

refundido para el siglo *XXI*

## Epilogo

Resulta asombroso que la doctrina jurídica haya llegado al siglo *XXI* sin un modelo que explique la legitimidad puramente positiva de los jueces para crear el derecho. Una considerable porción de *l'ordre juridique* es creación del derecho judicial, tanto en el ámbito del derecho privado como en el del derecho público. No en vano nos empeñamos en afirmar que buena parte del derecho romano, así como del derecho indiano, fue de carácter consuetudinario. Esta afirmación es incontrovertible, a pesar del esfuerzo codificador iniciado en el siglo *XIX*, y aun cuando los jueces traten de disimular su protagonismo decisivo en la creación del derecho, cobijándose bajo las alargadas sombras y los intersticios o lagunas que dejan las cláusulas constitucionales o los códigos. Tal aserto es innegable, a pesar de que Montesquieu haya dicho que los jueces son «*la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*».<sup>A</sup> ¿Cómo, entonces, no contamos con un esquema explicativo que legitime el derecho judicial, al constatarse fehacientemente que la jurisprudencia es omnipresente en la historia jurídica, y que se perpetúa como fuente del derecho en la tradición jurídica, tanto de la *common law* como del derecho civil romano-canónico?

---

<sup>A</sup> *De l'esprit des lois*, lib. II (1748).

Semejante pobreza de pensamiento es un problema grave, acuciante y complejo para la doctrina jurídica actual.

La explicación que legitima el poder de la mayoría para la creación de las leyes parecería ser un dogma antiguo e inapelable. Su más grande exponente, el escritor y filósofo ginebrino del siglo XVIII, Rousseau, sostuvo que «*la loi est l'expression de la volonté générale*».<sup>A</sup> Los juristas de hoy parecen preferir una nomenclatura más actual, como las <preferencias colectivas>; sin embargo, hablar de una <voluntad popular> o de las <preferencias de la mayoría> es inexacto porque no existe tal cosa; al menos no desde 1950, cuando Arrow publicó su célebre teorema de la imposibilidad.<sup>B</sup> Este último hallazgo teórico desechó para siempre cualquier brizna de esperanza que se guardara en que la razón colectiva pudiera otorgar legitimidad normativa al orden jurídico.<sup>C</sup>

Lo que quedó es el análisis, de tinte puramente positivo; lo que el prócer norteamericano, James Madison

---

<sup>A</sup> *Du Contrat Social*, lib. II (1762).

<sup>B</sup> A Difficulty in the Concept of Social Welfare, *Journal of Political Economy* lib. 58 pag. 328 (1950); *Social Choice and Individual Values* (1951).

<sup>C</sup> La arquitectura institucional del siglo XXI no podrá continuar si tiene como basamento institucional primario los ideales republicanos del siglo XIX.

(1751-1836), ha llamado la «*superior force of an interested and overbearing majority*».<sup>A</sup> Parecería extraño y contradictorio que la legitimidad de la ley carezca de una justificación normativa. Las teorías positivistas aún dan la impresión de introducir de manera subrepticia —por la puerta trasera— teorías iusnaturalistas, como cuando explican la legitimidad del derecho por medio de una preeminente y superior *norma normarum* —una *Rule of Recognition*<sup>B</sup> o *Grundnorm*<sup>C</sup>—, para esquivar así la trampa sibilina del razonamiento circular.

El análisis económico del derecho positivo y la teoría política convergen en la obra *The Strategic Constitution*, de Cooter, quien emplea la metodología económica para analizar problemas estratégicos que están latentes en el diseño de las instituciones y de la constitución política. Sin embargo, este autor olvida del todo la dimensión constitucional de los derechos individuales y, en cambio, los trata como materia de políticas públicas. En respuesta, Eric Posner comenta sobre la teoría de elección pública de los derechos constitucionales: «*There are no such theories, not in Cooter's book and not elsewhere in the literature... It may be that public choice, and rational choice in general, have*

---

<sup>A</sup> *The Federalist no. 10.*

<sup>B</sup> Hart, *The Concept of Law* (1961).

