

refundido para el siglo XXJ

Controversia I

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

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

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

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

Un libro de derecho del siglo XVIII,

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

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

^A Carta remitida el 26 de julio de 1767 al marqués de Mirabeau (1715-1789).

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

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

refundido para el siglo XXI

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

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

^A *Ἱστορίαι* lib. 7 (130 A. de J.C.)

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

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

orden de pandectas tiende a engendrar gobiernos de tipo limitado, que procuran meramente restringir a aquellos individuos que causen daños a otros.

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

^B Paul Kahn (1952-), *The Reign of Law* pág. 28, 94 (1997).

^C *ff De legibus senatusque consultis et longa consuetudine l. XXXI.*

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

refundido para el siglo *XXI*

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

El derecho natural pretendió encontrar la respuesta en el gobierno de Dios: *ἡ βασιλεία τοῦ Θεοῦ*. Graciano (1080-1150) configuró el *ius naturale* como el eslabón crucial entre los derechos divino y humano. ^B Esa idea mosaica, *טַלְבוּת שְׁמַיִם*, que precisa que la *לשׁוֹף* procede de Dios, tiene su inexorable origen en la teocracia de los egipcios ^C —a cuyo conjuro se desmoronó la república romana ^D—. En efecto, cabe resaltar que el fondo sobre el que se mueve dialécticamente nuestro mundo ético proviene de la revelación de un Dios personal y providente que es creador y supremo legislador del mundo. ^E En consideración de que el imperio de la ley es el gobierno divino, los canonistas especulaban si el Sumo Pontífice no sería partícipe de la autoridad divina y podría

^A *Lectura Azzonis* (1581).

^B *Concordia discordantium canonum Distinctio lib. 9 cap. 1* (1140).

^C Kelsen, Gott und Staat, *Logos lib. 9 pág. 261* (1923).

^D Donde al emperador se le considera una deidad terrenal, el gobierno de los hombres se torna en una propuesta de incierta materialización.

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

Un libro de derecho del siglo XV^o,

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

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

^A *Summa auræ* (1477).

^B *In Leges Ciceronis præl.* (1519).

refundido para el siglo XXJ

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

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

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

^B *De Disciplinis lib. XX præf.* (1531).

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

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

^A *Sententia libri ethicorum lib. 5 cap. 12 (1264).*

refundido para el siglo XXJ

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

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

^B *Discours de la Méthode* (1637).

^C *De Crve cap. 14* (1642).

^D *Le Droit des Gens pref.* (1758).

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

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

^a Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas, *Doxa lib.* 5 pág. 87 (1988).

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

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

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

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

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

Un libro de derecho del siglo XVIII.

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

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

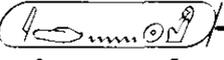
*«All philosophers who find
Some favourite system to their mind
In every way to make it fit
Will force all Nature to submit.»^B*

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

^A *Reconstrucción Pragmática de la Teoría del Derecho* (1997).

^B *Cadenus and Vanessa* (1713).

refundido para el siglo XXI

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

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

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

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

^A La prioridad óptica de Dios otorga cabal sentido a toda la efímera contingencia del universo.

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

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

refundido para el siglo XXJ

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

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

^A Τίμαιος νϛ' (350-365 A. de J.C.)

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

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

Un libro de derecho del siglo XV^oJ,

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

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

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

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

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

^A *Epitaph Intended for Sir Isaac Newton, In Westminster-Abbey* (1730).

^B Los doctores de la escolástica barroca habían leído en Averröes (1126-1198), en el libro espléndido *تهافت التهافت* [1100] que fue traducido al latín con el título de *Destructio destructionum* (1529), la refutación

26

refundido para el siglo *XXI*

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

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

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

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

^c *Πολιτεία* lib. 1 cap. 7 (370 B.C.)

