orden social. Entre los monos macacos, la violencia intragrupal puede manifestarse de varias maneras: las amenazas acuciantes, los griteríos infernales, los golpes bruscos, las palizas contundentes, que disminuyen la capacidad de respuesta de la víctima y que recuerdan a todos la jerarquía que impera en el grupo.

Sin embargo, la relativa similitud entre seres humanos y monos macacos no debería hacernos perder de vista la gran diferencia que existe. Principalmente, conviene aclarar que los monos macacos no saben cómo delimitar la propiedad privada. Y al no reconocer límites de propiedad privada, esta especie llega a depender exclusivamente de la jerarquía como principio organizador de su sociedad. Así, su existencia está salpicada constantemente por episodios de violencia y malos tratos. Para mantener la jerarquía social, cada macaco macho o hembra pasa sus días prodigando actos de agresión, al parecer, con el propósito de estropear a sus congéneres socialmente inferiores.

La otra especie, en cambio —la de los propietarios sin cola— en alguna medida ha logrado librarse evolutivamente del lastre insoportable de las jerarquías, execrables y opresivas, por la institución de

280

## *refundido para el siglo XXJ*

la propiedad privada, que le permite a ese bípedo parlante que se autodenomina <animal sabio> delimitar un espacio de dominio, y así crear un orden social heterárquico, como también descentralizar el manejo de los recursos e introducir los mercados de intercambio. Debido a nuestra falta de garras, colmillos, veneno, cuernos y demás recursos defensivos y ofensivos, nosotros empuñamos pedruscos o garrotes —y después escopetas— a fin de protegernos de nuestra propia raza y establecer un dominio propio.<sup>A</sup>

El hombre se diferencia de los otros animales por el derecho privado como expediente para organizar su sociedad. El derecho público que estriba en la jerarquía lo poseen otros animales gregarios —como las hormigas— y no es distintivo de nosotros. Esbocemos, pues, el orden de pandectas que ha heredado la cultura occidental, como evolución de la milenaria sabiduría y experiencia jurídica del pueblo romano, y que tiene un significado y una finalidad tan grandes para la vida humana, que no siempre conseguimos entender.<sup>B</sup> Veamos cómo el derecho

---

<sup>A</sup> Por eso mismo, cabe puntualizar que el estado nunca estará por encima del derecho de los particulares.

<sup>B</sup> Si bien Juvenal deja caer que la plebe sólo pensaba en obtener «*panem et circenses*», *Satura lib. 4* (90), la riqueza exuberante de Roma del siglo I no se igualaría sino hasta mediados del siglo XVIII, después de la aparición de la revolución industrial en Inglaterra y Holanda.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

privado, en su acepción plena, nos humaniza. Es, pues, el derecho privado un rasgo inherente a la segunda naturaleza del ser humano, como la leña lo es al calor.

Si el derecho privado, así como los mercados, prevén todo un sistema de incentivos y de comunicación —tal y como hemos explicado<sup>A</sup>—, el ordenamiento jurídico no sólo deberá demarcar los límites del dominio, sino que deberá identificar la propiedad de cada cual como relación entre una persona y una cosa.

El sistema de derecho privado romano hace pública la información que los individuos deben manejar a efectos de saber cuál es la propiedad ajena, así como para conocer los alcances de lo propio. Cada dominio así supone la implantación de límites claramente demarcados.<sup>B</sup> Los agrimensores romanos fueron maestros del arte de demarcar las propiedades usando *terminations* como marcas visibles. El glosador Accursio elaboró otro principio para la demarcación, al proyectar una vívida e imborrable imagen. En una glosa a un texto romano que decía que el espacio por

---

<sup>A</sup> Los mercados son sistemas de comunicación porque el precio es una señal inequívoca que hace pública la información privada de una multitud de personas respecto a la utilidad y escasez de los bienes.

<sup>B</sup> Von Ihering nos explica la etimología legendaria del término <Quirites> que derivaría de los guerreros sabinos que portaban lanzas y que las usaban para delimitar la propiedad de modo que todos puedan verla. *Geist des römischen rechts lib. I cap. I.*

## *refundido para el siglo XXJ*

sobre la superficie de una propiedad debía dejarse libre de obstáculos, Accursio agregó que los límites de una propiedad se extienden como una columna que va desde los cielos hasta los infiernos: «*cuius est solum eius est usque ad coelum et ad inferos*». <sup>A</sup> Obviamente, los juristas romanos admitían que muchas cosas muebles tienen límites físicos. Las cosas corporeas poseen límites que podemos ver y tocar «*quæ tangi possunt*». <sup>B</sup> Los romanos también comprendieron que muchas cosas se contienen a sí mismas, «*quod continetur uno spiritu*», o se componen de muchas cosas unidas, «*pluribus inter se coherentibus constat*» <sup>C</sup> y, hasta en algunos casos, son indivisibles, «*quæ sine interitu diuidi non possunt*», <sup>D</sup> como los animales o las joyas que perderían su valor si fuesen partidas. Por otro lado, la sociedad puede lograr que todo el mundo sepa qué le pertenece a cada quien con la ceremonia de la mancipación o cesión ante el magistrado en el derecho romano o, más modernamente, con un efectivo sistema de registro de propiedad. <sup>E</sup> Sin embargo,

---

<sup>A</sup> *Glossa ordinaria* (1228) sobre *ff. De servitutibus praediorum urbanorum l. I.*

<sup>B</sup> *Institutionum commentarii quattuor lib. 2.*

<sup>C</sup> *ff. De usurpationibus et usucapionibus l. XXX.*

<sup>D</sup> *ff. De rei vindicatione l. XXXV.*

<sup>E</sup> Cfr. Miceli, The Economics of Land Transfer and Title Insurance, *Journal of Real Estate Finance and Economics lib. 10 págs. 81-88* (1995).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

cualquier sistema registral supone un costo positivo, que por asequible y moderado que fuese, resulta prohibitivo para todos los bienes. Por eso, el sistema registral se utiliza generalmente sólo para los bienes inmuebles o para los bienes muebles de especial importe.<sup>A</sup> Por el costo no menor del sistema de registro, cabe destacar que la propiedad de la gran proporción de todos los bienes debe colegirse del hecho de la posesión, si no de la memoria colectiva del grupo social.

El derecho romano distingue entre la posesión y la propiedad con una claridad contundente e indudable, «*Nihil commune habet proprietas cum possessione*»,<sup>B</sup> afirmación con la cual Domicio Ulpiano (170-228) quiere subrayar la absoluta independencia de las acciones de la reivindicación de la propiedad y de los interdictos posesorios. ¿Por qué el ordenamiento jurídico privado protege a ambos —al propietario y al poseedor— independientemente de que al poseedor no se le reconozca derecho alguno en lo que posee? ¿En qué derecho puede basarse el poseedor, que no tiene derecho sino alega un hecho, para pedir la tutela jurídica de su interés? Se trata, indiscutiblemente, de una sonada y larga controversia que hizo correr ríos de

---

<sup>A</sup> En la embrionaria economía agrícola de Roma, los bienes mancipables fueron los inmuebles rústicos o las servidumbres sobre estos fundos, los esclavos y las bestias de tiro y carga.

<sup>B</sup> *ff. De acquirenda vel amittenda possessione l. XII.*

## *refundido para el siglo XXJ*

tinta a los pandectistas del siglo XIX,<sup>A</sup> y que —si no la iniciamos *ex novo*— retomamos ahora con argumentos bien establecidos para ubicarla en su dimensión instrumental precisa y efectiva por medio del análisis económico del derecho.<sup>B</sup> Así, al proteger la posesión, el ordenamiento jurídico privado protege la propiedad —como apunta von Ihering—, y mediante ambas tutelas, logra delimitar un espacio en el cual las personas podrán llevar a cabo una gestión diligente de los bienes. La acción de la reivindicación de la propiedad —u otras acciones como la negatoria— permitían al propietario cuidar y cultivar sus bienes sin la interferencia de los demás, del mismo modo que los interdictos posesorios permitían al poseedor gestionar eficazmente los bienes que se encontraban en su poder de hecho.<sup>C</sup>

---

<sup>A</sup> Cfr. von Savigny, *Das Recht des Besitzes* (1803); Ihering, *Der Besitzwille* (1889).

<sup>B</sup> Cfr. Henry Smith (1965-), Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights, *The Journal of Legal Studies* lib. 31 págs. 453-487 (2002); What Happened to Property in Law and Economics?, *The Yale Law Journal* lib. III págs. 357-398 (2001); The Property/Contract Interface, *Columbia Law Review* lib. 101 págs. 773-852 (2001).

<sup>C</sup> Así, por medio del análisis económico del derecho, desvelamos por qué el ordenamiento jurídico privado protege a ultranza no sólo los derechos de propiedad, sino también la mera posesión sin que al poseedor le asista derecho alguno.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

Si las diversas modalidades de los derechos de propiedad privada, en sí mismas, son una extensión de la voluntad —la más genuina expresión de la propia personalidad—, como nos recuerdan los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos, y la tutela del derecho de propiedad protege la libre elección del que lo tiene contra toda interferencia de cualquier otro, para que el titular pueda usar, gozar y disponer de ella a su arbitrio, ¿por qué el ordenamiento jurídico privado no confiere un carácter absoluto a la propiedad privada? Las pandectas jamás formularon ni siquiera una rudimentaria definición técnica de este concepto jurídico.<sup>A</sup> Sin embargo, está claro que en el derecho romano el dominio sobre las cosas del propietario nunca abarcó facultades, atribuciones, usos y posibilidades de carácter absoluto. El profesor de la Universidad de Turín, Ugo Mattei (1962-), en su libro *Comparative Law and Economics* (1997), lamenta que los economistas se hayan apropiado del concepto de la propiedad, sin adentrarse en su significado jurídico preciso.<sup>B</sup> Tratándose de una institución jurídica de gran elasticidad, cabe esclarecer

---

<sup>A</sup> La propiedad consiste en un conjunto de derechos, reconocidos por todos y frente a todos, que el titular ostenta en una cosa, para usar, gozar y disponer de ella a su arbitrio, y que le otorga la facultad de excluir a extraños del uso, goce o disposición de ella.

<sup>B</sup> *Comparative Law and Economics* págs. 27-67.

## *refundido para el siglo XXJ*

que *dominium* —o en sus diferentes matices, *mancipium*, lo que uno toma con la mano, o *proprietas*, lo que uno tiene como propio— comporta la concesión de amplias facultades al titular, pero con ciertos límites. Estos límites están demarcados al interior del concepto de la propiedad, y no deberán confundirse con los límites que impone, desde el exterior de este concepto, la doctrina del abuso del derecho que dimana de los denominados actos de emulación, es decir, aquellos actos dolosos o culposos que el propietario comete, en ejercicio de su derecho, con el propósito claro o encubierto de ocasionar un daño a otro, o que tienen por finalidad última perjudicar al vecino; doctrina civilista que sustenta al inicio del siglo XX el francés Étienne Louis Josserand (1868-1941),<sup>A</sup> sobre aquel texto redescubierto de Gayo, que recomienda a los amos que no maltraten a sus esclavos, porque no debemos hacer mal uso de nuestros derechos: «*male enim nostro iure uti non debemus*».<sup>B</sup> Per contra, el celebre jurista, Marcel Planiol (1853-1931), precisa que donde hay derecho, no habrá por tanto abuso, pues «*le droit cesse où l'abus commence*».<sup>C</sup> Por los límites al interior del concepto del dominio romano, en cambio, el propietario —que no tiene el más mínimo ánimo de

---

<sup>A</sup> Cfr. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits* (1927).

<sup>B</sup> *Institutionum commentarii quattuor lib.* 1.

<sup>C</sup> *Traité élémentaire de droit civil lib. 2* (1902).

*Un libro de derecho del siglo XVIII,*

ofensa para nadie — no está facultado para permitir que en su propiedad se alce un árbol con las ramas colgantes sobre el terreno de un vecino; ni el dueño de una fábrica de queso está facultado para despedir unos humos asfixiantes que contaminen el predio aledaño; ni el titular de un bloque de pisos está facultado para derramar agua que se infiltre a la planta de abajo.<sup>A</sup> Estos límites a los que se ciñe el concepto de propiedad estriban en que, como vimos, la compensación puede darse en forma colateral entre las propiedades, si bien los juristas del país del norte no se han percatado de la elegancia apolínea de esta explicación.<sup>B</sup> Señalemos que se opera una redistribución al interior del ordenamiento jurídico privado —en la *common law* y en el derecho romano— en la restricción que se levanta de los derechos de propiedad. Si el ordenamiento jurídico privado no permitiera dicha redistribución entre los propietarios, restándoles ciertas facultades, atribuciones, usos y posibilidades de goce y de disposición sobre sus bienes —si el arbitrio de los propietarios fuera de carácter absoluto—, se devaluarían los derechos de propiedad, como bien

---

<sup>A</sup> *ff. De arboribus caedendis; ff. Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur l. VIII.*

<sup>B</sup> Cfr. el «*reciprocal benefit*» al que alude un caso de jurisprudencia estadounidense, no siempre bien comprendido, *Pennsylvania Coal Company versus Mahon, United States Reports lib. 260 pág. 393, 415 (1922).*

## *refundido para el siglo XXJ*

apunta von Ihering,<sup>A</sup> porque el uso que darían los vecinos a los bienes aledaños a los nuestros destruiría el valor que, para nosotros, tienen los propios. Incluso, el mismo mecanismo redistributivo, en forma colateral entre propiedades, explica por qué también el derecho romano impone a toda la población tolerar de buen grado los humos no graves, «*fumum non gravem*» o las humedades, «*uapores*» provocados por el uso habitual y moderado de los bienes. Como curiosidad, es interesante señalar que Baldo no entendió este punto aunque su antesignario Bártolo lo había esclarecido.<sup>B</sup> Así, mediante el análisis económico del derecho, clarificamos el porqué el ordenamiento jurídico privado limita la plena potestad del propietario sobre sus bienes.