<sup>C</sup> Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934).

*nothing distinctive to say about constitutional rights».*<sup>A</sup> La doctrina jurídica ha tenido que esperar, hasta comienzos del siglo XXI, para que salga a la luz un esquema explicativo que esboce la legitimidad puramente positiva de los jueces para crear el derecho.<sup>B</sup>

El sorprendente resultado al cual hemos arribado es que no sólo las mayorías —sino también los individuos— tienen facultades legislativas. Así, al igual que una mayoría clara en el parlamento, algunos individuos que soportan un agravio concreto dictan condiciones al resto de la sociedad, por medio de la creación de una norma jurídica. Un simplificado esquema explicativo de la teoría de juegos nos ha mostrado cómo lo anterior es posible gracias a la actividad jurisdiccional de los tribunales, de la cual los jueces forman parte. Los jueces que no son elegidos por el pueblo perfeccionan y consolidan la democracia electoral, al determinar cada caso concreto. No sólo los parlamentos, sino también los tribunales, están investidos de una indiscutible legitimidad democrática, como instituciones representativas y con capacidad de interlocución entre pueblo y gobierno.

---

<sup>A</sup> Véase *Strategies of Constitutional Scholarship*, *Law & Social Inquiry*, lib. 26, pág. 529 (2001).

<sup>B</sup> Cfr. los juegos de señalización del Che Guevara y de Santo Tomás Moro en Juan Javier del Granado (1965-), *El análisis económico del razonamiento jurídico*, *Ensayos selectos sobre Teoría de Juegos y Derecho Contemporáneo*. págs. 25-53 (2009).

En Iberoamérica, el debate ya no gira en torno a lo eficaz de la democracia, sino al imperativo de instituir la y consolidarla lo antes posible. Por ello, debe contemplarse con circunspección la teoría de elección pública,<sup>A</sup> y tomar siempre en cuenta que sus críticas, de alguna manera, no son <nada nuevo bajo el sol>.<sup>B</sup> Superado el ciclo de predominio de los caudillos bárbaros aparecidos en el siglo XIX —tragicómicos por partes iguales—, en una etapa siguiente que todavía no se agota, de reconstrucción de la sociedad y la economía iberoamericana, el político boliviano Eliodoro Camacho (1831-1899) expuso: «Consideremos el cohecho electoral bajo su aspecto económico. A menos que los partidos persigan el propósito de llevar al poder una gran idea social, los gastos electorales en gran escala serán siempre mercantiles, y como tales, consumos anticipados que se reembolsan con más o menos creces según los

---

<sup>A</sup> El cabildero se especializa en facilitar la aprobación de medidas o proyectos de ley, tratando de influir en las decisiones de los legisladores; se adhiere a un principio eminentemente democrático en la perspectiva de que es él quien informa a los representantes políticos, con datos y cifras, de que ciertas medidas son orientadas hacia una mejora, según el criterio de Pareto o de Kaldor-Hicks, para que los políticos, que tienen que negociar un acuerdo social, dispongan de elementos de juicio suficientes.

<sup>B</sup> Así, se repite la vigencia del adagio bíblico, *קדל לך*, cap. I, ver. 9. (250 A. de J.C.)

resultados del negocio. Mas, como el sufragio popular produce gobierno, pero no riqueza, resulta, pues, que el reembolso del capital y las utilidades apetecidas, han de salir forzosamente de combinaciones financieras o manipulaciones más o menos hábiles del gobierno sobre las rentas fiscales o hacienda nacional». <sup>A</sup> Sin embargo, en la época en que lo anterior fue escrito, el sufragio popular en Iberoamérica se encontraba restringido a unos pocos. Desde el logro del sufragio universal, el vizconde de Tocqueville observa que, para lograr su propósito, se tendría que comprar al mismo tiempo a demasiados individuos. <sup>B</sup>