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

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

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

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

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

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

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

interpretado como el humanista consumado,^a es más bien un platonista empedernido;^b e inoltre, la letteratura della Ragion di Stato che lui ha ispirato e il tacitismo sono smentite dagli Scolastici barocchi perché questi riflettono una visione troppo semplicistica.^c Anzi, i dottori scolastici hanno tenuto presente che il pensiero machiavelliano era un toscano y descarado plagio al revés del pensamiento del historiador griego Polibio. Está clarísimo que el

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

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

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

refundido para el siglo XXJ

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

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

^A Norberto Bobbio (1909-2004), *La teoria delle forme di governo* (1976).

^B Jaime Mendoza (1874-1939), *El Macizo Boliviano* (1937).

^C *Phänomenologie des Geistes einl.* (1806).

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

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

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

^C *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* lib. 1-6 (1815).

^D Paolo Cappellini (1956-), *Systema iuris* lib. 2 (1985); von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und*

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

Rechtswissenschaft (1814); *System des heutigen römischen Rechts lib. 1* (1840). Aldo Schiavone (1944-), *Alle origini del diritto borghese: Hegel contro Savigny* (1984). Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820); Marx, *Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule, Rheinischen Zeitung lib. 221* (1842).

^a *L'Esprit des lois* (1748).

^b Como todos sabemos, la constitución política debe ser la expresión del pueblo, de las aspiraciones de los ciudadanos y de los factores reales de poder imperantes en la Patria, como lo resalta Carl Schmitt (1888-1985), para quien el criterio demarcador de lo político es la relación amigo-enemigo, lo que implica la creación de un «nosotros» conflictivamente contrapuesto a un «ellos» antagonista. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1922); *Der Begriff des Politischen* (1932); *Staat, Bewegung, Volk: die Dreigliederung der politischen Einheit* (1935); *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes: Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols* (1938). Michael Stolleis (1941-), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus, Beiträge zur Geschichte einer Disziplin págs. 1-10* (1989).

^c Cfr. Hans Erich Troje (1934-), *Humanistische Jurisprudenz, Studien zur europäischen Rechtswissenschaft unter dem Einfluß des Humanismus* (1993).

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

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

[^] *Lehrbuch der Pandekten* (1838).

refundido para el siglo *XXI*

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

^A *Lehrbuch des Pandektenrechts in drei Bänden* (1862).

^B *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* pág. 401 (1967).

^C *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung* (1896).

Methoden»,^A— los escamoteados valores que le dan contenido al derecho.

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

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

^A *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1950).

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

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

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

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

^A Término empleado por el ínclito académico Miguel de Unamuno y Jugo (1864-1936). Cfr. *El sentido trágico de la vida* (1913).

^BCfr. Philipp Heck (1858-1943), *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, *Archiv für civilistische Praxis* vol. 112 pág. 11 (1914).

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

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

^a Ferdinand Tönnies (1855-1936), *Thomas Hobbes Leben und Lehre* (1896).

^b En otras palabras, en el siglo XXI cabe ahondar en una jurisprudencia de intereses, renovada e interdisciplinaria.

^c *De re publica lib. 2 cap. 2* (51 A. de J.C.)

refundido para el siglo XXJ

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

Además de las instituciones del derecho romano clásico vigentes entre los siglos III antes de Cristo y III después de Cristo, cabe reconstruir la crónica maravillosa y admirable del derecho indiano en el siglo XVI. Veremos que una de las bases institucionales más firmes del estado de derecho y un elemento fundamental para cualquier régimen que se presuma democrático, es oriundo de las Américas.[^] Cada generación reescribe su historia e interroga nuevamente al pasado sobre las preguntas que surgen en su presente. Necesitamos abordar un nuevo examen histórico profundo de las instituciones jurídicas del Nuevo Mundo. En este territorio, donde se produce por parte de expertos y estudiosos un fuerte apego a la historia más tradicional, se nos

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

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

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

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

^B Cfr. el atinado artículo de Alessandra Arcuri (1973-), *Eclecticism in Law and Economics*, *Erasmus Law Review* lib. 1 pág. 59 (2008).

no escatima críticas a la demencia sanguinaria del totalitarismo.

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

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

^A Raúl Prebisch (1901-1986), *Hacia una dinámica del desarrollo latinoamericano* (1967).

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

refundido para el siglo XXJ

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

