

Un libro de derecho del siglo XXV^g.

Controversia 10

Ll tribunal cumple una función jurisdiccional; y aunque denosten y pontifiquen los jueces, cabe destacar que la judicatura, más allá de instaurar el estado de derecho, no deberá convertirse en guardián de la virginidad moral de la sociedad.^A El detalle aludido no es baladí; es gravísimo. El orden legítimo en lo jurídico carece de una justificación normativa, es decir, tiene su base independientemente de cualquier teoría moral.

La teoría de las normas sociales se equivoca al sugerir que puede establecerse un nuevo orden del derecho basado en la moral.^B Si bien esa concepción radical de la aprehensión de la moral por la ciencia económica se suma al temible arsenal de medidas de que dispone el

^A Al contrario de lo que sostiene Lon Fuller (1902-1978), en *The Morality of Law* (1964), cabe precisar que la norma jurídica carece de autoridad moral interna.

^B La escuela de las normas sociales, al articular un esquema explicativo coherente de la moral, hace posible armar un cuerpo teórico digno de ser admirado. La obra *Order without Law* (1991) de Robert Ellickson (1941-) irrumpe con tesis originales. Más tarde Cooter configura el núcleo de una teoría positiva de la moral. Cfr. Cooter, Normative Failure Theory of Law, *Cornell Law Review* lib. 82 pág. 947 (1997); Tres efectos de las normas sociales sobre el derecho: expresión, disuasión e internalización, *Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* lib. 2 (2007).

legislador para la puesta en marcha de instituciones efectivas, y es a su vez un desarrollo de apoyo a la gobernabilidad, existe un gran desafío para la nueva escuela del análisis económico del derecho. Nuestra lucha es mantener viva la más auténtica tradición de la obra *An introduction to legal reasoning* (1948) de Edward Hirsch Levi (1911-2000)^A; descubrir, a la luz de la teoría de juegos, la legitimidad puramente positiva del derecho judicial, y no solamente del derecho legislativo.

Así que estamos frente a un nuevo esquema explicativo del razonamiento jurídico de los tribunales, como un fenómeno de señales, y sólo cuando libramos al derecho del oscurantismo moral y del despotismo religioso, comenzará a cimentarse el orden legítimo en lo jurídico. Nos parece verdaderamente inexplicable que alguien olvide que el desarrollo del derecho romano tiene su origen, precisamente, en el crisol ideológico de la lucha de clases entre patricios y plebeyos por controlar parcelas de poder, cuando lo jurídico prescinde de lo moral o, de su versión piadosa, lo sagrado.^B Lo que de ninguna

^A *The University of Chicago Law Review* lib. 15 pág. 501.

^B Ante la decadencia de los patricios, el desconcierto cunde entre los plebeyos, quienes reclaman la fijación en letra escrita del derecho civil. El dato curioso de la historia es que los plebeyos obtienen la concesión *legis XII tabularum*. Aquel gesto inédito ofrece un resultado duradero que se prolonga desde el siglo V antes de Cristo hasta la actualidad: la separación

manera significa que el derecho romano no utiliza y aprovecha a las normas sociales —como conjuntos de reglas que coordinan de manera persistente las interacciones humanas— para lograr un efectivo ordenamiento privado.^A Luego de la caída del Dominado en la etapa de anquilosamiento del medioevo, el derecho romano volverá a fundirse y confundirse con la teología —con previsibles y trágicas consecuencias, tal como veremos en adelante— en el crisol milenario del derecho canónico.

Es evidente que nadie puede argumentar que la religión garantiza los lazos de convivencia de la

definitiva del ámbito del derecho de la celebración de los oficios religiosos. Como los oficios religiosos pertenecen sólo al ámbito de los patricios, no media la imperiosa necesidad de incluir aquellas prácticas en el derecho civil. Desde esta plataforma ideológica, el derecho romano se abrirá paso inexorablemente. Cfr. Watson, *The Making of the Civil Law* (1981).

^A El derecho privado crea espacios en los que operan estas normas que rigen el comportamiento. Al interior de un dominio privado —definido por el derecho de bienes— el propietario puede optar por permitir la efectividad de las normas sociales en la utilización de los recursos que existen en el dominio. De manera similar, al interior de un arrendamiento de servicios —definido por el derecho de obligaciones— el conductor puede optar por permitir la efectividad de las normas sociales en la realización en las actividades que se desarrollen durante la jornada laboral.

comunidad, por mucho que el enigmático sofista Critias (460-403 A.de J.C.) asegure que alguien inventó la dignidad divina para infundir el respeto a la ley entre los ciudadanos, a partir de una visión que tenían los egipcios sobre el  que vendría tras la muerte.^a Aunque unos y otros consideran hoy en día que el fin de la vida es la puerta de entrada a una nueva existencia, que puede ser mejor que la actual, las sanciones o incentivos que aseguran el cumplimiento del orden jurídico en todo caso deberán ser de este mundo, y no del más allá. Es más: la religión no une a los hombres; los separa. Sin embargo, hay que admitir que en la península arábiga, el resultado es un giro y desenlace contrario al esperado: surge la creencia en un Dios único y un pueblo unido ante su voz, entre las tribus nómadas del desierto ligadas al comercio de caravanas, sobre la base de la interpretación de la *شريعة*, como vía proveniente de la revelación contenida en el Corán y las enseñanzas del Profeta recogidas en los distintos *jadices*.^b Con todo, la unión del mundo islámico durará poco tiempo.

