

Un libro de derecho del siglo XVI,

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 facienda sunt, prohibetque contraria*»^A y, por su parte, Vives sitúa aquella ley en el ser humano.^B 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 parigal, 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*

^A *De legibus lib. 1 tit. 6* (52 A. de J.C.)

^B *In leges Ciceronis præl.* (1532).

refundido para el siglo XXJ

singular estalla ὁξύμωρον, sin sentido, en el enfrentamiento del participio y el prefijo;^A acá representa el encuentro afortunado de dos contrarios: el acervo de los significados compartidos del lenguaje y la propia mente humana;^B la persona es «*natura rationalis individuae substantiae*»^C 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.^D Siempre será conveniente, cuando se

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

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

^C Anicio Manlio Severino Boecio (480-524), *Contra Eutychen et Nestorium* cap. 3 (510).

^D «*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 XVI

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*,^A 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*».^B 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^C— hay que reparar en lo

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

^B *Tractatus de Legibus et Legislatore* Deo lib. 1 tit. 5.

^C *De ciuitate Dei contra paganos* lib. 19 (427).

refundido para el siglo XXJ

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*». ^A 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^B— es un complicado proceso interior que, más tarde, el economista Robert Cooter (1954-) calificará de <Pareto self-improvement>. ^C

^A *Confessionum lib. 8 cap. 10* (400).

^B **⚔** es un término empleado en arquería, porque Dios no yerra el blanco.

^C 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 XXV,

Aunque en el ancho mundo se cuente con cierto margen de acción, debemos entender que la racionalidad del presente tiene un límite visible.^A 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.^B 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

^A 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).

^B «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,^A siempre serán positivos, y muchas veces prohibitivos.^B 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

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

^B 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.^A En las vísperas de la Revolución Francesa, el marqués de Condorcet (1743-1794) señaló la grave paradoja.^B 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-

^A 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, *Ἰστορίαι*, lib. 6 (150 A. DE C.) El Diabólico Florentino, por cierto gran lector de Polibio, parece no haber captado este mensaje esclarecedor.

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

refundido para el siglo XIX

1358)^A 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,^B y no del apego irracional a las riquezas de este mundo ni de la avaricia de almas enfermizas. Sugerimos que, una vez

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

^B 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*».^A 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.^B

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

^A 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).

^B 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.^A *Credere actionem uoluntatis est.* Unos y otros deberían meditar las palabras de san Pablo (7-67), «ἵνα πὶ γὰρ ἡ ἐλευθερία μου κρίνεται ὑπὸ ἄλλης συνειδήσεως».^B

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

^A 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.)

^B *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».^A

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

^A *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.^A 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,^B y por fray Bartolomé de las Casas (1474-1566), con la temeridad de quien desafía al orden,^C pues en la práctica la guerra siempre hace más daño que bien. Los doctores de la escolástica barroca se inscriben en un

^A Como señala Bello en *La Araucana* (1841).

^B *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).

^C *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 ánimos racionales?»

Un libro de derecho del siglo XVI,

esfuerzo por evitar toda manifestación de violencia, de modo principal la esclavitud de los naturales^A 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.^B

^A 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».

^B *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 racion di Stato* de Giovanni Botero (1544-1617)^A 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)^B, 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)^C sobre «la mayor felicidad para el mayor número de personas».

^A *Della Racion di Stato* (1589).

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

^C «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>?*»^A 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».^B 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.^C La cruz, como dice Cicerón, es el más cruel y terrible de los castigos,

^A *Mathematical Psychics* (1881), app. VI On the errors of the ἀγνομητοί.

^B *Política de Dios y gobierno de Cristo lib. 2 tit. 6.*

^C 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*».^A 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,^B 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 *Controuersiarum 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

^A *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.

^B 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 XVI

la cual, al decir de Juan Alfonso de Segovia (1386-1458), la verdad se prefiere a la ficción, «*ueritas præfertur fictioni*».^A El régimen jurídico propio del derecho público centraliza el orden social, operándolo sobre la base de normas inmutables e impertérritas, colocado en *ἡ ἐπαρχία* 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 ἐπεπαρχία* 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.



^A *Tractatus de Conciliorem et Ecclesie Auctoritate* pág. 224 (1439).