El concepto que acabamos de puntualizar dista leguas de la manida <función social> que cumple la propiedad privada, objetivación conceptual del derecho subjetivo del *ius commune* mediante el cual la doctrina jurídica de inicios del siglo XX, en algunos países de Iberoamérica, pretende facultar a los poderes públicos a prescribir límites desde el derecho público a la utilización de la propiedad privada. La propiedad o es pública o es privada; si es privada, las funciones que deberá cumplir serán las queridas por cada propietario;

---

<sup>A</sup> Cfr. *Der Besitzwille*.

<sup>B</sup> *Commentaria lib. I (1596)* sobre *ff. Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur l. VIII*.

## *Un libro de derecho del siglo XXV,*

sólo si la propiedad es pública tendrá aquella una función social. No conviene olvidar este punto. El pretender transmutar los derechos de propiedad subjetivos en una <función social> objetiva, cuya definición y amplitud determinará en exclusiva el estado y, hasta prescribir la expropiación forzosa para el caso de incumplimiento de esa pretendida finalidad, es atentatorio contra el ordenamiento jurídico privado. La socialización del derecho privado —que desvirtúa sin contemplaciones el ordenamiento jurídico— se fraguó en Iberoamérica con catastróficas consecuencias a la luz de la jurisprudencia sociológica de la escuela de Burdeos del siglo XIX, como apunta el jurista brasileño Luciano Benetti Timm (1972-) en su aleccionador trabajo *O novo direito civil, ensayos sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público* (2008). Así aparece en el siglo XX ese cuerpo de doctrinas novedosas y disparatadas como la función social de la propiedad o de los contratos, o la limitación del accionar societario de acuerdo con el interés general. A este tenor, el jurista chileno Juan Carlos Marín González (1965-) relata en su breve, pero atinado, estudio *¿Por qué leer a Durheim hoy?* (2009) cómo, en especial luego de la Revolución Mexicana de 1910, ese injerto de nueva savia brotó en el viejo tronco del derecho civil. El pensamiento de Léon Duguit (1859-1928) pasa a ser una deformación curiosa de la providencial «invisible hand» de Smith.<sup>A</sup>

---

<sup>A</sup> *Droit social* (1908); *Las transformaciones generales del derecho* 290

## *refundido para el siglo XXJ*

Duguit rechaza el concepto de los derechos subjetivos, como facultad del individuo, y más bien objetiviza el concepto.<sup>A</sup> Así, transforma el mismo derecho de propiedad de una facultad subjetiva del individuo en una «función social» objetiva concedida al mismo. Si éste la desatiende, el estado está permitido interferir directamente en los derechos civiles esenciales. A diferencia de la visión dogmática del liberalismo decimonónico al cual se oponen los solidaristas, el derecho romano establece los incentivos para la persona que elige —tanto a partir de la autonomía como de la heteronomía— pero no contra la voluntad particular del individuo, sino como complemento esencial para que la misma sea efectiva.<sup>B</sup> De esta manera, la providencial «invisible hand» de Smith encuentra el bien social casi sin buscarlo. Si cada uno persigue su propio beneficio, de ahí se seguirá el

---

*privado desde el Código de Napoleón (1913); Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon (1920).*

<sup>A</sup> El positivismo comtiano —al cual von Hayek se opusiera tan tenazmente en *The Counter-Revolution of Science*— relegaba el borroso concepto de los derechos subjetivos, como fantasmagoría y ensoñación. Auguste Comte (1798-1857), *Cours de philosophie positive* (1842).

<sup>B</sup> La interpretación parcial y tendenciosa del pandectismo del siglo XIX presenta al derecho romano como acopio de los valores del liberalismo decimonónico, lo que conduce a los solidaristas a no sólo rechazar los códigos liberales sino el utilísimo e imprescindible aparato del derecho romano.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

beneficio de todos.<sup>A</sup> Como hemos precisado, el derecho privado crea los incentivos para el propietario y establece la diligencia del mismo como un baremo en el resto del ordenamiento jurídico. El análisis económico del derecho deja claro que la propiedad en ningún caso deberá ser una facultad absoluta ni ilimitada. Sin embargo, que el estado pretenda arrogarse este arbitrio del individuo desvirtúa los incentivos para éste. De ahí que la idea de un código social-privado pase a ser una pura incongruencia, si no una flagrante contradicción en los términos.

Asimismo, se constitucionalizaron directamente muchas áreas del derecho civil, lo cual malogró el orden de pandectas.<sup>B</sup> Cabe destacar que los llamados derechos fundamentales de segunda y de tercera generación —del constitucionalismo abstracto del siglo XX— no son adecuados ni idóneos, en cualquier caso, para dar una solución salomónica a las controversias que se suscitan entre los particulares. En cada

---

<sup>A</sup> *The Wealth of Nations* lib. 4 (1776).

<sup>B</sup> Los infractores más flagrantes de la constitucionalización del derecho civil son los países más grandes de Iberoamérica: Brasil y México. Cfr. Timm, Descodificação, constitucionalização e reprivatização o no direito privado: o código civil ainda é útil?, *Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* lib. 2 (2007); Marín, ¿Qué hacen los civilistas en México?, *Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* lib. 2 (2007).

## *refundido para el siglo XXI*

controversia, se oponen varios de estos derechos fundamentales.<sup>A</sup> Así, el profesor de la Universidad de Tilburg, Jan Smits (1967-), cuestiona cómo debería decidirse entre, por ejemplo, el derecho a la dignidad humana y el derecho a la libertad contractual.<sup>B</sup> Vaya por delante nuestra firme convicción de que las controversias entre los particulares deberán resolverse estrictamente en el ámbito del derecho privado, con atención a cada caso particular y concreto. La doctrina alemana de la *mittelbare Drittwirkung des Grundrechts*, a pesar de declarar que los efectos de los derechos fundamentales en el derecho privado son indirectos y de segundo orden, desvirtúa el ordenamiento jurídico privado.<sup>C</sup> Asimismo, cabe destacar que el hacer valer derechos fundamentales de segunda y de tercera generación conlleva costos ciertos,<sup>D</sup> y esta inversión

---

<sup>A</sup> Cfr. la obra sugerente de Pedro Salazar Ugarte (1971-) y Rodrigo Guitiérrez Rivas (1972-) que explora esta antítesis, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación: tensiones, relaciones e implicaciones* (2008).

<sup>B</sup> *Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View on Constitutionalisation of Private Law* pág. 17 (2006).

<sup>C</sup> Cfr. Hans Carl Nipperdey (1895-1968), *Grundrechte und Privatrecht* (1961). No es un ejemplo que debemos imitar los iberoamericanos.

<sup>D</sup> Cfr. el claro y breve libro del professor de la Universidad de Nueva York, Stephen Holmes (1948-), *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes* (1998).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

social en todo caso deberá ser una decisión política. Por ello, la doctrina actual esclarece que los derechos sociales —donde están consignados en la carta constitucional— no constituyen derechos justiciables; son meramente principios programáticos —es decir, que sólo pueden obligar al estado en la medida en que tenga recursos para cumplirlos— y no generan acción para reclamar su acatamiento. No toda aspiración humana, por noble que sea, deberá transformarse en un asunto justiciable.<sup>A</sup>



Pero persistamos en el análisis del derecho romano al que nos hemos abocado. Acabamos de hallar la justificación del porqué el ordenamiento jurídico privado impone límites al pleno dominio, pero sin sustraerlo del arbitrio del propietario. Ahora desvelaremos otra característica inherente a la

---

<sup>A</sup> Este razonamiento es aplicable por igual a los derechos humanos, como bien señala Fernando Atria Lemaitre (1967-) en *Ubi ius, ibi remedium?* La relevancia jurídica de los derechos humanos, *Revista de Estudios de la Justicia* lib. 3 págs. 35-47 (2003). Cfr. Eric Posner, *Human Welfare, not Human Rights*, *Columbia Law Review* lib. 108 pág. 1758 (2008).

### *refundido para el siglo XXJ*

propiedad. Al deslindar la acepción precisa de este concepto jurídico, sale a luz un inconfundible nudo gordiano. Puede verificarse en su interior un conjunto de derechos anudados entre sí. No existen por separado; actúan unidos y en conjunto.

¿Por qué el ordenamiento jurídico privado se resiste numantamente a desanudar este conjunto de facultades, atribuciones, usos y posibilidades al interior de la propiedad? Los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos comprendieron que la propiedad se instituyó entre los hombres por la conveniencia enorme que representa para la vida. El dominio deslinda un espacio en el cual el titular es el amo y señor, en donde puede disponer a su arbitrio de los recursos, sin ningún tipo de interferencia de otras personas. De esta manera, el derecho privado descentraliza la gestión de los recursos a la vez que multiplica los dominios de los hombres y, por lo tanto, crea un orden social heterárquico.

Hemos visto que la protección de la posesión cumple una función supletoria por la que el ordenamiento jurídico privado protege a ambos —al propietario y al poseedor—. Sin embargo, la propiedad lleva a cabo una función propia a ésta que no corresponde a la posesión. La propiedad materializa, mediante la enajenación voluntaria de los recursos, los beneficios del intercambio. Conviene recordar que el Estagirita sostiene que los bienes tienen un valor de uso y también un valor de intercambio. Cuando analiza la

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

utilidad inestimable que tiene para nosotros el intercambio voluntario, desbroza la paradoja de que los hombres tienden a trocarse las cosas precisamente porque no son iguales sus bienes o aptitudes, y desean algo distinto de lo que ya tienen. Sin embargo, para llevar a cabo con justicia conmutativa la trocatina entre cosas desiguales, tienen que encontrar al menos una proporción recíproca.<sup>A</sup> El Estagirita desvela que podremos presumir, si no la igualdad al menos una equivalencia, «κατ' ἀναλογία μὴ κατ' ἰσότητα», siempre y cuando concurren las voluntades de ambas partes.<sup>B</sup> Pero la enajenación voluntaria requiere más que un poseedor; requiere de un propietario. Si el derecho entraña todo un sistema de incentivos y de comunicación, el ordenamiento jurídico privado abre, al definir lo que se transfiere, de par en par las puertas a la posibilidad del intercambio voluntario.

El derecho privado opera como un sistema de comunicación por medio del principio de *numerus clausus*. Así como el número contado de palabras en el diccionario facilita la comunicación, el número contado de los tipos de propiedad en el derecho de bienes

---

<sup>A</sup> La justicia distributiva tiene una proporción geométrica; la justicia correctiva tiene una proporción aritmética. Y la justicia conmutativa, una proporción recíproca.

<sup>B</sup> Ἡθικῶν Νομομαθειῶν lib. 5. Schumpeter sopesa que el Estagirita impartía «*pompous common sense*», *A History of economic analysis* pág. 57 (1954).

## *refundido para el siglo XXJ*

agiliza la comunicación entre las partes. Precisamente el haz típico de los derechos de propiedad permite a las partes comprender al instante y con precisión jurídica lo que se está dando y lo que se está recibiendo sin amplias y minuciosas explicaciones, porque hay *numerus clausus* de dominios en el derecho romano, que terminarán unificándose con la Constitución Antoniniana.<sup>A</sup> Así, toda la población comprende —al vuelo y sin problemas— qué derechos encierran los tipos de dominio *nam uel in bonis uel ex iure Quiritium*. También, por el mismo principio en la *common law*, toda la población logra comprender a las mil maravillas qué derechos encierra el tipo de dominio *fee simple* o de *chattels* luego de la marcha a la propiedad alodial de este sistema feudal europeo.

El ordenamiento jurídico privado no enumera los derechos que cada tipo de dominio encierra porque la propiedad abarca, en sí, una extensión de la voluntad humana; más bien los sujeta, dentro de ciertos límites, al arbitrio del propietario. Podemos clasificarlos, a grandes rasgos, en los derechos de uso, de aprovechamiento de los frutos, y de disposición sobre los bienes. En su sentido jurídico más preciso, la

---

<sup>A</sup> Ludwig Mitteis (1859-1921) pone en duda esta unidad a fines del siglo XIX, al revalorar el derecho de procedencia helénica en la parte oriental del imperio. Cfr. *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs* Leipzig (1891).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

propiedad encierra en sí un haz de dichos derechos porque los unos dependen necesariamente de los otros. Para usar, aprovechar o disponer de un bien rival en lo económico, el propietario tiene que estar facultado para excluir a sus congéneres de interferencias con su uso, aprovechamiento o disposición. La propiedad típica encierra un haz de estos derechos anudados entre sí.

El derecho privado no opera sólo con un número contado de dominios, sino también hay *numerus clausus* de desmembraciones de los derechos reales.<sup>A</sup> Cabe precisar que son contadas —además de limitadas temporalmente—, las desmembraciones de la propiedad. Más allá de los derechos reales de garantía que veremos en adelante, *iura in re aliena* se reducen a la servidumbre, el usufructo, y el uso.<sup>B</sup>

---

<sup>A</sup> El derecho romano no permite otra desmembración de los derechos de la propiedad, aparte de este número contado de tipos, y sólo de la forma prescrita para cada tipo. Ben Depoorter (1974-) y Francesco Parisi (1962-), en *Fragmentation of Property Rights: A Functional Interpretation of the Law of Servitudes*, *Global Jurist Frontiers lib.* 3 (2003), propugnan que el derecho civil y la *common law* se están alejando de una solución *ex ante* de las desmembraciones típicas; sostienen que ambos sistemas se están aproximando a una solución *ex post* de la doctrina de <circunstancias cambiadas>.

