

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 γνώμων*, 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 desgarra y angustia cuando lo sentimos fluir. Lo pasado, pasado está y ya no cambia; el

refundido para el siglo XXI

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*».^A 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.^B

^A *Confessionum mearum libri lib. 9 cap. 13* (400).

^B 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,^A ni para actuar en defensa de sus intereses, ni para elegir representantes a cuyo derredor puedan aliarse.^B 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*».^C

^A Véase Derek Parfit (1942-), *Reasons and Persons* (1984).

^B Cabe destacar que la barrera del tiempo hace que los costes de transacción sean elevados, pero como veremos más adelante, no prohibitivos.

^C 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 Denkeperiment:* Rawls se imagina una asamblea trans-temporal que convocaría a representantes de diferentes épocas.^A Conviene precisar que la propuesta de Rawls no es más que una especulación filosófica disparatada;^B el desenfreno filosófico sin rienda es salir de los límites de racionalidad que nos confinan.^C Cabe destacar que

possession entre las formas generales de adquirir los derechos de propiedad.

^A *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).

^B *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.*

^C 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*»^A es el más antiguo que existe, anterior a la sociedad políticamente organizada.^B Con

últimos tiempos —y no una patraña con argumentos en muchos casos falaces o, peor, embusteros—.

^A El padre Suárez, *Tractatus de Legibus et Legislatore* Deo lib. 1, tit. 2.

^B William Landes (1939-) y Richard Posner, *Adjudication as a Private Good*, *The Journal of Legal Studies* lib. 8 pág. 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 XIX

todo, aún nos queda por descubrir cuál es τὸν ἀναλογισμός 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?^A Alexander Bickel (1924-1974), en su celebre estudio doctrinario del constitucionalismo del país del norte *The Least Dangerous Branch* (1962),^B afirma que son

todo, cuestionadora, del historiador lusitano, António Manuel Botelho Hespanha (1945-), *La gracia del derecho* (1993).

^A 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).

^B 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 XXV,

instituciones contrarias a la mayoría.^A 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).^B 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

^ASegún 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).

^B 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.^A 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.^B 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.^C

^A 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 المعلوم، حياء العلوم [٩٠٥].

^B The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars, *The Journal of Legal Studies* lib. 1 pág. 1, 4 (1972).

^C 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 XXV,

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 ó *δημος*. 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.[^] 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.

[^]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.^A 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).

^A 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*,^A 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*».^B 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

^A 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*.

^B El padre Suárez, *Tractatus de Legibus et Legislatore Deo lib. 1 tit. 2; Disputationes metaphysicae lib. 1 tit. 7 (1597)*.

refundido para el siglo XIX

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».^A 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*».^B 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

^A *Nóciones comparadas de derecho público político* cap. 8 (1903).

^B *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 conducir 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, «ἀνερρίφθω 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*».^A 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».^B 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*.^C La

^A *ff. De legibus senatusque consultis et longa consuetudine l. XXXVIII.*

^B *Gaceta Judicial de Bolivia lib. 455 pág. 834 (1884).*

^C Arthur Lehman Goodhart (1891-1978), Precedent in English and Continental Law, *The Law Quarterly Review* lib. 197 pág. 40, 42 (1932). Per contra, «*lc consuetudo autem est ius quoddam 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 XIX

autoridad conminada por una «serie de actos repetidos»^A es inferior a la ley; más bien conlleva el poder persuasivo de la doctrina,^B la «reverberación del derecho en comentarios».^C

«*Habet ergo sententia privati iudicis aliquam auctoritatem, et si sit senatus publici, aut Regii multo maiorem, augeturque per iteratas sententias conformes, non tamen habent legis auctoritatem, sed gravis Doctoris*»,^D 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

^A Luis Paz (1854-1928), *Derecho público constitucional* pág. 387 (1912).

^B 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).

^C Antonio de León Pinelo (1591-1660), *Tratado de confirmaciones reales Introducción* (1630).

^D *Tractatus de Legibus et Legislatore* Deo lib. 7 tit. 11.

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.^A 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»^B— 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

^A 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.

^B 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,

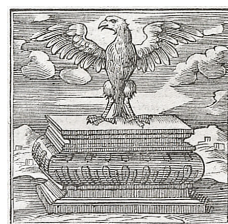
podría acarrear el exterminio de su descendencia, o al menos, un eficaz descaste de la población. *A confronto il diabolico fiorentino era un piccolo dilettante.* Sin embargo, una mayoría diacrónica es diferente. Una mayoría diacrónica se concita de personas que comparten un interés concreto Pareto-potencial, 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.^A

Para recapitular, por medio del razonamiento jurídico que opera por analogía, la conciencia de lucha de la

^A 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 XX,

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^A—. Tampoco se ha alcanzado hasta ahora una comprensión suficiente —ni siquiera

^A 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)^A 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^B para librarnos en el futuro de genocidios

^A Cfr. *Mi viaje a la Rusia soviética* (1921).

