

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

### *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).

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).

normas jurídicas 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).

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 al 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.

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>^</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 muy posiblemente necesitará

---

<sup>^</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).

de 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).

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).*

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 catadismo 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.

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>A</sup> Durante muchos años de esa cruda situación, en que la cruz dejó

---

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

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 con *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>^</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>^</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, dende que se ganaron hasta agora* (1552).



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 muy 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 muy 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 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 victorianas representan la civilización, y se busca el conocimiento del 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).

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 muy 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*,

---

<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).

*l'abandon progressif de les langues anciennes pour les 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 Napoléon 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>^</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

---

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

que, a partir de la revolución científica del siglo XVII, 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— 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

quien nace en una época determinada necesita una teología que responda a sus inquietudes; de ahí que los neotomistas del siglo XIX reinterpretaban el sentido de la segunda escolástica, y privilegiaban 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

---

romanticismo, aunamos el impulso por estar 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).

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 y de América.<sup>B</sup> En contraste, Oreste Popescu (1913-2003) y Alejandro Chafuen (1954-) nos ofrecen 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. Pero la investigación de las fuentes ha permitido

---

<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, Byzantion lib. 17 pág. 366* (1944).

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 necesario para nutrir el conocimiento, no sólo conjuga

---

<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.

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 muy 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 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—, 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

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 muy 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:

---

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

recoge los 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>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, *El sentido trágico de la vida* cap. 12.