<sup>B</sup> La habitación, como un tipo de desmembración de los derechos de uso, se constituye sobre la vivienda. La superficie

## *refundido para el siglo XXJ*

Con la servidumbre, parte de los derechos de exclusión negativos quedan desanudados del bien inmueble ajeno; más bien se anudan al fundo del vecino, quien está facultado a excluir al propietario de que impida que pase o conduzca agua por el terreno, tal y como precisa el padre Molina, «*est habitudo, pasiuane obligatio, in re aliena, respondens iuri in eadem re ad aliquid circa illam faciendum, aut impediendum salua illius substantia*». <sup>A</sup> Por una servidumbre nadie puede arrogarse un derecho de hacer positivo, que sería más bien un derecho personal apoyado en el derecho de obligaciones. Así, Sexto Pomponio (115-190) puntualiza que «*Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, uelut uiridia tollat aut amoeniorem prospectum præstet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat*». <sup>B</sup> Tampoco una servidumbre forma parte, como precisa Julio Paulo Prudentissimus (165-235), del patrimonio de ninguna persona o está fuera de éste, «*quia id neque ex bonis neque extra bona sit*»; <sup>C</sup> más bien, la servidumbre corre con el fundo dominante a la cual se anudan los derechos de

---

y ἡ ἐμφύτευσις son tipos intermedios entre la propiedad y el arrendamiento; cfr. Grossi, *Locatio ad longum tempus: locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune* (1963).

<sup>A</sup> *De iustitia et iure trat. 2 disp. 11.*

<sup>B</sup> *ff. De contrabenda emptione et de pactis inter emptorem. l. XV.*

<sup>C</sup> *ff. De usu et de usu fructu et reditu et habitatione. l. I.*

## *Un libro de derecho del siglo XVI,*

propiedad, y es ajena al fundo sirviente de la cual se desanuda. Como desmembración de los derechos reales en detrimento del fundo sirviente, por último, debemos hacer hincapié en que una servidumbre debe ser, en todo caso, útil al fundo dominante, al cual pasan los derechos reales de exclusión.

Aparte de la servidumbre sobre los bienes inmuebles, el derecho romano reconoce al usufructo sobre los bienes muebles e inmuebles, como desmembración de los derechos de uso y de aprovechamiento de los frutos, tal y como precisa el padre Molina, «*est ius utendi et fruendi aliena re salva illius substantia*»;<sup>A</sup> y un tipo limitado de éste, el uso, que se distingue del usufructo en que no abarca los derechos de percibimiento de los frutos, «*scilicet [minus] iuris in usu est quam in usufructu*».<sup>B</sup> Lo que no admite el derecho romano es la desmembración a la inversa, de los derechos de aprovechamiento de los frutos sin los derechos de uso. Para percibir los frutos de un dominio, el titular debe tener la facultad de usar el dominio, tal cual desenmaraña Ulpiano, «*nam fructui et usus inest, usui fructus deest: et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest*».<sup>C</sup> Por el usufructo —como desmembración en favor de otra persona, del

---

<sup>A</sup> *De iustitia et iure trat. 2 disp. 7.*

<sup>B</sup> *Inst. De rebus incorporalibus l. II.*

<sup>C</sup> *ff. De usu et habitatione l. XIV.*

## *refundido para el siglo XXJ*

usufructuario, de los derechos reales de uso y de aprovechamiento de los frutos—, cabe señalar que la propiedad queda prácticamente desnuda de atribuciones. El propietario solamente retiene los derechos reales de disposición —está facultado a enajenar o hipotecar la nuda propiedad, siempre que no afecte al usufructuario—, más los derechos de aprovechar los frutos no percibidos por el usufructuario y de supervisar la cosa usufructuada. Por consiguiente, el derecho romano limita el usufructo a la vida del usufructuario y a bienes no fungibles, e impide al usufructuario alterar el destino económico de la cosa. De esta manera, el derecho romano se resiste a desanudar el conjunto de facultades, atribuciones, usos y posibilidades al interior de la propiedad.

El orden de pandectas es, además de un sistema de comunicación, un sistema de incentivos, que coadyuva a la gestión descentralizada de los recursos. Como hemos visto, el ordenamiento jurídico privado procura, al señalar que cierta cosa es propia de cierta persona, el incentivo para que aquella persona lleve a cabo una gestión eficaz de aquella cosa. El conjunto de derechos anudados entre sí, que encierra el nudo gordiano de la propiedad, incluye —poderosamente, en su arsenal de posibilidades— los derechos del titular de excluir a otras personas del dominio. El propietario percibe los incentivos de gestar eficazmente el recurso *quem in bonis habere* porque está facultado para impedir

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

la interferencia ajena con el uso, aprovechamiento de frutos o disposición de cada cosa. A raíz de esta exclusividad que le depara la posibilidad de poder ponerle precio, el propietario tiene el incentivo, en todo caso, para cuidar y mantener el recurso y llevar a cabo una gestión diligente de la cosa.<sup>A</sup>

Con el usufructo se presenta un problema de incentivos que no está presente en la propiedad, pues el propietario cuida lo propio. Al no ser propio del usufructuario el disponer del bien, por lo tanto, el derecho romano exige el pago de la caución usufructuaria en garantía de que el usufructuario usará y disfrutará de la cosa y la restituirá al propietario con la diligencia de un hombre recto, «*et usurum se boni uiri arbitrata et, cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde exstabit*».<sup>B</sup> En el uso, que es un tipo más limitado de desmembración de los derechos en cosa ajena, aflora el mismo problema de incentivos,

---

<sup>A</sup> El ordenamiento jurídico privado descentraliza la toma de decisiones sobre la asignación de los recursos, en tanto que la propiedad permite al titular internalizar los costes y beneficios que supone el uso, aprovechamiento de frutos o disposición de cada cosa, en cuanto le pone precio; porque le confiere la facultad de excluir a todos, si no cuentan con su autorización, para usar, aprovechar y disponer de la cosa; siempre y cuando los beneficios de internalizar —introducir en los precios— estas externalidades sean mayores que los costes.

<sup>B</sup> ff. *Usufructuarius quemadmodum caveat l. I.*

## *refundido para el siglo XXJ*

por lo que el derecho romano también exige, de parte del usuario, la caución usuaria.

En las comunas, los comuneros tampoco tienen el mismo estímulo. El análisis económico del derecho subraya el alcance del significado de la tragedia de las comunas, que vimos que constituye un tópico elemental del derecho romano. La palabra <tragedia> tiene aquí el sentido de lo inevitable, que procede del teatro griego. Las comunas pertenecen a los denominados juegos sin solución institucional y pueden verse como una generalización a muchos jugadores de un dilema del prisionero, donde la estrategia dominante de cada jugador es no cooperar —en este caso, múltiples comuneros, sin coordinación alguna entre uno y otro, dejan de velar por el mantenimiento del recurso—, por lo cual un recurso de libre disposición —en la comuna— está condenado a la sobreexplotación y su desaparición e inclusive, los que explotan el recurso acabarán en la ruina.

Cabe destacar que el ordenamiento jurídico privado también debe ocuparse de reagrupar el conjunto de derechos bajo un solo dominio, para evitar el inconveniente que resultaría de la fragmentación de la propiedad entre múltiples titulares, llamada por la doctrina reciente del análisis económico del derecho la tragedia de las anticomunas.<sup>A</sup> En las anticomunas, la

---

<sup>A</sup> Michael Heller (1962-), *The Tragedy of the Anti-Commons, Property in the Transition from Marx to*

*Un libro de derecho del siglo XVIII,*

propiedad está mal definida y los derechos de exclusión de un dominio pertenecen a demasiados titulares, por lo cual el recurso se condena a la infraexplotación. Las anticomunas pertenecen también a los denominados juegos sin solución institucional y pueden de igual manera verse como una generalización a muchos jugadores de un dilema del prisionero, donde la estrategia dominante de cada jugador es no cooperar —en este caso, múltiples titulares incrementan desmesuradamente el precio de acceder al recurso sin coordinación alguna entre uno y otro—.

El derecho romano conserva, por medio la usucapión, el nudo propietario como un haz de derechos reales anudados entre sí, para el cual existe un único titular que se ocupa de gestar diligentemente los bienes. La usucapión sella el fin al divorcio entre la posesión y la propiedad; es decir, con el paso del tiempo, transforma al poseedor en propietario. De esta misma manera, la usucapión da incentivos al poseedor —que adquiere la expectativa de convertirse, con el transcurso del tiempo, en propietario— de gestar diligentemente los bienes que posee; lo que se suma a la tutela que otorga el sistema jurídico a la posesión por los interdictos posesorios, para permitirle al poseedor el uso de la posesión; además de permitirle el

---

Markets, *Harvard Law Review* lib. III pág. 621 (1998); The Boundaries of Private Property, *The Yale Law Journal* lib. 108 pág. 1163 (1999).

## *refundido para el siglo XXJ*

aprovechamiento, en cuanto que el derecho romano le hace propietario de inmediato de los frutos de lo que posee de buena fe, sin la necesidad de usucapirlos con el transcurso del tiempo.

Los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos vislumbraron varias justificaciones plausibles para la usucapición. En este punto, Vázquez de Menchaca no concuerda exactamente con el teólogo de Soto, quien afirmó que —más que castigar al dueño por su negligencia, «*culpabilis domini negligentia*»— el transcurso de un determinado tiempo convierte, efectivamente, en propiedad el interés del poseedor de buena fe. Así, de Soto explica que el derecho privado devuelve la certeza a los límites de los dominios, «*scilicet certa sint dominia*», evita la difuminación de los errores por un largo tiempo, «*et error longui temporis tollatur*», y hace pacífica la posesión de los bienes, «*et tranquilla sit rerum possessio*».<sup>A</sup> Al hilo de estas consideraciones, Vázquez de Menchaca subraya en su magistral tratado, de manera primordial, que el derecho privado garantiza que todos los bienes tengan un titular que los pueda gestar eficazmente. De esta manera, diríamos —para actualizar los términos— que la usucapición da solución al

---

<sup>A</sup> *De iustitia et iure lib. 4 tit. 5*. El propio Gayo (120-178) plantea el inconveniente de que la división de los bienes permanezca sumida en un estado de incertidumbre y desconcierto. *Institutionum commentarii quattuor lib. 2*.

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

cúmulo de inconvenientes que supone la tragedia de las comunas.<sup>A</sup>

Este autor humanista del siglo XVI considera que podemos desvelar nada menos que la clave de los orígenes oscuros de prácticamente todo dominio humano en la usucapión del derecho romano y la prescripción adquisitiva del *ius commune*. En un sugerente giro de imagen, llega al extremo de blandir el argumento jocosero de que, aun si alguien pudiera presentar a bombo y platillo alguna cláusula ignota del testamento del mismísimo Adán —primogénito de la humanidad—, nada adelantaría en lo jurídico, por la imposibilidad de que se corrobore la autenticidad de una escritura de antigüedad tan lejana. Al menos en este punto, la posición de Vázquez de Menchaca no podría estar más distante de la de Epstein, quien no teme perderse en la noche de los tiempos. Mediante una interpretación de la torcida teoría de Locke de la apropiación privada legítima mediante el trabajo, Epstein continúa así una larga tradición de extravío racionalista de los filósofos del derecho, al sugerir que la propiedad es una cadena extendida cuyo primer eslabón lo constituye la primera ocupación.<sup>B</sup> Por la

---

<sup>A</sup> *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium lib. 2 tit. 51.*

<sup>B</sup> *Possession as the Root of Title, Georgia Law Review lib. 13 pág. 1221 (1979);* cfr. la ineficacia palmaria de la primera ocupación como manera de asignar los derechos de propiedad, 306

## *refundido para el siglo XXJ*

dificultad jurídica irresoluble de presentar una sucesión de títulos que demuestre la transmisión de ésta —sin interrupciones— ante el prodigioso espectáculo del devenir, el ordenamiento jurídico privado utiliza la usucapión, tal y como tenemos señalado, para convertir a la posesión en propiedad.<sup>A</sup>

Ante las múltiples transformaciones que experimentan los bienes en el tiempo —una retahíla de cambios, muertes y desaparecidos—, el derecho privado establece mecanismos jurídicos complementarios para evitar que, mediante complejas mutaciones o combinaciones de las cosas o las personas, el dominio se sustraiga de un único titular. A este respecto, cabe destacar que el derecho romano procura evitar en lo posible la copropiedad: la accesión, la especificación, la conmixción o la confusión, y la sucesión, todas evitan la

---

en David Haddock (1956-), *First Possession versus Optimal Timing: Limiting the Dissipation of Economic Value*, *Washington University Law Quarterly* lib. 64 pág. 775 (1986).

<sup>A</sup> Hay quien dice que representa una afrenta a la propiedad privada, el lema de Emiliano Zapata (1879-1919) de «la tierra es de quien la trabaja». Sin la necesidad de una revolución social, la usucapión del derecho romano continuamente logra este propósito, por razón del corto período que fija para usucapir. Fue el *ius commune* que transmutó —durante el feudalismo— el requisito de la justa causa en el casi inaccesible requerimiento del justo título y que alargó los períodos para usucapir, restándole efectividad a la usucapión.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

merma del conjunto de derechos reales anudados entre sí bajo un único titular.

Con la accesión, cuando una cosa se une e incorpora a otra ajena, el derecho privado, en vez de establecer una copropiedad entre varios titulares, somete la cosa accesoria al dominio del titular de la cosa principal. Así, el titular hace suyo el incremento del área natural ribereña, la amalgama de los metales preciosos, el hilo que forma el tejido, el tinte de las telas de algodón, la tabla que contiene la pintura al óleo, las soldaduras en piezas de metal, la escritura en papel de pergamino<sup>A</sup> y las construcciones, siembras o plantaciones en el suelo.