^a En el supuesto de que Dios no existe; reflexión que, en una epístola del 10 de noviembre de 1770 al autor de *De Tribus Impostoribus* (1716), Voltaire (1694-1778) hace suya: «*Si Dieu n'existait pas, il faudrait l'inventer*».

^b El jurista contemporáneo Alsanhuri (1895-1971) dice, en *مصادر الحق في الفقه الاسلامي* [1954], que la

Cabe precisar que la libertad sólo queda protegida si diferenciamos la moral del derecho, es decir, si lo jurídico es concebido como algo independiente de lo moral, pues la moral de unos, impuesta sobre los que no la reconocen como tal, es ya el principio de la tiranía. La ley tiene que respetar el pluralismo, de tal manera que cada cual pueda vivir según sus propias opciones morales. Aunque tanto el derecho como la moral podrían coincidir como ordenamientos que materializan el propósito de supervivencia del hombre de carne y hueso, el derecho no deja de ser una disciplina autónoma de la moral.

Por medio del análisis económico es posible ver la línea de demarcación tajante que existe entre el estado de derecho y una fuerza moral ni justiciable ni legislable. La separación entre las normas sociales y las normas jurídicas descansa, esencialmente, sobre los mecanismos concretos que facilitan exigir su cumplimiento. Las personas particulares pueden corregir la trasgresión de una norma social establecida mediante sanciones informales, que van desde la

característica central del derecho islámico —que descansa en la visión totalizante del islam no sólo como religión, sino como forma de vida y organización social— es un marco jurídico cuyos antecedentes se remontan al derecho romano.

Efectivamente, no cabe duda de que *الفقه* se sustenta en todas las formas típicas del derecho de obligaciones, a lo mejor sin el concepto de la buena fe y sin los contratos atípicos.

reprimenda y el desprestigio hasta el rechazo social. En cambio, una norma jurídica vinculante supone mecanismos formales para forzar su cumplimiento. El padre Molina señala, con fina ironía y con sutil escepticismo, que de exigirse judicialmente el cumplimiento de las obligaciones morales —aun aquellas cuyo quebranto no perturba la paz de los vecinos, «*quæ pacem publicam non perturbant*»— faltarían tribunales y cárceles para procesar y encarcelar a tanto hombre inmoral, deshonesto, desvergonzado, impúdico, indecente o pecaminoso, «*tribunaliaque et carceres non sufficerunt ad ea omnia flagitia et peccata coercenda ac punienda*».[^]

Empezamos a desbrozar el camino hacia una cabal comprensión del estado de derecho: nuestro posicionamiento puramente positivista puede considerarse capaz de salvaguardar firmemente la dignidad del hombre, sin tener que recurrir al derecho natural o a la moral. Es nuestra convicción que al fin y al cabo la razón por la que el pueblo cumple las normas no es otra que la amenaza que subyace tras de ellas, y el modo en que la sociedad evita esta suposición de violencia es el reconocimiento de un interés jurídico concreto, mediante el razonamiento basado en la analogía. El individuo lucha porque tiene la certeza de que tendrá la victoria en su poder o, a pesar de la

[^] *De iustitia et iure trat. 5 disp. 72.*

derrota, porque alguien en el pasado y en el futuro llevó y llevará a cabo el objetivo de su empresa.^A

¿En qué consiste, exactamente, el orden legítimo en lo jurídico? La idea madre, a cuyo alrededor giran las disposiciones del derecho positivo y la fuente de toda la legitimidad del estado, es una de las cuestiones más controvertidas en la literatura jurídica. En este tema existe al menos en forma implícita un acuerdo entre los iuspositivistas acérrimos, de que en lo más profundo del ordenamiento jurídico subyacen, no un sistema filosófico, sino las tensiones y las relaciones de poder que rigen la vida,^B y dividen a esta nuestra sociedad moderna tan plagada de actos de barbarie así como de odiseas humanas éticamente encomiables. Ciertamente el derecho no puede ser reducido a una mera aplicación de reglas, directrices o principios categóricos o de inferencia con carácter universal, que trasciendan más allá de los intereses del hombre de carne y hueso en cada caso concreto. Cabe destacar que la puesta en práctica de una racionalidad instrumental, que busca los medios más objetivamente eficaces para alcanzar unos objetivos, tiene su lugar en el

^A Y el individuo es capaz de imaginar, si no de coordinar, una verdadera lucha trans-temporal.

