

29 Tesis sobre la Historia y el Futuro del Derecho

Por Howard Richards

Apuntes de conferencia en la Facultad de Derecho,
Universidad Católica de Santa Fe,
Posadas Argentina
5 julio 2016

Nota: El objetivo de los siguientes apuntes se limita a expresar las tesis. No es parte de su objetivo dar pruebas que ellas son ciertas.

1. La ley romana comenzó para evitar el desgaste en peleas internas entre romanos, con la finalidad militar de fortalecer a Roma contra sus enemigos.
2. La propiedad (*suum cuique*, lo que pertenece al *dominus*) tuvo en un principio el significado de lo conquistado.
3. El poder pleno del *paterfamilias* tiene ecos hasta el día de hoy en el sentido de palabras como “emancipado” y “libertad.”
4. En el mundo globalizado de hoy siguen vigentes los tres principios fundamentales de la ley declarados por Ulpiano y por Justiniano: *honeste vivere, suum cuique tribuere, alterum non laedere* (si se puede considerar el principio de la autonomía, o sea la libertad del sujeto jurídico, una forma evolucionada de *honeste vivere*).
5. El contrato, considerado como el acuerdo de dos o más voluntades libres, es una consecuencia lógica del antiguo concepto de sujeto jurídico que partió del modelo del *paterfamilias*, aunque no fue plenamente aceptado en su forma moderna hasta el siglo XVII (*pacta sunt servanda*, enunciado por Santo Tomás en el siglo XIII y por Samuel Pufendorf en el siglo XVII).
6. La ley de las naciones (*Jus Gentium*) desarrollado a partir del primer siglo después de Cristo y a menudo identificado con una supuesta razón natural común a todos o casi todos los seres humanos, designa en sus versiones más importantes una simplificación de la ley prescindiendo de diferencias locales. Aquella simplificación facilita el comercio entre gentes con culturas distintas.
7. La recepción y evolución de las tradiciones de la ley romana, junto con aportes de otras tradiciones, condujeron a las reglas constitutivas del mercado moderno. Han sido expresados en distintas formas equivalentes, y pueden ser resumidas como la libertad del sujeto jurídico, propiedad, contrato, y un deber de no hacer daño al otro sin obligaciones de ayudar y compartir.

(Reglas constitutivas: aquellas reglas que hacen posible alguna institución o práctica social. Por ejemplo: Las reglas de ajedrez hacen posible el ajedrez.)

8. Las reglas constitutivas del mercado son equivalentes a la “libertad natural” y a la “administración de la justicia” de Adam Smith. Hacen posibles los mercados.
9. Son equivalentes al “marco institucional” de la economía de Joseph Schumpeter.
10. Son equivalentes a la fórmula “libertad, propiedad, igualdad y Bentham” de Karl Marx.
11. Una sociedad mercantil, organizada por las reglas constitutivas de los mercados, no tiene que ser capitalista. Sin embargo, es inevitable o casi inevitable que una vez sentadas y predominantes, aquellas reglas van a conducir al capitalismo (entendiendo este último como una economía cuya dinámica principal es la acumulación de capital):

Ir al mercado para vender para comprar (p.ej. traer pollos a vender para comprar granos para comer) conduce a la práctica de comprar para vender (p.ej. comprar granos para llevarlos a otra parte para venderlos)

Lo que conduce a la práctica de comprar para producir para vender (p.ej. comprar fuerza de trabajo y materias primas, operar una fábrica, vender los productos)

Lo que conduce a ciclos de acumulación (p.ej. invertir dinero, comprar para producir para vender, así conseguir más dinero, y luego repetir el mismo ciclo, acumulando cada vez más dinero)

Lo que conduce a sociedades en las cuales el modo de producción principal y dominante es el capitalismo, y por lo tanto el pan diario de cada quien depende de mantener un estado de derecho favorable a la operación del capitalismo (un “régimen de acumulación”).

Con la globalización el pan diario de cada quien pueda llegar a depender del crecimiento continuo del PIB y de las exportaciones.