Con la especificación, cuando alguien hace una cosa de nueva especie resultado de la aplicación de trabajo sobre un material ajeno, el ordenamiento jurídico privado, en vez de establecer una copropiedad entre varios titulares, somete la cosa de otra especie al dominio de quien la ha hecho, a no ser que pueda restituirse a su primitivo estado, «*si ea species ad materiam reduci possit*».<sup>B</sup> Así, el especificador hace suyo

---

<sup>A</sup> Aunque las letras estén escritas en tinta de oro, «*licet aureis litteris*», *Institutionum commentarii quattuor lib.* 2. En la época romana no se conocían los derechos intelectuales en cosa ajena. Durante los siglos XVI y XVII, despojar a los antiguos fue considerado como <imitación> y no como <plagio>. Cfr. Anatole France (1844-1924), *Apologie pour le plagiat, La Vie littéraire lib. 4, pág. 156* (1889).

<sup>B</sup> *Inst. De rerum divisione l. XXV.*

## *refundido para el siglo XXJ*

el vino elaborado con las uvas, el aceite prensado con las aceitunas y la harina procesada con las espigas; pero no la copa fundida en oro, ni la vestimenta confeccionada con la lana ni el barco cimbreado con las tablas.<sup>A</sup>

Con la conmixción o la confusión, cuando una cosa se mezcla con otra, sólo si la mezcla se produce por azar o por voluntad de los titulares, el derecho privado establece una copropiedad entre aquéllos;<sup>B</sup> si no, y en el caso de que no se puedan separar los componentes, somete la cosa indivisa a una partición del valor en la proporción que le corresponda a cada quien.<sup>C</sup>

Con la sucesión, basta recordar que el derecho romano evita la copropiedad cuando cualquier heredero puede solicitar la división de la herencia y la adjudicación del caudal hereditario. Con la eficacia de los mecanismos complementarios empleados, el ordenamiento jurídico privado hace frente a los inconvenientes que supone la tragedia de las anticomunas.<sup>D</sup>

La conclusión es avasalladora: en la medida en que hemos incorporado la propiedad privada a nuestras

---

<sup>A</sup> *ff. De acquirendo rerum dominio l. XVII.*

<sup>B</sup> *Inst. De rerum divisione l. XXVII.*

<sup>C</sup> *ff. De rei vindicatione l. V.*

<sup>D</sup> *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium lib. 2 tit. 51.*

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

vidas como segunda naturaleza, hemos aumentado nuestra capacidad para resolver los problemas acuciantes de la vida. La voluntad de vivir dando lo mejor se refleja en una pléyade de emprendedores en el sector privado, quienes acometen empresas en la medida en que el derecho de bienes delimita la esfera de lo que les es propio para gestar. Al descentralizar la estructura organizacional de la sociedad y lograr que en la economía quien posea información decida y quien tenga incentivos actúe, el derecho privado potencia las expresiones creativas más entrañables, inaprensibles e inefables del ser humano. Sin el derecho de bienes, no serían posibles todas las expresiones del alma que conforman el gran abanico creativo del ser humano, criatura que —según una antigua y larga tradición semítica— colabora con Dios en la creación del mundo.<sup>A</sup> Este animal, pariente cercano del mono con algunas vértebras fusionadas como vestigio del rabo,<sup>B</sup> al liberarse en alguna medida de las jerarquías inapelables como principio organizador de su

---

<sup>A</sup> Igualmente habría que destacar los derechos industriales en cosa ajena. Podría citarse, como ejemplo, un garaje en el que unos jóvenes desarrollaron un invento de dos mil años de antigüedad —Hiparco (190-120 A. de J.C.) construye el primer ordenador analógico en el año 140 antes de nuestra era—, de forma que se convierte en un objeto cotidiano a fines del siglo XX.

<sup>B</sup> Hoy todavía nacen algunos niños con unas vértebras demás, en recuerdo de aquel pasado.

## *refundido para el siglo XXJ*

sociedad, apacigua sus angustias y se siente útil porque actúa dentro de su propio dominio.

La idea de que la propiedad privada es la causa de todos los males de la sociedad está en la base de las utopías socialistas decimonónicas. Marx se equivocó en este punto. Este escrupuloso pensador alemán esperaba a pie firme que el florecimiento humano y el desarrollo de las fuerzas esenciales humanas se acelerarían bajo el comunismo. Marx olvidó por completo la refutación del Estagirita al comunismo del más dañino de los filósofos. Es una polémica que rige la historia: en el siglo IV antes de nuestra era, Platón había transmitido a la humanidad sus utopías abominables. Este último trató de configurar la sociedad según un esquema totalitario y colectivista.<sup>A</sup> Con la colaboración de Dion de Siracusa (408-354 A. de J.C.), quiso suprimir la familia y abolir la propiedad. En el siglo XVI, Castillo de Bobadilla, tan sabio y mesurado, se resiste a aceptar la tesis execrable de Platón. Entonces viene la cuestión fundamental para Castillo de Bobadilla, y así el Estagirita refuta al más dañino de los filósofos: «si los hombres no tuviessen propiedad, ni mío, ni tuyo» a la

---

<sup>A</sup> Platón no sólo elimina la propiedad y la familia en cuanto a los guardianes. Resulta claro —con un mínimo de reflexión y sensatez— que su esquema totalitario conduce a la más espantosa jerarquía sujeta a la voluntad omnímoda del filósofo-rey. Donde funciona esa asombrosa estructura vertical, la comunidad —en su totalidad— ya no necesitará de la propiedad ni de la familia.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

hora de realizar la gestión de los recursos comunes «cada uno se encargara, y lo dejara a los otros».<sup>A</sup>

En el siglo XX las ideas de Platón cundieron nuevamente. Pero la revolución triunfante de 1917, que calaría tan hondamente entre el grupo de intelectuales y artistas de Iberoamérica, eclipsó un hecho capital, como constató Lenin pocos años después: sin el derecho de bienes, la persona ni siquiera se esforzará en la consecución de su propio interés. Parecería increíble, si no fuera cierto. Al mismo tiempo, la abolición de la propiedad privada, luego del ascenso de los bolcheviques al poder, llevó al nuevo régimen a la necesidad de reintroducir las jerarquías inapelables como principio organizador de la sociedad. Es decir, el socialismo llegó a convertirse en un retorno al esquema feudal, el modelo anacrónico de la Edad Media, que carcomió por siglos el espíritu del ser humano hasta la reintroducción del derecho romano.

La dignidad del hombre se satisface por saberse dueño y señor de un dominio y del trabajo que le permita crear un patrimonio. El trabajo no es un castigo; no es algo negativo. La tarea del ser humano pasa a ser creadora con Dios. Y sólo el derecho privado es capaz de dar cuenta de sus estímulos como creador y cómplice de Dios.

---

<sup>A</sup> *Política para corregidores y señores de vasallos lib. I tit. I.*

## *refundido para el siglo XXJ*

Hasta aquí, hemos persistido en el análisis económico del orden de pandectas en lo que toca al derecho de bienes. Seguidamente pasaremos a abordarlo en lo que toca al derecho de obligaciones, en el cual los derechos no pasan con las cosas, sino que se adquieren con relación a las personas. Cabe destacar que el derecho romano distingue entre las acciones *in rem* y las acciones *in personam* con una claridad contundente e indudable, lo que el *ius commune* más tarde referirá como la diferencia entre los derechos *in rem* y los derechos *ad rem*. Los primeros pueden invocarse con respecto a una cosa; los segundos pueden acreditarse con respecto a una persona sobre una cosa.<sup>A</sup> Si las diversas modalidades y categorías de los derechos de propiedad en sí mismas son una extensión de la voluntad humana —la más genuina expresión de la propia personalidad— y preservan la libertad de emprender en el dominio propio de cada persona, más bien las obligaciones son, en alguna medida, la denegación de la voluntad humana, asumida voluntariamente a cambio de la posibilidad de contraer y llevar a la práctica promesas <creíbles> sobre comportamientos futuros entre las personas. Sin las promesas que resultasen <creíbles> entre las personas, cabe destacar que los mercados de intercambio tendrían que ser coordinados de manera sincrónica.

---

<sup>A</sup> Cfr. la precisión del padre Molina, *De iustitia et iure trat. 2 disp. 2.*

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

El derecho privado, así como los mercados, entrañan todo un sistema de incentivos y de comunicación. Hemos constatado que el principio de *numerus clausus* —de los tipos de propiedad y de los derechos en cosa ajena— baja los costes de comunicación entre las partes, porque cada uno sabe con precisión jurídica —y sin insistir excesivamente con las explicaciones— no sólo con quién tiene que tratar, así como lo que está dando y lo que está recibiendo. El derecho de obligaciones, principalmente, aligera el costo de la incertidumbre estratégica en la coordinación diacrónica de las actuales y futuras acciones. Así que, gracias al derecho de obligaciones, hay que puntualizar que la persona, no sólo se esforzará en la consecución de su propio interés, sino tendrá los incentivos e información para cuidar del interés ajeno.

En la jerga de la teoría de juegos, para que un compromiso sea efectivo, como estrategia calculada para el futuro, debe ser <creíble>; el aspecto más importante que contempla cada jugador es comprender el punto de vista del adversario, deducir cómo responderá probablemente en el futuro a nuestros actos. Si una estrategia es un plan de acción que delineamos para el juego, es innegable que los compromisos, cual estrategia que calculamos, serán <creíbles> para la otra parte solamente cuando mantenerlos, en el futuro, resulta en el interés propio, a no ser que por medio de algún artilugio logremos excluir, en la medida precisa, la posibilidad de

### *refundido para el siglo XXJ*

incumplir los compromisos que asumimos, lo cual constriñe en adelante la propia libertad. Así, el conquistador de México, Hernán Cortes (1485-1547), barrenó sus naves en la rada de Veracruz, «tuve manera como, so color que los dichos navíos no estaban para navegar, los eché a la costa», y evitó que sus soldados pudieran dar marcha atrás, pues «tenían voluntad de salir de la tierra... por verla tan grande; y de tanta gente, y tal, y ver los pocos españoles que éramos».<sup>A</sup>

Al comprometerse, la persona que se obliga contractualmente con otra toma una determinación cuyo efecto jurídico impide volver atrás porque otorga una acción *in personam* o un derecho *ad rem* al acreedor. La acción —o derecho personal— que ostenta el acreedor le ampara la posibilidad de castigar el incumplimiento futuro, bajo pena de obligar al deudor a afrontar una condena pecuniaria —el pago de los daños y perjuicios—. El derecho romano fija la condena, en la medida necesaria, para reubicar al

---

<sup>A</sup> *Segunda carta de relación* remitida el 30 de octubre de 1520 al emperador Carlos V (1500-1558). La historia es apócrifa; Frontino relata que Quinto Fabio Máximo (275-203 A. de J.C.), ante el temor de que sus tropas intentaran abortar la ofensiva, había ordenado que fueran quemadas sus naves, «*ne qua fiducia navium, ad quas refugium erat, minus constanter pugnaret exercitus, incendi eas, priusquam iniret proelium, iussit*», *Quemadmodum incitandus sit ad proelium exercitus*, en *Strategemata lib. I* (70).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

acreedor en aquella situación que hubiese estado si no hubiera habido el incumplimiento de la obligación por el deudor, *tantam pecuniam, quidquid Numerius Negidius Aulum Agerium dare facere oportet*.<sup>A</sup> Así, el análisis económico del derecho esclarece que el derecho romano potencia el incumplimiento eficiente de una obligación por parte del deudor, cuando éste incurriría en mayor coste que el acreedor, a la vez que hace que el deudor internalice este costo por la condena pecuniaria.<sup>B</sup>

La cuestión es que, una vez escogido un emprendimiento en donde deben coordinarse las acciones futuras de varias personas, es necesario *alle Brücken hinter sich abbrechen* para comprometerse a llevar a cabo los mejores esfuerzos en el emprendimiento seleccionado. Por ello, el ordenamiento jurídico privado pone en manos de los particulares la fijación de obligaciones en su propio ámbito.

Acá nuevamente deberá señalarse la distorsión que causó el liberalismo decimonónico en la esencia misma del orden de pandectas, al no sólo entronizar a la propiedad, sino también a la libertad contractual y a la

---

<sup>A</sup> Cfr. las fórmulas con cláusulas arbitrales en Otto Lenel (1849-1935), *Das edictum perpetuum* (1883).

<sup>B</sup> Richard Craswell (1954-), Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach, *Southern California Law Review* lib. 61 págs. 629-70 (1988).

## *refundido para el siglo XXJ*

responsabilidad subjetiva, como valores absolutos del ordenamiento jurídico.<sup>A</sup> Es para nosotros la confusión lamentable de ver en el consentimiento o en la culpa, así como en la formulación kantiana de la autonomía de la persona, la explicación principal del derecho de obligaciones. Por ello, a los pensadores de hoy, en todo caso, les parece indebido e incorrecto incumplir los pactos. Estos juristas velan por el cumplimiento de las promesas, en toda circunstancia, como medio de hacer responsables a las personas.<sup>B</sup> No se dejan disuadir; enarbolan como inexorable verdad una postura cercana a la posición de los canonistas de antaño, quienes se preocupaban, en todo momento, por la salvación del alma desafortunada del promitente.

La heteronomía no es una mala palabra.<sup>C</sup> No hay que mirar —en el sentido negativo que le da el filósofo ilustrado de Königsberg— a la gracia divina, que es heteronomía para san Agustín, o a la tradición, que es heteronomía para el parlamentario inglés Burke. Tampoco, en todo caso, puede el derecho de obligaciones construirse sólo desde el consentimiento y la culpa. La razón del hombre de carne y hueso tiene límites ineludibles que no deberían ser ignorados;

---

<sup>A</sup> Cfr. *Le code civil des Français arts. 544, 1134, 1382 (1804)*.

<sup>B</sup> Cfr. el pensamiento absorto y lineal de Ernest Weinrib (1943-) en *The idea of private law (1995)*.