^B 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^A o a la normatividad jurídica no promulgada.^B 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?

^A «Los lexisladores humanos sólo tienen comisión de Dios, para haser Leyes obligatorias a los Subditos dictandoles 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).

^B 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 XIX

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^A— 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).^B

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

^A Sunstein, Problems with Rules, *California Law Review* lib. 83
pág. 953 (1995).

^B *La doctrina del pueblo* *pág.* 42 (1869).

Un libro de derecho del siglo XXV,

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;^A 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

^A *Fausto* (1807).

refundido para el siglo XXI

América por una lectura originalista de la norma constitucional, a partir de Raoul Berger (1901-2000),^A no tratan sino de guiar la actividad jurisdiccional de los tribunales por la mano muerta de quienes forjaron dicho documento;^B así, Berger sostiene que «*what the Constitution meant when it left the hands of the Founders it means today*».^C 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.^D Su

^A *Government by Judiciary* pág. 309 (1977).

^B Daniel Farber (1950-), *The Dead Hand of the Architect*, *Harvard Journal Law and Public Policy* lib. 19 págs. 245, 245-49 (1996).

^C *Federalism: The Founders' Design* págs. 18-19 (1987).

^D *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,

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.^A 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*».^B

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

^A 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).

^B *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.^A 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

^A 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 XIX,

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*».^A

El enfoque que utilizamos, en cambio, no supone un esfuerzo de indagar en un pasado oscuro y tenebroso,^B 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

^A *Democracy and Distrust* pág. 70 (1980).

^B 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*». ^A 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. ^B

Cabe hacer mención de que, principalmente por su exceso de racionalismo, Herbert Wechsler (1909-2000) explicó la metodología del razonamiento

^A *De Officiis* 4 (45 A. de J.C.)

^B 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^o

jurídico analógico en el devenir del tiempo mediante la no afortunada expresión *<neutral principles>*,^A 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,^B 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^C—, por lo que el jurista pierde de vista la

^A Toward Neutral Principles of Constitutional Law, *Harvard Law Review* lib. 73 pág. 1 (1959).

^B 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).

^C 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;^A 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.

^A 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 resultarian de juzgar atropelladamente».^A

^A *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 XIX

Así, Francisco Gutiérrez de Escóbar (1738-1823) continúa, «se procede por medio de Accion de parte según orden, y solemnidades de derecho».^A 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».^B 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.^C Como González Téllez relata, «*paulatim usu introductum fuisse, ut simplex tantum factum in libello narretur*». Llegó a

^A *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.

^B *Commentaria perpetua lib. 2 cap. 6*.

^C 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.^A 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».^B 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».^C

^A 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).

^B Discurso del Presidente de la Corte Suprema en la apertura del despacho de 1887, *Gaceta Judicial de Bolivia* número extraordinario pág. 4 (1887).

^C 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.^A 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*.^B Por lo que ambas doctrinas de legitimación

presente e inminente», Ernesto Daza Ondarza (1913-1977), *Doce temas de derecho constitucional* pág. 141 (1973).

^A 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.

^B 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,^A y el *standing* de la *common law*, establecen el requisito de un interés concreto para interponer un recurso ante los tribunales.^B 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.

^A 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).

^B 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 Philípica 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.^A En cambio, en el sistema de la *common law*, el demandante debe presentar las pruebas de su *standing* antes de darse curso al proceso.^B

El momento de la indagación será distinto, pero en ambos sistemas el principio resulta ser mayoritario.^C 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

^A Gutiérrez contra Coronado, *Gaceta Judicial de Bolivia* lib. 744 pág. 5 (1902).

^B Muskrat versus United States *United States Reports* lib. 219 pág. 346 (1911).

^C 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,

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.^A 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.^B

^A 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).

^B *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.^A 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 revalúa, se interpreta y reinterpreta, siempre de la mano de la generación viva de los hombres de carne y hueso.

^A *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,^A 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 degenere en tiranía y arbitrariedad.^B 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

^A 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).

^B 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».^A

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

^A *Coplas de vicios e virtudes* (1410).

Un libro de derecho del siglo XIX

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.^A 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*».^B Cabe destacar que estamos enteramente de

^A El corolario de este argumento es que las acciones judiciales preceden a los derechos, que Dicey pone de manifiesto con la laconica frase acuñada por los ingleses *<remedies precede rights>*.

^B *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

242

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 incomprensión, 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».^A 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).

^A 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,[^] 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

[^] «*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.