Sin prestar atención a las críticas de la teoría de elección pública, el presente trabajo resalta la importancia de la instancia jurisdiccional diacrónica como medio para perfeccionar y consolidar la democracia sincrónica. <sup>C</sup>

---

<sup>A</sup> *Exposición que dirige a sus conciudadanos el jefe del partido liberal general Eliodoro Camacho, págs. 48-49 (1889).*

<sup>B</sup> *De la démocratie en Amérique, lib. 2 (1840).* Los políticos no son ingenuos ni puede embaucárseles; son conscientes de que deben competir e interactuar recíprocamente unos con otros, y se hallan sujetos a la misma restricción: necesariamente, tienen que dar compensaciones a la población, lo que constituye una restricción de costo-beneficio.

<sup>C</sup> Paul Rubin (1942-), *Why is the common law efficient? The Journal of Legal Studies, lib. 6, pág. 51 (1977)*; George Priest (1947-), *The common law process and the selection of efficient rules, The Journal of Legal Studies, lib. 6, pág. 65 (1977).*

Cabe destacar que, al criticar la «*simultaneity of decision*» del proceso electoral, como factor de la participación política legítima en una sociedad democrática, y que el proceso de elección democrático «*must involve all the community, not simply those who are directly concerned*», el profesor Stigler no toma en cuenta la función por el tiempo del sistema judicial a la que nos hemos referido, ni la de emitir medidas concretas en casos particulares.<sup>A</sup>

A pesar de que el gobierno político mayoritario debe resolver el problema originado por los costos de la búsqueda de información, considerado también por el profesor Stigler,<sup>B</sup> sospechamos que la gente clama por cualquier tipo de información concerniente a asuntos que ponen en peligro sus condiciones y probabilidades de supervivencia, o que opaquen otros intereses Pareto-potenciales. En otras palabras, cabe puntualizar que las personas no van a dejar de hacer valer sus derechos de exclusión. Por ello, hay que ejercer implacablemente la libertad de prensa y asegurar la transparencia en la esfera gubernamental. La prensa escrita es una conquista irrenunciable de nuestra civilización; es la voz libre de la opinión pública la que señala los derroteros de la sociedad. En los Reinos de Indias existía el equivalente de la libertad de

---

<sup>A</sup> The Theory of Economic Regulation, *Bell Journal of Economics and Management Science*, lib. 2, pág. 3 (1971).

<sup>B</sup> *The Economics of Information*.

prensa: era la libertad de correspondencia.<sup>A</sup> En una democracia contemporánea, por medio de la prensa, cualquier persona puede comunicarse con el soberano, que es el pueblo. En el derecho indiano, la comunicación epistolar con el soberano, que era el rey, estaba también garantizada.

Los autores de la segunda escolástica concibieron a la monarquía como una institución representativa. En una monarquía, el poder del pueblo se confía a la discreción de una sola persona. El rey es,

«un Atlante en quien descansa  
todo el peso de la ley.»<sup>B</sup>

El enorme dinamismo económico y social del pueblo no es solamente algo difícil de manejar desde el poder político, sino que el buen gobierno se construye en los dificultosos —y en ocasiones inaccesibles— terrenos del disenso. Así, ese pequeño <Atlante> que siente sobre sus hombros la pesada carga del mundo, se ve obligado a nombrar consejeros reales y a conformar un Consejo que ejerza las funciones judiciales y ejecutivas en los asuntos del reino. El sistema republicano moderno —que cree en la necesidad de la participación del pueblo en la toma de decisiones— hace patente su no delegación de la supremacía de la nación en una sola

---

<sup>A</sup> *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, lib. 3, tit. 16 l. 4, 6-9, 16.

<sup>B</sup> Calderón de la Barca, *El Médico de su honra* (1635).



persona. Sin embargo, aun este sistema confía sus funciones a las entidades del gobierno y a los tribunales, a fin de que mantengan una estricta vigilancia en lo relativo al procedimiento mediante el cual se ejecutan y hacen cumplir las disposiciones legislativas, o para que administren la justicia con independencia de los criterios políticos y partidistas del momento.