<sup>C</sup> Es una buena palabra.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

*liberum arbitrium* depende tanto de la lucha de heteronomías que reconoce Plotino (205-270) como de lo que una persona pueda sacar de sí misma. Por ello, la adecuación del derecho privado a los requerimientos de las nuevas coordenadas sociales y culturales del siglo XXI exige la recuperación de la esfera de heteronomía de las obligaciones cuasi contractuales y cuasi delictuales del derecho romano. Las obligaciones relacionales y la responsabilidad objetiva no hieren ni ponen en peligro a la autonomía de la persona, hecha posible por el ejercicio de la razón humana, sino que la fortalecen y la consolidan, ofreciéndole la posibilidad de trascenderse a sí misma. Sólo mediante el análisis económico del derecho podemos recuperar una visión instrumental del derecho privado, donde el problema acuciante que deberá solucionar el derecho de bienes y el derecho de obligaciones es, más bien, buscar soluciones a la relación entre la autonomía y la heteronomía en el terreno de la praxis jurídica.

La diferencia que se debe subrayar entre una ley y un contrato es que la ley es general, por lo que se aplica a todos, y por tanto deberá ser inquebrantable para ser eficaz, en tanto que un contrato se aplica sólo a quienes lo suscribieron y podrá incumplirse, siempre con el pago de los daños y perjuicios. El derecho ubica en manos de las personas particulares el poder no sólo de legislar, sino de crear las obligaciones privadas, y de esta manera descentraliza las acciones encaminadas en

## *refundido para el siglo XXJ*

el emprendimiento humano. En este marco, hay que recordar el principio de *omnis condemnatio pecuniaria* del derecho romano que, tal y como hemos indicado, posibilita —en todo momento con el pago de los daños y perjuicios— el incumplimiento eficiente de las obligaciones por parte del deudor cuando las circunstancias cambian.<sup>A</sup>

Ahora, es un primer requerimiento en cualquier ordenamiento jurídico privado, ¿cómo distinguir entre aquellas promesas con fuerza jurídica obligatoria, que esperamos ver cumplidas a cabalidad, y aquellas promesas —de tantas— que lanzamos todos los días, sin crear una expectativa de que vamos a cumplirlas o de que el estipulante tendrá los mecanismos para hacerlas cumplir? El derecho romano distingue a las promesas que son vinculantes —que tengan alcance y obligatoriedad jurídica—, mediante las solemnidades verbales o por medio de los contratos típicos. *Per contra*, están desprovistas de obligatoriedad jurídica las promesas que configuran las llamadas <obligaciones naturales>, cuya fuerza es moral.

Los contratos típicos son aquéllos que tienen nombre, y por ello nos referimos a ellos como contratos nominados; son conocidos por toda la población por su

---

<sup>A</sup> *Gaii Institutionum commentarii quattuor lib. 4 núm. 48*. Por este principio, cabe destacar que al orden de pandectas no le hace falta la desafortunada doctrina *rebus sic stantibus* del derecho canónico.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

nombre. Si el derecho privado, así como los mercados, entrañan todo un sistema de incentivos y de comunicación, el principio de *numerus clausus* de los tipos de contratos nominados en el derecho de obligaciones agiliza la comunicación entre las partes. Así, toda la población logra comprender, al instante y sin problemas, por el solo nombre del contrato, qué obligaciones están contrayendo, sin la necesidad de entrar en largas y exhaustivas explicaciones. En la *common law* que no tiene los contratos típicos, éstos suelen ser muchísimo más largos y enrevesados. En el derecho romano podemos nombrar *numerus clausus* de contratos típicos: los cuatro contratos consensuales —la compraventa, el arrendamiento de cosas, de servicios o de obra, el mandato, y la sociedad— y los cuatro contratos reales —el mutuo, el comodato, el depósito, y la pignoración—. Cualquier pacto que no encaje en uno de los contratos nominados —o como veremos que no cumpla con las solemnidades del contrato verbal— de ninguna manera genera la acción para convenir en juicio, que le confiere el carácter de obligatoriedad a la promesa en el derecho romano, lo cual se resume en la socorrida fórmula de Ulpiano, «*nuda pactio obligationem non parit*»,<sup>A</sup> que deja a la promesa como una mera obligación natural y fuera del ordenamiento jurídico.

---

<sup>A</sup> *ff. De pactis l.VII.*

## *refundido para el siglo XXJ*

Los contratos verbales dependen del cumplimiento de las solemnidades; de manera primordial, la estipulación —el contrato verbal por excelencia—, pero también la fianza y la donación, que tomaban la forma de estipulaciones. En el derecho romano, la estipulación era la madre de todos los contratos. Sin embargo, el esquema contractual actual del derecho civil romano-canónico y de la *common law* no deriva de la estipulación, más bien desciende en línea directa de los contratos consensuales. Por ello, la doctrina de la <causa> o razón del contrato en el derecho civil romano-canónico, y su equivalente, la <consideration> en la *common law*, sirven para distinguir aquellas promesas obligatorias de las que no se deriva vinculatoriedad jurídica. Baldo precisa, «*sine causa æquitas non dictat actionem nasci*». <sup>A</sup> En el *ius commune*, el contenido de la *causa* pasa a ser ora la justicia conmutativa —la equivalencia— ora la justicia distributiva —la liberalidad<sup>B</sup>— conforme a la tradición peripatética de la filosofía griega.

---

<sup>A</sup> *Decretalium volumen commentaria* (1507).

<sup>B</sup> El padre Molina explica que a título de mera liberalidad se concede o promete, «*ex mero liberalitate aliquid conceditur, aut promittitur*», algo a otro. *De iustitia et iure trat. 5 disp. 259*.

## *Un libro de derecho del siglo XV<sup>o</sup>*



Hay una historia detrás de este desarrollo en las obligaciones contractuales. Durante la vigencia del *ius commune*, el derecho canónico puso de cabeza a todo el sistema contractual romano. Mediante la regla antípoda de *pacta sunt seruanda* todas las promesas se volvían obligatorias para evitar un eventual pecado de perjurio en el juramento que acompaña a todo pacto en el derecho canónico,<sup>A</sup> lo que malogró el orden de pandectas. El padre Molina estima que, como coincidían en señalar diversos canonistas, si el pacto nudo otorgaba acción, con mayor razón el mismo pacto confirmado bajo juramento produciría acción, «*ergo longe maiori cum ratione ex eodem pacto nudo iuramento confirmato dabitur actio eodem iure canonico*».<sup>B</sup>

Si ese extremo resulta absurdo, igualmente necia parece haber sido la regla incongruente a ésta de *rebus sic stantibus* del derecho canónico, por la cual, ante cualquier cambio de circunstancias, ninguna promesa

---

<sup>A</sup> Cfr. san Raimundo de Peñafort (1180-1275), *Decretales Gregorii IX*, lib. 1, tit. 35, cap. 1.

<sup>B</sup> *De iustitia et iure trat. 5 disp. 254.*

## *refundido para el siglo XXJ*

pasaba a ser obligatoria.<sup>A</sup> ¡Hasta qué extremos podía llegar la moralina del derecho canónico! El padre Molina intenta limitar esta doctrina a aquellos cambios de circunstancias donde el contratante claramente no hubiera elegido obligarse, «*mentem suam non esse, in eo euentu se obligare*». <sup>B</sup> Por ello no excusa al contratante incauto o inexperto, «*quoniam ea quae non satis penetravit, et quae in particulari non erat expertus*».

En el derecho romano, para dar una expectativa de obligatoriedad jurídica a la observancia de la promesa del contrato verbal, el estipulante y el promitente debían cumplir con las solemnidades establecidas para la estipulación, que consistían en la tradicional secuencia pregunta-respuesta, «*uerbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, uelut dari spondes? spondeo, dabis? dabo, promittis? promitto, fidepromittis? fidepromitto, fideiubes? fideiubeo, facies? faciam*». <sup>C</sup> La respuesta debía seguir inmediatamente a la pregunta. El padre Molina aclara que la estipulación hasta podía celebrarse entre

---

<sup>A</sup> Cfr. Johannes Teutonicus (1180-1252), *glosa Furens, ad Decretum Gratiani, can. Ne Quis*. La expresión quiere decir que un acuerdo contractual es vinculante si *rebus sic stantibus*, si se mantienen las circunstancias actuales, o más literalmente, mientras sean así las cosas. Es una cínica coartada para eludir las obligaciones contraídas: si las circunstancias cambian, los pactos ya no están para ser cumplidos!

<sup>B</sup> *De iustitia et iure trat. 5 disp. 272*.

<sup>C</sup> *Institutionum commentarii quattuor lib. 3*.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

contratantes que hablaban distintos idiomas, siempre que las partes se entendiesen, aun a través de un intérprete, «*inter hominis diuersarum linguarum, etiam si interrogatio fiat in uno idiomate, et promissio in alio, ualidam esse, modo tamen se inuicem intelligant, saltem per interpretem*». <sup>A</sup>

Ante todo, la estipulación en el derecho romano era una forma de contratación verbal flexible, que se adaptaba a los distintos requerimientos de las partes contractuales. Vaya por delante que en el derecho actual romano-canónico no hemos sabido inventar los registros apropiados que puedan conducir a las partes contratantes a validar los contratos atípicos. La práctica notarial moderna de quienes redactan los documentos, con base en determinadas fórmulas —a diferencia de los *tabelliones* de la antigüedad—, muchas veces no está dispuesta a fracturar los moldes establecidos por los contratos típicos. Además, cabe destacar que la estipulación en el derecho romano, donde las partes debían esclarecer con sus propias palabras aquellas obligaciones que asumían, evitaba los inconvenientes inherentes a las cláusulas predefinidas de los contratos de adhesión o de los formularios preimpresos en letras diminutas que endilgan al derecho actual. <sup>B</sup>

---

<sup>A</sup> *De iustitia et iure trat. 5 disp. 254.*

<sup>B</sup> La estipulación del derecho romano es la forma de contratación que desaparece, pero no se sabe cuándo. Este

324

## *refundido para el siglo XXJ*

En una entrevista apócrifa en la que hablan un grupo de empresarios franceses con el ministro de finanzas *sous le règne du Roi-Soleil (1638-1715)*, Jean-Baptiste Colbert (1619-1683) les pregunta directamente en qué puede ayudarles el estado. Los comerciantes responden: «*Monseigneur, laissez-nous faire*». Es imprescindible exigir la pulcritud en el respeto a los mecanismos que permiten funcionar libremente a los mercados de intercambio, pero sin el dogmatismo de la ideología liberal decomonónica. El derecho público debe reducirse lo más posible y aligerar al máximo la carga fiscal del estado, para que sea el sector privado un ente dinámico, movido por el interés propio de los particulares, quienes todo lo ordenen al mejor beneficio de la sociedad. El orden de pandectas debe salvaguardar los mínimos principios de seguridad jurídica sobre la propiedad privada en el derecho de bienes y sobre la libertad contractual en el derecho de obligaciones.<sup>A</sup> Pero, si bien un margen propio de

---

desarrollo se da en algún punto indefinido entre el derecho bizantino y el siglo XIX, cuando los registros sustituyen a las ceremonias en dar publicidad a los derechos y a las obligaciones.

<sup>A</sup>Los gobiernos iberoamericanos que privatizaron sus economías en la década de los años noventa se olvidaron de que sus sistemas jurídicos habían sido socializados, descodificados y constitucionalizados durante gran parte del siglo XX. Es inexcusable para Iberoamérica, hoy en día, no sólo que se instaure un auténtico estado de derecho, sino

## *Un libro de derecho del siglo XXV,*

autonomía es una condición necesaria e indispensable para la libre concurrencia en la economía de mercado, no es una condición suficiente. La providencial «invisible hand» de Smith,<sup>A</sup> modernizada por la escuela de Chicago, requiere de un entorno de heteronomía, —eso sí— no desde el exterior del derecho privado, con la construcción de la economía por medio del estado o del derecho regulatorio.<sup>B</sup>

Ya es hora de que algún jurista se atreva a decirlo. La propiedad no es absoluta en el derecho de bienes. Asimismo, el orden de pandectas debe plasmar más que la libertad contractual en el derecho de obligaciones. Si bien el cumplimiento irrestricto de los contratos en el sector privado es útil para lograr el buen desempeño de la economía, no es suficiente. El análisis económico del derecho saca a la luz que, a fuerza, las obligaciones contractuales están incompletamente estipuladas.<sup>C</sup> No es nada que pueda sorprender a

---

también que se regrese el orden de pandectas a su sitio como eje dinamizador del sector privado.

<sup>A</sup> *The Wealth of Nations* lib. 4.

<sup>B</sup> El magistrado Posner se equivoca —y seriamente— al argumentar por una política regulatoria más activa en *A Failure of Capitalism* (2009). No cae en cuenta de que debe más bien mejorarse el derecho privado en el siglo XXI.

<sup>C</sup> Ian Ayres (1959-), Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, *Yale Law Journal* lib. 99 pág. 87 (1989).

## *refundido para el siglo XXJ*

nadie. Las partes contratantes no pueden anticipar todos los retrueques y giros de la realidad cambiante del mundo, por lo que resulta difícil, cuando no imposible, incluir en un contrato cláusulas que garanticen resolver *ex ante* todas las contingencias que pudieran presentarse.<sup>A</sup> Ni es deseable que lo hagan, pues es oneroso negociar y redactar los términos de un contrato.

Ahora, cabe aclarar que el derecho de obligaciones subsana en alguna medida el vacío de los contratos incompletos. En el derecho civil, las obligaciones contractuales están sujetas a las formas típicas, por lo que el análisis económico de la contratación civil cambia radicalmente frente al que se perfila desde el enfoque de la *common law*. En un contrato nominado, no son las partes las que especifican todo el contenido de las obligaciones que contraen. Mucho del contenido lo fija la forma típica a la que deberá encajarse el contrato nominado en todo caso. Por el nombre del contrato, toda la población comprende a las mil maravillas las obligaciones que las partes contraen. La sociedad tiene siglos y siglos de experiencia jurídica con cada forma típica. Todo lo que puede pasar en el mundo, seguramente, ya ha pasado, y la doctrina jurídica define —con base en la jurisprudencia y la costumbre, que se han ido acumulando y consagrando— cuáles son las obligaciones de cada una de las partes en un contrato

---

<sup>A</sup> No sabemos cómo será el futuro.