12. Aunque Michel Foucault tenga razón cuando dice que es el poder que hace la ley, no la ley que hace el poder, este es un aserto que hay que matizar.
13. Hay que matizarlo primero (siguiendo a Adam Smith, Emile Durkheim y otros) por observar que la división del trabajo y la acumulación de capital (y por eso un marco jurídico que establece las reglas constitutivas del mercado) conduce a mayor productividad. Cuando se dice que “el poder hace la ley” no se refiere simplemente al poder militar u otra forma de poder violento. Se refiere también al “poder” que deriva de crear una sociedad que funciona mejor. Si Foucault se refiere al poder militar cuando dice que el poder hace la ley, por lo menos hay que decir que el poder militar suele ser mayor cuando son mayores la riqueza, la cohesión social, y el apoyo popular.
14. Un segundo matiz (que es más que matiz porque es el principio fundamental del estado de derecho moderno) aporta el mismo Foucault: El contrato social es un mito, pero es un mito vigente. De hecho, el poder (el poder militar) ha establecido como ley fundamental los principios del tercer estado. Aun siendo mito, domina. El contrato social establece que la legitimidad del gobierno depende de respetar los derechos de los ciudadanos, y aquellos derechos son en primer término las reglas constitutivas del mercado.
15. El tercer estado selló sus victorias estableciendo que el gobierno puede financiarse solamente con impuestos votados por parlamentos. Tiene que ser lo que Joseph Schumpeter llama un *Steuerstaat*.
16. El estado moderno presupone el mercado y opera al interior del mercado. No establece el mercado.
17. En las palabras de Jürgen Habermas, en la modernidad el mercado es la institución principal. El gobierno es una institución secundaria.
18. De las reglas constitutivas consagradas en el marco jurídico del mercado se siguen tres hechos fundamentales de la economía:
 1. Las causas del aumento de la productividad y por ende de la riqueza de las naciones son la división del trabajo y la acumulación de capital, ambas hechas posibles por la “libertad natural.” (Adam Smith)
 2. La dinámica que mueve el sistema es la acumulación de capital. (Karl Marx)
 3. Hay una insuficiencia crónica de demanda efectiva. (John Maynard Keynes)
19. Hoy en día tenemos que incluir entre los hechos fundamentales que una causa principal del aumento de la productividad es la acumulación del conocimiento. Por lo tanto, la ley de la propiedad intelectual llega a ser un capítulo clave de la jurisprudencia y el derecho a la educación llega a ser un capítulo clave de los derechos sociales.
20. Keynes atribuye la insuficiencia crónica de la demanda efectiva a una preferencia por la liquidez que a su vez atribuye a un listado de 12 factores psicológicos en el caso de individuos (y a factores semejantes en los casos de gobiernos y empresas). Más a fondo la insuficiencia se debe a las reglas constitutivas. En una tribu o clan arcaica, el cazador o recolector tiene el deber de

- compartir alimentos con una familia extendida. En la modernidad el hecho que una persona necesita vender algo para comprar alimentos no obliga a nadie a comprar.
21. En el mercado es más fácil comprar que vender. Algunos logran vender y otros no. Estos últimos son los excluidos. No pueden comprar porque no logran vender. En las palabras del novelista chileno Manuel Rojas, “Gastar es gozar, ganar es sufrir.” La ciencia económica de Keynes manifiesta algo más fundamental que la psicología de la preferencia por la liquidez. Manifiesta las reglas básicas de la convivencia moderna.
 22. A la luz de lo susodicho se puede ver que la economía solidaria es una ruptura epistemológica. Siendo de origen cristiana, y encontrando eco amplio en las culturas indígenas, descubre otros “continentes epistemológicos” para las ciencias económicas y jurídicas. Pone a la modernidad en diálogo con tradiciones pre-modernas y no-modernas.
 23. El poder social (entendiendo el poder como la causa que produce el efecto) se ubica más en las reglas constitutivas de los mercados que en cualquier otra parte. Aquellas reglas constituyen los mercados. Constituyen las fuerzas del mercado. En un mundo organizado por el contrato social vigente, son las reglas del juego lo que más determina el desenlace del juego. Lo determinan más que los gobiernos, más que los llamados poderes facticos (a veces listados como el ejército, los bancos y la iglesia) y más que las empresas multinacionales. Aunque pueda ser cierto, como decía Paulo Freire, que, si uno traza las raíces de las orígenes históricas de las instituciones tarde o temprano se encuentra la violencia, de hecho, aquí y ahora las instituciones que la violencia del pasado ha impuesto al presente son principalmente las del estado de derecho liberal.
 24. Pero más fuerte que cualquier poder social es el poder de la naturaleza. De eso –o sea de la necesaria subordinación de las culturas humanas a los requerimientos de la naturaleza-- derivó una ética realista: Se debe evaluar el rendimiento de las instituciones humanas con criterios físicos. Por ejemplo, es un hecho físico que el capital debe existir. Debe existir y cuando existe alguien tiene que administrarla.
 25. La ética: La ética se suele entender como la filosofía de la moral. La ética indaga la razón de ser de la moral. Propone criterios para mejorarla. La moral a su vez se suele entender como las costumbres. Las normas consuetudinarias que organizan la convivencia se llaman moral. La moral es el corazón de la cultura.
 26. Desde el punto de vista realista aquí esbozado la ética debe aportar criterios para ajustar la cultura a sus funciones físicas. Por ejemplo: las funciones de organizar y motivar la producción y repartición de alimentos nutritivos y sabrosos.
 27. Como ha mostrado Jürgen Habermas en las condiciones actuales el marco jurídico del estado de derecho liberal hace inevitable la crisis fiscal del estado. En las condiciones actuales el estado debe ser el timonel que guía la economía a buen puerto, debe ser el garante de los derechos sociales, debe ser el financista de la red de protección social, y otras cosas más. Difícilmente sube mucho los impuestos por temor a provocar fuga de capitales y en general por temor de falta de inversión y/o falta de ventas. No tiene otra fuente de ingresos. El resultado: deudas soberanas impagables, objetivos incumplidos.
 28. El estado capaz de cumplir con los derechos sociales tiene que ser distinto del clásico estado de derecho liberal, o sea distinto de un *Steuerstaat* legitimado por un mito liberal de contrato social.
 29. La existencia misma de los derechos sociales sugiere que otro estado de derecho está en ciernes. Los derechos sociales son leyes. Son promulgados en constituciones y en tratados internacionales. A menudo los mismos constituciones y tratados dicen que los derechos sociales son solamente aspiraciones para cumplir en el futuro. Hay también otros obstáculos que frenan su plena vigencia. Sin embargo, la existencia de un cuerpo formidable de leyes solemnemente firmados, votados, ratificados, declarados, y promulgados que son incompatibles con el estado de derecho liberal nos da una base firme para construir otro estado de derecho.