La naturaleza —como el conocimiento y la cooperación humanos— sufre revoluciones. Así, en el pasado la naturaleza destruyó especies íntegras para renovar sus formas. A lo largo de la historia de nuestro planeta, la vida ha estado sometida a periódicas extinciones masivas de especies animales y vegetales, y la destrucción fue parte del orden eterno de las cosas. Sin embargo, el ser humano es una innovación para la naturaleza. Es un animal cuya segunda naturaleza es la capacidad de mejorar y transformarse en forma continua. Al unir esfuerzos con sus congéneres, puede trabajar por lograr un mejor destino. En su apasionado *Ensayo de una filosofía jurídica* (1923), con frases como si fueran marfil tallado, el jurista chuquisaqueño, Ignacio Prudencio Bustillo (1895-1928), explica: «La curva de solidaridad se desarrolló en un plano que asciende incesantemente. En esto, como en muchas otras cosas, continuamos pareciéndonos a los animales. Algunas especies gregarias nos proporcionan ejemplos notables de organismos poderosamente unidos. Pero las sociedades animales no progresan porque son

instintivas. Si en ellas brillara la inteligencia, sus progresos hubieran abarcado todas las formas imaginables, en cambio, nada se altera realmente en su organización. Las abejas no han modificado sus procesos para fabricar miel o para construir sus colmenas, desde las épocas en que los griegos las observaban... Es propio del hombre el imprimir a sus actos un impulso innovador».<sup>A</sup>

A diferencia de lo que ocurre en la naturaleza, el ser humano debería ser capaz de adoptar formas de organización para la mayor eficiencia de su quehacer, sin un rápido proceso catastrófico y sin destruir ni la humanidad ni su medio. Mientras se mantiene la paz social, la democracia admite, al menos, que la masa de hombres —*et non seulement le poids d'une élite*— experimente con nuevas formas de cooperación posibles y realizables por el orden de pandectas en el estado de derecho.

¿Cómo hace un régimen democrático liberal para permitir a sus ciudadanos la consecución de tan diversos e inconmensurables fines?, ¿cómo construimos la libertad en una sociedad cada vez más coercitiva, intrusa y dominante? En este libro, aventuramos la tesis de que el orden de pandectas

---

<sup>A</sup> Pág. 123. Al revisar el intenso texto de Prudencio Bustillo, debemos recordar cuán esperanzados se mantuvieron los intelectuales de Iberoamérica —claro está— durante los primeros años de la revolución bolchevique.

erige el armazón descentralizado del derecho de bienes, y que con el derecho de obligaciones y la intermediación financiera y comercial, genera el dinamismo del sector privado, indispensable para la creación de riqueza en nuestra economía. Este libro busca la recuperación de la esfera de heteronomía del orden de pandectas, que no hiere ni pone en peligro la autonomía de la persona, sino que la fortalece y la consolida, y que ofrece al sector privado la posibilidad de trascenderse a sí mismo.<sup>A</sup>

¿Cuándo hay descontento en el pueblo? Nuestra opinión es que la gente permanece satisfecha siempre que las condiciones de la vida no se deterioren. Paradójicamente, la historia refleja que las revoluciones estallan precisamente cuando se puede advertir una mejora material. En *l'Ancien régime et la révolution* (1856), de Tocqueville rememora, «en 1788 Bordeaux était un centre commercial plus animé que

---

<sup>A</sup> En el largo devenir de los tiempos —con la visión dogmática del derecho canónico— y en los tiempos más modernos —con aquellas del liberalismo y solidarismo decimonónicos— se desvirtuó el orden de pandectas. Tal vez ahora, gracias al análisis económico del derecho, hemos comenzado a entender, en sus justos términos, por qué no todos los pactos deben cumplirse; por qué el concepto de buena fe sólo es aplicable a ciertas obligaciones; así como también por qué la propiedad y la libertad contractual no deben ser tomadas como un valor absoluto, sino sólo como un instrumento de probada utilidad, destinado a facilitar la vida del hombre de carne y hueso.