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

nominado. Además, existe un ahorro significativo de recursos —está por demás decirlo— cuando las negociaciones para cada contrato no se hacen de la nada, sino más bien se acomodan a la naturaleza de un contrato nominado. Así, en el derecho civil, las partes pueden acoplarse a uno de varios contratos típicos que tienen nombre.<sup>A</sup>

En los contratos consensuales, que se perfeccionan con el simple consenso entre las partes, las partes deberán estipular al menos algunos términos del contrato. Papiniano (150-212) dice que el precio es la esencia de la compra, «*emtionis substantia constitit ex pretio*».<sup>B</sup> Sin embargo, por tratarse de un contrato nominado, la

---

<sup>A</sup> La compraventa es el cambio de una cosa por un precio. El arrendamiento es la colocación, por una merced, de una cosa, un trabajo o un material con alguien, para que lo lleve consigo temporalmente y lo use o le ejecute cierta obra. El mandato es el acometimiento de hacer algo por otra persona. La sociedad es la aportación de bienes, dinero o trabajo en común por aquellos que realizan un emprendimiento. El mutuo es la dación de dinero o cosas fungibles a quien devolverá otro tanto de la misma especie. El comodato es la entrega de una cosa no fungible para que alguien la use temporalmente. El depósito es la entrega de una cosa mueble para que alguien la guarde temporalmente. La pignoración es la adscripción a otra persona de una desmembración de los derechos de propiedad sobre una cosa en garantía de una obligación.

<sup>B</sup> *ff. De contrabenda emptione et de pactis inter emptorem. l. LXXII.*

## *refundido para el siglo XXJ*

doctrina jurídica también define las obligaciones de las partes. En una compraventa, se entiende que el vendedor responde en caso de evicción o vicios ocultos de la cosa, sin que sea necesario que las partes lo estipulen.

En los contratos reales, que se perfeccionan con la simple entrega del objeto, el contenido de las obligaciones está dado hasta en mayor grado por la naturaleza de un contrato nominado al cual se acople el ánimo de las partes. Así, la mera entrega de la cosa con el ánimo de concertar un comodato, genera obligaciones respecto de la custodia del comodatario sin la necesidad de un cúmulo de estipulaciones pormenorizadas; pero si se entrega el objeto con el ánimo de concretar un depósito, el depositario sólo responderá por dolo, «*nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur*».<sup>A</sup>

Con todo, subsiste el problema de los contratos incompletos en el derecho de obligaciones. Vaya por delante que la estipulación de las obligaciones contractuales ha de ser por fuerza incompleta. Por ello, el ordenamiento jurídico privado deberá complementarlas con las obligaciones cuasi contractuales o relacionales —como reducto de heteronomía en el derecho de obligaciones—

---

<sup>A</sup> *ff. Commodati uel contra l. V.*

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

La *common law* es un sistema de derecho privado que, hasta hace poco, podríamos decir, era primitivo en algunos aspectos claves; recién en el siglo XIX se modernizó. El derecho civil romano-canónico y la *common law* cultivan relativamente el mismo respeto por la libertad contractual. Donde la tradición de la *common law* supera posiblemente hoy en día a la del derecho civil romano-canónico es en aquella maraña de cuasi contratos llamados *fiduciary duties* que este sistema reconoce por la *equity*.

La divergencia entre los regímenes jurídicos cuasi contractuales de la *common law* y de la tradición iniciada en el derecho romano está acentuada en el derecho comercial. El derecho civil alemán ha suplido esta carencia de un régimen de cuasi contratos mediante la extensión del concepto de la buena fe.<sup>A</sup> Como los contratos son incompletos —por fuerza—, en muchas situaciones resulta imposible estipular las obligaciones de las partes y el derecho privado deberá recurrir, ya al principio de la buena fe, ya al reconocimiento de las obligaciones relacionales, en forma *ex post* para crear los incentivos *ex ante* que faciliten la coordinación diacrónica del emprendimiento humano.

El *ius honorarium* del derecho romano también hizo un uso extensivo de *bonae fidei iudicia*, pero hay que aclarar que para los juristas romanos la buena fe nunca operó

---

<sup>A</sup> Cfr. Wieacker, *Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242* (1956).

### *refundido para el siglo XXJ*

en contra de la libertad contractual. Donde las obligaciones están claramente estipuladas, la buena fe significa el cumplimiento estricto de lo estipulado, «*nihil magis bonæ fidei congruit quam id præstari, quod inter contrahentes actum est*»<sup>A</sup>. Sólo cuando las obligaciones son incapaces de estipularse plenamente, la buena fe viene a significar la ausencia del dolo. Así, en el derecho romano, la buena fe está presente en los cuatro contratos consensuales y en el contrato real de depósito, que solían estar incompletamente estipulados. Por esta misma razón, se infiere una obligación implícita de *bene agere* en todos los cuasi contratos. Por la excepción de dolo entra en toda relación procesal. Además, puede la misma estipularse libremente.

Durante la vigencia del *ius commune*, el derecho canónico desnaturalizó el concepto de la buena fe al aplicarlo a todos los contratos —como lo advierte Baldo, «*ego puto quod de æquitate canonica omnes contractus mundi sit bonæ fidei*»<sup>B</sup>—, y no sólo a aquellas obligaciones que fueren incompletamente estipuladas, lo que malogró el orden de pandectas. De hecho, el padre Molina esclarece que la buena fe adquiere mayor relevancia en aquellas circunstancias que no estuviesen contempladas por los contratantes, «*ita in contractibus iudicimus neutrius contrahentium mentem fuisse*».

---

<sup>A</sup> *ff. De actionibus empti venditi l. XI.*

<sup>B</sup> *In Decretalium uolumen commentaria (1592).*

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

En el derecho romano, como hemos demostrado, el ordenamiento jurídico privado evita como principio —dentro de lo posible— toda situación de copropiedad. Pero es conveniente recordar que, cuando es inevitable confrontarla, el derecho romano convierte a la relación de copropiedad en un cuasi contrato. Y entre el cuasi contrato de copropiedad y el contrato de sociedad hay tan sólo un paso. Igualmente, la doctrina actual debería reconocer un cuasi contrato de copropiedad entre los accionistas mayoritarios y el resto de los accionistas minoritarios, de la misma manera que por la *equity* se reconocen los *fiduciary duties* entre ellos.<sup>^</sup> Asimismo, entre el cuasi contrato de gestión de negocios y el contrato de mandato hay tan sólo un paso. Y otro paso, donde haya un error que enmendar, entre una compraventa y el cuasi contrato de reconocimiento de adeudo por pago de lo indebido. O con el cuasi contrato de gestión de negocios, mientras en el derecho romano con el consentimiento el riesgo ya pasó al comprador y no se entregue la cosa vendida y transfiera su propiedad.

Las categorías cuasi contractuales romanas pueden llenar las lagunas que hay en los contratos incompletos en el derecho civil y comercial, como lo hacen en el sistema de la *common law*. La categorización justiniana

---

<sup>^</sup> Cooter, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, *New York University Law Review* lib. 66 págs. 1045-1075 (1991).

## *refundido para el siglo XXJ*

de cuasi contratos está desfavorecida por la doctrina actual por tratarse de figuras disímiles. Sin embargo, la visión instrumental del análisis económico del derecho —que aprecia la esfera de heteronomía en el derecho privado— es capaz de encontrar el hilo unificador de estas obligaciones relacionales.

No sobra notar que algunas otras instituciones del derecho privado —civil y comercial— coadyuvan en apoyo de la intermediación comercial y financiera, básicas para la concurrencia en el mercado.<sup>A</sup> La pignoración del derecho de bienes alinea los incentivos entre deudores y acreedores, y la fianza del derecho de obligaciones alinea la información entre fiadores y acreedores.<sup>B</sup> Cabe subrayar que la responsabilidad limitada del derecho comercial, que se remonta al peculio de los esclavos en Roma, hace posible la

---

<sup>A</sup> Los economistas tecnócratas que (mal) gobiernan los países iberoamericanos coinciden en la necesidad de atraer a la inversión directa extranjera. Sin embargo, se olvidan que la actividad de intermediación financiera al interior de un país, —que se efectúa por el derecho privado—, es el requisito indispensable para impulsar el crecimiento económico, en tanto son los emprendedores locales que conocen el medio, sobre todo las pequeñas y medianas empresas de la región, capaces de tomar riesgos y de identificar y explotar las oportunidades del mercado.

<sup>B</sup> Sobre la fianza cfr. Avery Wiener Katz (1956-), *An economic analysis of the guaranty contract*, *University of Chicago Law Review* lib. 66 pág. 47 (1999).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

separación entre la gestión y la inversión en una economía moderna y competitiva. Para el mejor desenvolvimiento del mercado, las normas en materia de divulgación y revelación de información del derecho comercial y financiero que, una vez más, se remontan a las acciones edilicias contra los tratantes de esclavos en Roma, deberán concurrir cuando hay la persistencia de asimetrías, las cuales se generan cuando los activos —es decir, mercadería e instrumentos financieros— consignan datos o tienen elementos que inducen a error o confusión o que no pueden observarse, «*est magnopere observandum, ne semper ex eo*», como precisa el padre Molina.<sup>A</sup> Además, debemos precisar que la representación directa como figura jurídica del derecho civil y comercial igualmente tiene sus orígenes en la esclavitud romana. El padre Molina recuerda que el esclavo —y el hijo de familia, siempre que esté sujeto a la patria potestad, «*interim dum sub patria est potestate*»— actuaban por cuenta y a nombre del amo, quien podía exigir el cumplimiento de la obligación como si él mismo la hubiera estipulado o aceptado, «*potest id exigere sibi, ac si ipse esset stipulatus et acceptasset*».<sup>B</sup> Creemos que se debe hacer una matización sobre otra figura: se suele equiparar el

---

<sup>A</sup> *De iustitia et iure trat. 5 disp. 353*. Véase la pionera y desafiante obra de Henry Manne (1928-), *Insider Trading and the Stock Market* (1966).

<sup>B</sup> *De iustitia et iure trat. 5 disp. 264*.

## *refundido para el siglo XXJ*

fideicomiso del derecho comercial con el *trust* de la *equity*, cuando en realidad es la donación bajo modo del derecho romano que aporta la misma flexibilidad que aquella figura de la *common law*.<sup>A</sup> El padre Molina aclara que mientras era revocable la donación, «*interim uero dum reuocari potest*», por esta institución está permitido establecerse una condición o gravamen de cualquier naturaleza lícita en favor del donante o de terceros, «*apponi ei potest conditio, uel aliud gravamen, tam in fauorem ipsiusmet donantis, quam in fauorem tertii*».<sup>B</sup>

Por último, hay que analizar la función exacta que cumple la responsabilidad extracontractual en una economía.<sup>C</sup> Además del principio de *numerus clausus* en cuanto a los tipos contractuales y cuasi contractuales, hay un número contado de tipos de delitos y de cuasi delitos en el derecho de obligaciones. Epstein se encuentra en la incómoda tesitura de no poder encontrar una explicación económica convincente de la

---

<sup>A</sup> Sorprende que Reinhard Zimmermann (1950-), un destacado romanista, pase por alto la conexión inequívoca y clara entre estas instituciones. Cfr. *Roman Law, Contemporary Law, European Law, The Civilian Tradition Today* págs. 163-66 (2001).

<sup>B</sup> *De iustitia et iure trat. 5 disp. 265*.

<sup>C</sup> El liberalismo decimonónico, encasillado en el dogma de la autonomía de la persona, acentuó la confusión que considera a la culpa como el criterio por excelencia de imputación de la responsabilidad extracontractual.

*Un libro de derecho del siglo XVIII,*

responsabilidad subjetiva, dado que la determinación de la culpa acarrea fuertes costos en la administración de justicia.<sup>A</sup> Hoy en día, al pensar en términos de costos de información y de incentivos —en vez de costos de transacción— a partir de los presupuestos del teorema de Myerson-Satterthwaite, los iuseconomistas podemos arrojar luz sobre la cuestión. El tribunal que dictamina la culpa convierte en pública la información privada que tienen los particulares sobre el costo comparativo de tomar ciertas precauciones que eviten un daño. Por citar un claro ejemplo del derecho romano, resulta menos costoso para quien poda las ramas de un árbol, en aquel momento, lanzar un grito para prevenir a los transeúntes abajo, que esperar que todos constantemente caminemos mirando hacia arriba para asegurarnos de que no nos caiga una pesada rama encima de la cabeza.<sup>B</sup> Los iuseconomistas podemos explicar qué es la responsabilidad objetiva de una manera igualmente sencilla. La declaración de la responsabilidad por riesgo o sin culpa hace pública la información privada de que una actividad por sí comporta un riesgo excesivamente elevado para todos. Por citar otro ejemplo ilustrativo del derecho romano, el arrojar algo por la ventana de una ínsula es

---

<sup>A</sup> Cfr. *Torts* pg. 85 (1999).

<sup>B</sup> ff. *Ad legem Aquilianam* l. XXXI.

## *refundido para el siglo XXJ*

enormemente peligroso, sin importar mucho cuántas precauciones tomemos.<sup>A</sup>

Pareciera distante, pero podemos vincular las grandes carencias que han lastrado el crecimiento económico durante las últimas décadas en Iberoamérica con la deficiencia del ordenamiento jurídico. Cabe destacar que es absolutamente indispensable revalorizar el orden de pandectas para que el sector privado se convierta en el motor de la economía interna en la región. En consecuencia, la implementación de políticas liberales requiere, para su éxito, un orden jurídico en el que el derecho privado —con sus esferas tanto de autonomía como de heteronomía— desempeñe un papel de primer orden, y no de segunda fila. Por mucho que nuestros gobiernos logren estructurar mejoras en la administración de justicia, o que atravesemos por una etapa de modernización del aparato administrativo del estado,<sup>B</sup> seguiremos con un

---

<sup>A</sup> *ff. De his, qui effuderint vel deiecerint*. La publicidad acerca del riesgo que comportan determinadas actividades no debe confundirse con el principio de la socialización del riesgo, tal y como lo entiende el solidarismo.