^B *Nicht die <Begriffe>, sondern das <Leben> seien sowohl Ursprung als auch Ziel des Rechts.* Rudolf von Jhering (1818-1892), *Geist des römischen Rechts* lib. I (1852). *The life of the law is not logic, it is experience.* Holmes, *The Common Law* (1881).

razonamiento práctico en tanto que las consecuencias de las acciones humanas deben ser trazadas con mayor o menor probabilidad; en otras palabras, la causalidad en el derecho es, simplemente, una cuestión de recto sentido.^A Sin embargo, el elemento racional que contiene el derecho no es la razón discursiva, sino únicamente la racionalidad limitada del juicio que todos poseemos en virtud de nuestra condición humana.

Entre los animales, nosotros somos los únicos capaces de razonar acerca del pasado y el futuro, y comparamos a uno con otro. En este contexto, el hombre de carne y hueso reconoce ciertas señales que representan amenazas de violencia. El venado rojo demuestra su superioridad frente a otro macho con el tamaño de una admirable cornamenta, a pesar de tener que soportar esta carga, la mayor parte de las veces inútil;^B las águilas, símbolo emblemático del imperio romano, para establecer quién es el macho dominante

^A Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), *Causation in the Law* (1959).

^B John Maynard Smith (1920-), Theory of games and the evolution of animal contests, *Journal of Theoretical Biology* lib. 47 pág. 209 (1974); *Evolution and the Theory of Games* (1982); Must reliable signals always be costly? *Animal Behavior* lib. 47 pág. 1115 (1994). Timothy Clutton-Brock (1944-), The logical stag: Adaptive aspects of fighting in red deer, *Animal Behavior* lib. 27 pág. 211 (1979); *Red deer: behavior and ecology of two sexes* (1982).

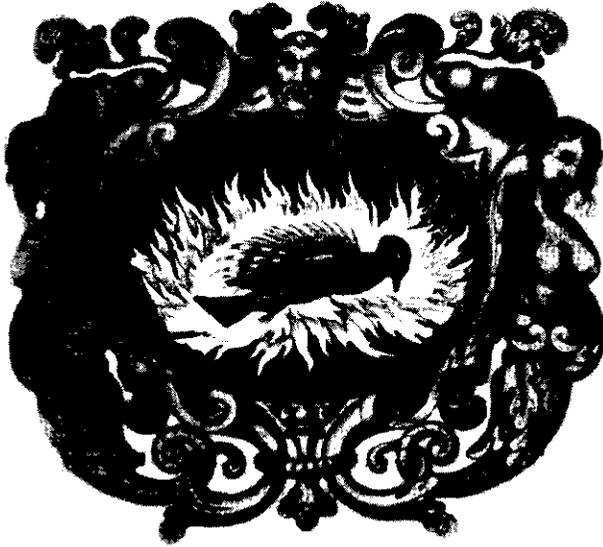
de un territorio, dan giros en el aire trabadas de las garras y caen, desplomándose a tierra, antes de remontar el vuelo a pocos momentos de una muerte casi segura.



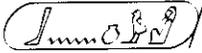
Correlativamente, cuando el hombre de carne y hueso sopesa la virtualidad de la amenaza de violencia, se basa en la cantidad de apoyos políticos o en la argumentación jurídica que discurre a la luz de las analogías entre un cúmulo de agravios fácticos en el devenir del tiempo. Así, poco a poco, el centro del debate pasa de nuestra semejanza profunda con Dios a nuestra diferencia ajustada con los restantes animales.



Emblema 2



*La corona del sol
extiende las alas en llamaradas
para reemprender el vuelo de un ave.*

*Es  que empieza a arder,
pero sonríe
porque sabe que resurgirá de sus propias cenizas.
Podemos afirmar, con Baldo de Ubaldi, que:
«Est phoenix avis unica singularissima,
in quo totum genus seruatur in indiuiduo».*

El desempeño de la función jurisdiccional es una pieza indefectible del estado de derecho. El imperio de la ley —que se deriva primordialmente del control jurisdiccional— supone, en este sentido, el grado máximo de la democracia: el perfeccionamiento del principio de mayoría en el devenir del tiempo. Si en el Antiguo Régimen el rey no podía alterar las leyes de sucesión de la corona o vender el territorio del reino o establecer impuestos sin el consentimiento de sus súbditos, tampoco una mayoría momentánea podrá hacerlo desde el cuerpo legislativo. ¿Por qué no decirlo?