*Liverpool, et... récemment le progrès de commerce d'outre-mer a été plus rapide en France qu'en Angleterre».* ¿Cómo se puede rectificar esa discrepancia con la crónica histórica? Introducimos, pues, la noción, que invariablemente conservan los economistas, de que los beneficios constituyen costos de oportunidad. Cabe destacar que siempre que el conocimiento aumenta, de forma que existe mayor disponibilidad de mejoras que las que se están adoptando en la práctica, según el criterio de Kaldor-Hicks, o cuando no se estipula una compensación por rehusar llevar éstas a cabo, la gente pierde estos beneficios y se torna descontenta. De esta manera, el desarrollo promueve el descontento. Quizás, con los grandes avances en el *know-how* en el mundo desarrollado, hoy en día haya más cambios ejecutables y disponibles, según el criterio de Kaldor-Hicks, para los gobiernos de naciones en vías de desarrollo, que pueden ser puestos en marcha con mayor rapidez. Esta inmensa posibilidad de mejora es la causa de la permanente inestabilidad de dichas naciones.

El sistema político de gobierno mayoritario *sometido al imperio de la ley* constituye una manera de racionalizar la revolución. En los países en vías de desarrollo, lo que debe hacerse es reemplazar la revolución violenta por la revolución jurídica. La revolución es, por definición, una ampliación explosiva de la productividad. Pero al irrumpir y consolidarse, los resultados de la revolución deberán ser mediados por

las formas de autoridad. Por ello, para el desarrollo económico de estos países, hay que implantar el estado de derecho; no al contrario, como denuncia el jurista peruano Enrique Ghersi (1961-), quien afirma que el sistema actual estatal «sin consulta ni control público» margina al sector privado.<sup>A</sup>

Debemos huir, despavoridos, de la caldera de brujos en la cual nos remueven los políticos, y rechazar enfáticamente la posición del magistrado Richard Posner, quien cuestiona la singular importancia del derecho judicial para el desarrollo de los pueblos.<sup>B</sup> Resulta innecesario decir que el artículo de Posner reproduce de manera inconciente la mordaz sátira del irlandés Swift, pues la manera de concretar una legislación clara y eficiente, con derechos de propiedad confiables, y exenta de reglamentos y cargas burocráticas excesivas, se logra mediante la tutela de los jueces.

Se presenta ante nuestros ojos un sendero largo y sinuoso, henchido de dificultades, pero esperanzador. Este libro recupera el pensamiento humanista propio de los siglos XVI y XVII, dotado de una gran capacidad para crear y transmitir calidades vitales y

---

<sup>A</sup> *El otro sendero*, cap. 6 (1987).

<sup>B</sup> Cfr. *Creating a Legal Framework for Economic Development*, *World Bank Research Observer*, lib. 13, pág. 1 (1998).

percepciones sutiles. Durante el Siglo de Oro, los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos formaron un complejo y fascinante mosaico que comprendía formas de pensamiento que no guardaban relación entre sí, desde varias perspectivas, hasta cierto punto discrepantes y antagónicas, pues las verdades disímiles e inconciliables, a primera vista, de las más variadas modalidades de pensamiento, podían, en última instancia, llegar a ser armonizadas.

Nuestro libro actualiza el método y coloca, sin aparente resquemor, una modalidad de pensamiento junto a otra radicalmente opuesta. Preferimos ser más complejos y plurales que lo que predica la ensoñación monista de los siglos XVIII, XIX y XX. Situados voluntariamente en un eclecticismo sincrético propio de ese mestizaje tan enriquecedor de nuestra identidad cultural en Iberoamérica, buscamos el realismo dúctil y flexible del siglo XVI para el pensamiento jurídico del siglo XXI.