<sup>B</sup> Cabe anotar que el derecho regulatorio, que los iberoamericanos estamos injertando con infula modernizante en nuestros sistemas jurídicos, en una intentona de gran ingenuidad, es en realidad una aberración sin precedentes de la historia económica del país del norte. Cfr. Friedman y Anna Jacobson Schwartz (1915-), *A Monetary History of the United States, 1867-1960* (1963).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

importante rezago en nuestro sistema jurídico, en tanto no se revalorice al derecho privado.

En los albores del siglo XXI, con el apoyo de la metodología económica, recién ahora los juristas estamos llegando a comprender cómo el derecho privado opera para potenciar el crecimiento económico. Como un sistema de incentivos y un sistema de comunicación, el derecho privado hace posible decisivamente que, dentro de la economía, sean las personas que poseen información las que tomen decisiones, y las personas que tienen incentivos las que emprendan acciones.<sup>A</sup> El discurso tradicional de la economía conjuga casi todos los verbos de la liberalización económica: desburocratizar el estado, desregular los mercados, descentralizar el poder y transparentar el uso de recursos públicos. Sin embargo, para privatizar y liberalizar nuestras economías, es necesario actualizar el orden de pandectas, además de afianzar el estado de derecho.



---

<sup>A</sup>No debe perderse de perspectiva que el desarrollo de cualquier país resulta principalmente del dinamismo del sector privado.

## *refundido para el siglo XXJ*

### *Epílogo*

Resulta asombroso que la doctrina jurídica haya llegado al siglo XXI sin un modelo que explique la legitimidad puramente positiva de los jueces para crear el derecho. Una considerable porción de *l'ordre juridique* es creación del derecho judicial, tanto en el ámbito del derecho privado como en el del derecho público. No en vano nos empeñamos en afirmar que buena parte del derecho romano, así como del derecho indiano, fue de carácter consuetudinario. Esta afirmación es incontrovertible, a pesar del esfuerzo codificador iniciado en el siglo XIX, aun cuando los jueces traten de disimular su protagonismo decisivo en la creación del derecho, cobijándose bajo las alargadas sombras y los intersticios o lagunas que dejan las cláusulas constitucionales o los códigos. Tal aserto es innegable, a pesar de que Montesquieu haya dicho que los jueces son «*la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*».<sup>A</sup> ¿Cómo, entonces, no contamos con un esquema explicativo que legitime el derecho judicial, al constatarse fehacientemente que la jurisprudencia es omnipresente en la historia jurídica, y que se perpetúa como fuente del derecho en la tradición jurídica, tanto de la *common law* como del derecho civil romano-

---

<sup>A</sup> *De l'esprit des lois*, lib. II (1748).

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

canónico? Semejante pobreza de pensamiento es un problema grave, acuciante y complejo para la doctrina jurídica actual.

La explicación que legitima el poder de la mayoría para la creación de las leyes parecería ser un dogma antiguo e inapelable. Su más grande exponente, el escritor y filósofo ginebrino del siglo XVIII, Rousseau, sostuvo que «*la loi est l'expression de la volonté générale*».<sup>A</sup> Los juristas de hoy parecen preferir una nomenclatura más actual, como las <preferencias colectivas>. Sin embargo, hablar de una <voluntad popular> o de las <preferencias de la mayoría> es inexacto porque no existe tal cosa; al menos no desde 1950, cuando Arrow publicó su célebre teorema de la imposibilidad.<sup>B</sup> Este último hallazgo teórico desechó para siempre cualquier brizna de esperanza que se guardara en que la razón colectiva pudiera otorgar legitimidad normativa al orden jurídico.<sup>C</sup>

Lo que quedó es el análisis de tinte puramente positivo; lo que el prócer norteamericano, James Madison

---

<sup>A</sup> *Du Contrat Social*, lib. II (1762).

<sup>B</sup> A Difficulty in the Concept of Social Welfare, *Journal of Political Economy* lib. 58 pág. 328 (1950); *Social Choice and Individual Values* (1951).

<sup>C</sup> La arquitectura institucional del siglo XXI no podrá continuar si tiene como basamento institucional primario los ideales republicanos del siglo XIX.

*refundido para el siglo XXJ*

(1751-1836), ha llamado la «*superior force of an interested and overbearing majority*». <sup>A</sup> Parecería extraño y contradictorio que la legitimidad de la ley carezca de una justificación normativa. Las teorías positivistas aún dan la impresión de introducir de manera subrepticia —por la puerta trasera— teorías iusnaturalistas, como cuando explican la legitimidad del derecho por medio de una preeminente y superior *norma normarum* —una *Rule of Recognition* <sup>B</sup> o *Grundnorm* <sup>C</sup>—, para esquivar así la trampa sibilina del razonamiento circular.

El análisis económico del derecho positivo y la teoría política convergen en la obra *The Strategic Constitution*, de Cooter, quien emplea la metodología económica para analizar problemas estratégicos que están latentes en el diseño de las instituciones y de la constitución política. Sin embargo, este autor olvida del todo la dimensión constitucional de los derechos individuales y, en cambio, los trata como materia de políticas públicas. En respuesta, Eric Posner comenta sobre la teoría de elección pública de los derechos constitucionales: «*There are no such theories, not in Cooter's book and not elsewhere in the literature... It may be that public choice, and rational choice in general, have*

---

<sup>A</sup> *The Federalist no. 10.*

<sup>B</sup> Hart, *The Concept of Law* (1961).

<sup>C</sup> Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934).

## *Un libro de derecho del siglo XXV,*

*nothing distinctive to say about constitutional rights».*<sup>A</sup> La doctrina jurídica ha tenido que esperar, hasta comienzos del siglo XXI, para que salga a la luz un esquema explicativo que esboce la legitimidad puramente positiva de los jueces para crear el derecho.<sup>B</sup>

El sorprendente resultado al cual hemos arribado es que no sólo las mayorías —sino también los individuos— tienen facultades legislativas. Así, al igual que una mayoría clara en el parlamento, algunos individuos que soportan un agravio concreto dictan condiciones al resto de la sociedad, por medio de la creación de una norma jurídica. Un simplificado esquema explicativo de la teoría de juegos nos ha mostrado cómo lo anterior es posible gracias a la actividad jurisdiccional de los tribunales, de la cual los jueces forman parte. Los jueces que no son elegidos por el pueblo perfeccionan y consolidan la democracia electoral, al determinar cada caso concreto. No sólo los parlamentos, sino también los tribunales, están investidos de una indiscutible legitimidad democrática, como instituciones representativas y con capacidad de interlocución entre pueblo y gobierno.

---

<sup>A</sup> Véase *Strategies of Constitutional Scholarship, Law & Social Inquiry*, lib. 26, pág. 529 (2001).

<sup>B</sup> Cfr. los juegos de señalización del Che Guevara y de Santo Tomás Moro en Juan Javier del Granado (1965-), *El análisis económico del razonamiento jurídico, Ensayos selectos sobre Teoría de Juegos y Derecho Contemporáneo*. págs. 25-53 (2009).

## *refundido para el siglo XXJ*

En Iberoamérica, el debate ya no gira en torno a lo eficaz de la democracia, sino al imperativo de instituir la y consolidarla lo antes posible. Por ello, debe contemplarse con circunspección la teoría de elección pública,<sup>A</sup> y tomar siempre en cuenta que sus críticas, de alguna manera, no son «nada nuevo bajo el sol».<sup>B</sup> Superado el ciclo de predominio de los caudillos bárbaros aparecidos en el siglo XIX —tragicómicos por partes iguales—, en una etapa siguiente que todavía no se agota, de reconstrucción de la sociedad y la economía iberoamericana, el político boliviano Eliodoro Camacho (1831-1899) expuso: «Consideremos el cohecho electoral bajo su aspecto económico. A menos que los partidos persigan el propósito de llevar al poder una gran idea social, los gastos electorales en gran escala serán siempre mercantiles, y como tales, consumos anticipados que se reembolsan con más o menos creces según los

---

<sup>A</sup> El cabildero se especializa en facilitar la aprobación de medidas o proyectos de ley, tratando de influir en las decisiones de los legisladores; se adhiere a un principio eminentemente democrático en la perspectiva de que es él quien informa a los representantes políticos, con datos y cifras, de que ciertas medidas son orientadas hacia una mejora, según el criterio de Pareto o de Kaldor-Hicks, para que los políticos, que tienen que negociar un acuerdo social, dispongan de elementos de juicio suficientes.

<sup>B</sup> Así, se repite la vigencia del adagio bíblico, קְדוּלָּתָא, *cap. 1, ver. 9.* (250 A. de J.C.)

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

resultados del negocio. Mas, como el sufragio popular produce gobierno, pero no riqueza, resulta, pues, que el reembolso del capital y las utilidades apetecidas, han de salir forzosamente de combinaciones financieras o manipulaciones más o menos hábiles del gobierno sobre las rentas fiscales o hacienda nacional». <sup>A</sup> Sin embargo, en la época en que lo anterior fue escrito, el sufragio popular en Iberoamérica se encontraba restringido a unos pocos. Desde el logro del sufragio universal, el vizconde de Tocqueville observa que, para lograr su propósito, se tendría que comprar al mismo tiempo a demasiados individuos. <sup>B</sup>

Sin prestar atención a las críticas de la teoría de elección pública, el presente trabajo resalta la importancia de la instancia jurisdiccional diacrónica como medio para perfeccionar y consolidar la democracia sincrónica. <sup>C</sup>

---

<sup>A</sup> *Exposición que dirige a sus conciudadanos el jefe del partido liberal general Eliodoro Camacho, págs. 48-49 (1889).*

<sup>B</sup> *De la démocratie en Amérique, lib. 2 (1840).* Los políticos no son ingenuos ni puede embaucárseles; son conscientes de que deben competir e interactuar recíprocamente unos con otros, y se hallan sujetos a la misma restricción: necesariamente, tienen que dar compensaciones a la población, lo que constituye una restricción de costo-beneficio.

<sup>C</sup> Paul Rubin (1942-), *Why is the common law efficient? The Journal of Legal Studies, lib. 6 pág. 51 (1977)*; George Priest (1947-), *The common law process and the selection of efficient rules, The Journal of Legal Studies, lib. 6, pág. 65 (1977).*

## *refundido para el siglo XXJ*

Cabe destacar que, al criticar la «*simultaneity of decision*» del proceso electoral, como factor de la participación política legítima en una sociedad democrática, y que el proceso de elección democrático «*must involve all the community, not simply those who are directly concerned*», el profesor Stigler no toma en cuenta la función por el tiempo del sistema judicial a la que nos hemos referido, ni la de emitir medidas concretas en casos particulares.<sup>A</sup>

A pesar de que el gobierno político mayoritario debe resolver el problema originado por los costos de la búsqueda de información, considerado también por el profesor Stigler,<sup>B</sup> sospechamos que la gente clama por cualquier tipo de información concerniente a asuntos que ponen en peligro sus condiciones y probabilidades de supervivencia, o que opaquen otros intereses Pareto-potenciales. En otras palabras, cabe puntualizar que las personas no van a dejar de hacer valer sus derechos de exclusión. Por ello, hay que ejercer implacablemente la libertad de prensa y asegurar la transparencia en la esfera gubernamental. La prensa escrita es una conquista irrenunciable de nuestra civilización; es la voz libre de la opinión pública la que señala los derroteros de la sociedad. En los Reinos de Indias existía el equivalente de la libertad de

---

<sup>A</sup> *The Theory of Economic Regulation, Bell Journal of Economics and Management Science, lib. 2, pág. 3 (1971).*

<sup>B</sup> *The Economics of Information.*

## *Un libro de derecho del siglo XVII,*

prensa: era la libertad de correspondencia.<sup>A</sup> En una democracia contemporánea, por medio de la prensa, cualquier persona puede comunicarse con el soberano, que es el pueblo. En el derecho indiano, la comunicación epistolar con el soberano, que era el rey, estaba también garantizada.

Los autores de la segunda escolástica concibieron a la monarquía como una institución representativa. En una monarquía, el poder del pueblo se confía a la discreción de una sola persona. El rey es,

«un Atlante en quien descansa  
todo el peso de la ley.»<sup>B</sup>

El enorme dinamismo económico y social del pueblo no es solamente algo difícil de manejar desde el poder político, sino que el buen gobierno se construye en los dificultosos —y en ocasiones inaccesibles— terrenos del disenso. Así, ese pequeño <Atlante> que siente sobre sus hombros la pesada carga del mundo, se ve obligado a nombrar consejeros reales y a conformar un Consejo que ejerza las funciones judiciales y ejecutivas en los asuntos del reino. El sistema republicano moderno —que cree en la necesidad de la participación del pueblo en la toma de decisiones— hace patente su no delegación de la supremacía de la nación en una sola

---

<sup>A</sup> *Recopilacion de Leyes de los Reynos de las Indias, lib. 3, tit. 16 l. 4, 6-9, 16.*

<sup>B</sup> Calderón de la Barca, *El Médico de su honra* (1635).

### *refundido para el siglo XXJ*

persona. Sin embargo, aun este sistema confía sus funciones a las entidades del gobierno y a los tribunales, a fin de que mantengan una estricta vigilancia en lo relativo al procedimiento mediante el cual se ejecutan y hacen cumplir las disposiciones legislativas, o para que administren la justicia con independencia de los criterios políticos y partidistas del momento.

La naturaleza —como el conocimiento y la cooperación humanos— sufre revoluciones. Así, en el pasado la naturaleza destruyó especies íntegras para renovar sus formas. A lo largo de la historia de nuestro planeta, la vida ha estado sometida a periódicas extinciones masivas de especies animales y vegetales, y la destrucción fue parte del orden eterno de las cosas. Sin embargo, el ser humano es una innovación para la naturaleza. Es un animal cuya segunda naturaleza es la capacidad de mejorar y transformarse en forma continua. Al unir esfuerzos con sus congéneres, puede trabajar por lograr un mejor destino. En su apasionado *Ensayo de una filosofía jurídica* (1923), con las frases como si fueran de marfil tallado, el jurista chuquisaqueño, Ignacio Prudencio Bustillo (1895-1928), explica: «La curva de solidaridad se desarrolló en un plano que asciende incesantemente. En esto, como en muchas otras cosas, continuamos pareciéndonos a los animales. Algunas especies gregarias nos proporcionan ejemplos notables de organismos poderosamente unidos. Pero las

## *Un libro de derecho del siglo XVIII,*

sociedades animales no progresan porque son instintivas. Si en ellas brillara la inteligencia, sus progresos hubieran abarcado todas las formas imaginables, en cambio, nada se altera realmente en su organización. Las abejas no han modificado sus procesos para fabricar miel o para construir sus colmenas, desde las épocas en que los griegos las observaban... Es propio del hombre el imprimir a sus actos un impulso innovador».<sup>A</sup>

A diferencia de lo que ocurre en la naturaleza, el ser humano debería ser capaz de adoptar formas de organización para la mayor eficiencia de su quehacer, sin un rápido proceso catastrófico y sin destruir ni la humanidad ni su medio. Mientras se mantiene la paz social, la democracia admite, al menos, que la masa de hombres —*et non seulement le poids d'une élite*— experimente con nuevas formas de cooperación posibles y realizables por el orden de pandectas en el estado de derecho.

¿Cómo hace un régimen democrático liberal para permitir a sus ciudadanos la consecución de tan diversos e inconmensurables fines?, ¿cómo construimos la libertad en una sociedad cada vez más coercitiva, intrusa y dominante? En este libro,

---

<sup>A</sup> Pág. 123. Al revisar el intenso texto de Prudencio Bustillo, debemos recordar cuán esperanzados se mantuvieron los intelectuales de Iberoamérica —claro está— durante los primeros años de la revolución bolchevique.

## *refundido para el siglo XXJ*

aventuramos la tesis de que el orden de pandectas erige el armazón descentralizado del derecho de bienes, y que con el derecho de obligaciones y la intermediación financiera y comercial, genera el dinamismo del sector privado, indispensable para la creación de riqueza en nuestra economía. Este libro busca la recuperación de la esfera de heteronomía del orden de pandectas, que no hiere ni pone en peligro la autonomía de la persona, sino que la fortalece y la consolida, y que ofrece al sector privado la posibilidad de trascenderse a sí mismo.<sup>A</sup>

¿Cuándo hay descontento en el pueblo? Nuestra opinión es que la gente permanece satisfecha siempre que las condiciones de la vida no se deterioren. Paradójicamente, la historia refleja que las revoluciones estallan precisamente cuando se puede advertir una mejora material. En *l'Ancien régime et la révolution* (1856), de Tocqueville rememora, «en 1788

---

<sup>A</sup> En el largo devenir de los tiempos —con la visión dogmática del derecho canónico— y en los tiempos más modernos —con aquellas del liberalismo y solidarismo decimonónicos— se desvirtuó el orden de pandectas. Tal vez ahora, gracias al análisis económico del derecho, hemos comenzado a entender, en sus justos términos, por qué no todos los pactos deben cumplirse; por qué el concepto de buena fe sólo es aplicable a ciertas obligaciones; así como también por qué la propiedad y la libertad contractual no deben ser tomadas como un valor absoluto, sino sólo como un instrumento de probada utilidad, destinado a facilitar la vida del hombre de carne y hueso.

*Un libro de derecho del siglo XVIII,*

*Bordeaux était un centre commercial plus animé que Liverpool, et... récemment le progrès de commerce d'outre-mer a été plus rapide en France qu'en Angleterre».* ¿Cómo se puede rectificar esa discrepancia con la crónica histórica? Introducimos, pues, la noción, que invariablemente conservan los economistas, de que los beneficios constituyen costos de oportunidad. Cabe destacar que siempre que el conocimiento aumenta, de forma que existe mayor disponibilidad de mejoras que las que se están adoptando en la práctica, según el criterio de Kaldor-Hicks, o cuando no se estipula una compensación por rehusar llevar éstas a cabo, la gente pierde estos beneficios y se torna descontenta. De esta manera, el desarrollo promueve el descontento. Quizás, con los grandes avances en el *know-how* en el mundo desarrollado, hoy en día haya más cambios ejecutables y disponibles, según el criterio de Kaldor-Hicks, para los gobiernos de naciones en vías de desarrollo, que pueden ser puestos en marcha con mayor rapidez. Esta inmensa posibilidad de mejora es la causa de la permanente inestabilidad de dichas naciones.

Con el típico lenguaje de la teoría de juegos en sus albores, otro economista de la Universidad de Maryland, Buchanan, nos alertó del inconveniente que supone la revolución social: «*Nonconstitutional revolution invites counterrevolution in a zero- or negative-sum power*

*refundido para el siglo XXJ*

*sequence*». <sup>A</sup> El sistema político de gobierno mayoritario sometido al imperio de la ley constituye una manera de racionalizar la revolución. En los países en vías de desarrollo, lo que debe hacerse es reemplazar la revolución violenta por la revolución jurídica. La revolución es, por definición, una ampliación explosiva de la productividad. Pero al irrumpir y consolidarse, los resultados de la revolución deberán ser mediados por las formas de autoridad. Por ello, para el desarrollo económico de estos países, hay que implantar el estado de derecho; no al contrario, como denuncia el economista peruano Hernando de Soto (1941-), quien afirma que el sistema actual estatal «sin consulta ni control público» margina al sector privado. <sup>B</sup> Debemos huir, despavoridos, de la caldera de brujos en la cual nos remueven los políticos, y reconocer que la manera de concretar una legislación clara y eficiente, exenta de reglamentos y cargas burocráticas excesivas, se logra mediante la tutela de los jueces.

Se presenta ante nuestros ojos un sendero largo y sinuoso, henchido de dificultades, pero esperanzador. Este libro recupera el pensamiento humanista propio de los siglos XVI y XVII, dotado de una gran capacidad para crear y transmitir calidades vitales y

---

<sup>A</sup> *The limits of liberty: between anarchy and Leviathan* pág. 210 (1975).

<sup>B</sup> *El otro sendero*, cap. 6 (1987).

*Un libro de derecho del siglo XVII,*

percepciones sutiles. Durante el Siglo de Oro, los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos formaron un complejo y fascinante mosaico que comprendía formas de pensamiento que no guardaban relación entre sí, desde varias perspectivas, hasta cierto punto discrepantes y antagónicas, pues las verdades disímiles e inconciliables, a primera vista, de las más variadas modalidades de pensamiento, podían, en última instancia, llegar a ser armonizadas.

Nuestro libro actualiza el método y coloca, sin aparente resquemor, una modalidad de pensamiento junto a otra radicalmente opuesta. Preferimos ser más complejos y plurales que lo que predica la ensoñación monista de los siglos XVIII, XIX y XX. Situados voluntariamente en un eclecticismo sincrético propio de ese mestizaje tan enriquecedor de nuestra identidad cultural en Iberoamérica, buscamos el realismo dúctil y flexible del siglo XVI para el pensamiento jurídico del siglo XXI.



## *refundido para el siglo XXJ*

### **A**

análisis económico del  
derecho, 66, 168, 247  
análisis jurídico de la  
economía, 151  
agravio concreto, 40, 232-  
34, 238, 342

### **B**

barroco, 17-18, 64, 88-89,  
99-102, 112-13  
burro de Buridán, 72-73

### **C**

casuismo, 114-15  
comunismo de Marx, 11,  
32, 142, 165, 309  
comunismo de Platón, 159,  
310  
comunismo del juglar de  
Dios, 156  
compensación colateral en  
el derecho regulatorio,  
181-84, 190, 197-98,  
288  
conciencia, 24, 66-67, 75,  
102, 107  
concilio de Basilea, 163  
concilio de Trento, 163  
conjetura de Bentham, 79

constitucionalismo, 28-29,  
243-44, 292  
creación de riqueza, 8-9,  
129, 337, 348

### **Ch**

Chicago, 63-64, 150, 325  
Chuquisaca, 64, 119-20

### **D**

democracia, 12, 47-49, 131,  
177, 223-24, 238, 240-  
42, 271-72, 342-43  
derecho canónico, 128,  
248, 321-22, 330, 335  
derecho de bienes, 155-61,  
282-89, 294-309  
derecho de obligaciones,  
312-31, 334-35  
derecho de intermediación  
financiera y comercial,  
332-34  
derecho indiano, 261-72,  
344  
derecho natural, 15-16, 19-  
20, 221-22, 239, 251  
derecho romano, 14, 36,  
159, 194, 214, 247-48,  
284-335  
derecho subjetivo, 158,  
290-91

## *Un libro de derecho del siglo XVIII*

descubrimiento de  
América, 53, 117  
distribución de riqueza, 7-  
8, 72, 126

### **E**

economía neoclásica, 41,  
70-71, 75, 116-18, 144-  
48, 168  
elección racional, 66, 70,  
144  
Estados Unidos de  
América, 40, 62-63  
estatismo, 8, 46-49, 96  
estado de derecho, 14, 29,  
39, 56, 240, 242, 244-  
45, 250, 260, 270-72  
estado limitado, 161, 167  
externalidad, 141-42  
expropiación forzosa, 192,  
194-96, 198, 289-90

### **F**

federalismo, 51, 187, 270  
filosofía racionalista o  
racionalismo, 19, 22, 58,  
98, 108, 115, 166, 230  
función social, 289-91

### **G**

guerra justa, 77  
guerras de religión, 75, 99

### **H**

humanismo, 16, 24, 60-  
61, 75, 99-101

### **I**

Ilustración, 18-20, 92-97  
*iuris gentium primarii aut  
iuris naturæ secundarii*,  
16-18, 122  
imperativo categórico de  
Kant, 95, 167, 252

### **J**

jurisprudencia reiterada,  
214-19, 242

### **L**

legitimidad puramente  
positiva, 130-31, 133-35,  
137, 209-21, 239, 247,  
251-54, 338  
liberalismo decimonónico,  
123, 291, 316  
lucha de clases, 3, 13, 131,  
177, 247

### **M**

mayoría diacrónica, 201,  
206-07, 211, 216-19,  
224, 229, 235-40  
mayoría sincrónica, 237,  
241-42

*refundido para el siglo XXJ*

mejora según el concepto  
de Pareto, 179  
mejora según el criterio de  
Kaldor-Hicks, 180  
*mittelbare Drittwirkung des  
Grundrechts*, 292-93

**P**

paradoja de Condorcet,  
72, 176, 220  
positivismo jurídico, 88-  
91, 220, 239  
positivismo lógico, 41, 144  
preferencias, 71-74, 78,  
91, 124  
problema de tres cuerpos  
de Poincaré, 27

**R**

Razón, 18-21, 92-97, 231  
razón de estado, 78-80  
racionalidad limitada, 87,  
167, 253  
Reinos de Indias, 62-63,  
259-69, 343  
revolución científica, 19,  
58, 93-94, 142  
Revolución Francesa, 5,  
131, 256  
revolución ordinalista, 64,  
150, 168  
revolución industrial, 126,  
172, 271

Revolución Mexicana, 290  
Revolución Rusa, 311  
revolución social, 3-7, 122,  
208, 348  
ronda de Uruguay, 48

**S**

Siglo de Oro, 17, 64, 102  
síndéresis, 107

**T**

teorema de Coase, 139-43,  
146-47, 151, 155  
teorema de Myerson-  
Satterthwaite, 147, 151  
teorema de imposibilidad  
de Arrow, 78, 340  
teorema del jurado de  
Condorcet, 135  
teoría de elección pública,  
137, 143, 340-43  
teoría de juegos, 121-22,  
133, 143-52, 247  
teoría de señales, 131, 146  
teoría de las preferencias  
endógenas, 74  
teoría de diseño de  
mecanismos, 148

**V**

voluntad, 24, 67-70, 78,  
84-91



Acabose de imprimir la presente obra, *Economia iuris: Un libro de derecho del siglo XVI, refundido para el siglo XXI*, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el 9 de agosto de 2010 en Formación Gráfica S. A. de C. V., Matamorros 112, col. Raúl Romero, Ciudad Nezahualcóyotl, 57630, Estado de México. Se utilizó una versión moderna de letra tipo barroco de distribución libre creada por Jeffrey S. Lee, *FSL Ancient* de 12, 14 y 16 puntos. En esta edición se empleó papel cultura 70 x 90 de 50 kilos para los interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 500 ejemplares.



*Es un libro-joya: una hermosa y fructífera combinación de talentos y lecturas; de ahondamiento y responsabilidad; de tesón y decisión; de criterios y profesionalidad en luz y firmeza.*

*La búsqueda del espíritu de la ley marca fines y deseos de su implantación. Toda una combinación de pueblos, leyes, gobiernos, política, pensadores, sistemas, cubren su ámbito e inquietud. Tiene la capacidad de razonar pero está ganado por lo más claro y limpio del espíritu, con el que convive, siente y actúa.*

*ODÓN BETANZOS-PALACIOS, Director de la Academia Norteamericana de la Lengua Española*

ANIVERSARIO



Instituto de Investigaciones  
Lingüísticas de la UNED  
1940 - 2010