

# **América Latina y el yugo de la ley mágica: independientes, pero no libres**

**POR GALILEO GALL**

*“Con un Derecho constitucional republicano y un Derecho administrativo colonial y monárquico, la América del Sur arrebatada por un lado lo que promete por otro: la libertad en la superficie y la esclavitud en el fondo”*

- Juan Bautista Alberdi

## **I. Introducción**

Desde la aurora de las repúblicas que hoy conforman América Latina a inicios del siglo XIX, una especie de hechizo parece haberse cernido sobre esta parte del mundo: una de las zonas más ricas de la tierra ha terminado poblada por varios de los pueblos más pobres. Y, a la vez, desde estos albores republicanos se ha buscado una explicación solvente que permita entender la incapacidad de esta región para alcanzar niveles estables de riqueza, prosperidad y seguridad jurídica. Las ideas -como suele y debe ser- han brotado desde las mentes más lúcidas de América Latina, pero han emanado también desde otras latitudes. Desde la aproximación al éxito del modelo de libre mercado en tierras fertilizadas por la ética protestante hasta explicaciones algo más rupestres como el determinismo geográfico han permitido silenciar, al menos de manera cautelar, una pregunta que sigue latiendo desde el Río Grande hasta la Tierra del Fuego.

La Economía, como ciencia social, y extraordinarios exponentes de esta área de conocimiento han planteado diagnósticos tempranos e -incluso- explicaciones parciales al problema. La Economía, sin embargo, necesita -imperativamente- un complemento desde las dos aproximaciones que, considero, le darían mayor amplitud al correcto enfoque del problema del que los latinoamericanos hemos

sido víctimas: hablo de la Historia y de la forma en cómo la propia Economía y la Historia se han trenzado con la que, el lugar desde donde -postulo- emergen las cadenas que nos han sometido a este yugo tácito, pero no por eso menos infame-: el de haber cumplido dos siglos siendo independientes, pero no haber logrado ser realmente libres. Sucede que el Derecho -fruto espontáneo por antonomasia de la acción humana- no ha sido en América Latina concebido de esta forma, sino que ha sido una importación injertada desde un Imperio lejano.

En las líneas sucesivas revisaremos esta corriente de tres aguas que parece habernos conducido en una deriva inconsciente hasta aquí. Hablo de América Latina porque si bien hay hiatos y bemoles en donde las diferencias son notorias -o notables-, la médula del problema se encuentra en la propia esencia de cómo hemos entendido en nuestra tierra al Estado, a la República a la Constitución y -quizás para los fines de este texto, más importante aún- a la ley. El ensayo de respuesta a la pregunta que planteo que a continuación desarrollaré no incluye -ni siquiera de cerca- una aproximación a la solución. Pero el propio pensamiento liberal en general -y el de la escuela austriaca en particular- ha dejado algo que, para quienes suscribimos este sistema de ideas, principios y valores es fundamental: mientras mejor hechas estén las preguntas, más cerca estarán -siempre- las respuestas ciertas. La pura lógica aristotélica ese método demanda.

## **II. El encuentro entre América y Europa: dos realidades antagónicas**

Con demasiada frecuencia se pretende establecer puentes comparativos y rutas analógicas para contraponer el éxito de las colonias -hoy repúblicas- que fueron pobladas por los británicos contra el supuesto fracaso de sus pares conquistadas

por el Imperio español. Esa comparación es, sin más, un aborto lógico. Es una falacia crónica que empieza a dibujar el contorno de dos realidades que parecen haber empezado de modo semejante y terminado -o desembarcado- en puertos demasiado distintos. Así, la primera tarea que este ensayo implica es la justa puesta en contexto de los dos procesos de encuentro de dos Europas distintas con dos Américas diferentes también. Hablamos -ya está claro- de la España de los Habsburgo y la Inglaterra Tudor, por un lado, y de la América poblada y harto más desarrollada por culturas en la América Inca y Azteca y una poblada por tribus de mucho menor complejidad social y nutrición demográfica en el Norte.

El año clave para el empiezo de este contrapunto de diferencias es 1492: el año en el que el Imperio español nacería formalmente e impondría su hegemonía mundial como potencia por poco menos de dos siglos. Sabemos todos -somos también hijos de sistemas educativos más parecidos de lo que nos gustaría admitir- que el 12 de octubre de ese año, Rodrigo de Triana -alzado en el mástil de la mayor Carabela- gritó que había tierra a la vista. El navegante genovés que había empezado a buscar rutas para conectar a la clase que lubricaría a la Economía en los siglos venideros con los puntos de partida de las rutas de la seda y de las especias se había topado con este inmenso e inmarcesiblemente rico continente al que, en honor al cartógrafo Américo Vesputio, se llamó América algunas décadas después de ser solo señalada en mapas con la punta del dedo para nombrarla. Como en Macondo su río de aguas diáfanas.

Después de tres viajes, Cristóbal Colón caería enfermo de fiebre amarilla; sin embargo, el flujo que su ruta había entablado -de gentes y mercancías- no se

volvería a apagar jamás. Y desde cada enclave de fundación española empezaron a partir cientos de expediciones hacia las tripas mismas de nuestro continente buscando gloria, prosperidad, fortuna y una inscripción en la Historia de la gran conquista española -indeleble en el tiempo, por cierto-. Aquel proceso duraría unos 50 años en rendir los frutos que echarían a andar el verdadero nacimiento de este crisol de todas las sangres en el que nuestra región del mundo terminó convertida. No obstante, mal haría, en no volver a 1492 y mencionar brevemente algunos hechos que explican -con lucidez - los procesos que desde allí analizaremos. Repito: en 1492 no solo se encontraron dos continentes. España encontró -plus ultra- su camino a la grandeza imperial.

En 1492 los reinos de Castilla y Aragón lideraron la última carga contra los finales bríos de control del Califato que había sometido a la península Ibérica desde la batalla de Guadalete (711d.C.) y España -por fin- fue ajena a aquel control mudéjar. La unión militar entre los dos reinos más poderosos de la península acabó por fraguarse, también, en una unión geográfica. Pues en ese mismo año Isabel de Castilla y Fernando de Aragón unirían a los reinos todos de Iberia bajo las columnas de Atlas y una sola bandera. Y, como si esto fuera poco, el poderío al que la nueva España se alzaba tenía una cristalización cultural que -desde una aproximación semiótica a la Historia dice mucho más de lo que aparenta-: Elías Antonio de Nebrija consolidó el primer diccionario del español. Una señal inobjetable de lo que estaba en ebullición en Iberia. Era mucho más que fe en Santiago de Compostela y hambre de gloria: España se había consolidado - antes que cualquier nación europea- como la potencia cultural del continente.

Inglaterra, en las antípodas, seguía siendo una nación fuerte, pero con grandes problemas internos. Desde los constantes levantamientos en la vieja provincia romana de Caledonia (hoy Escocia, y la mención a Roma imperial cobrará sentido más adelante) hasta constantes desabastecimientos, pues la rivera del Támesis no fue, ni es, ni por cerca un activo geopolítico de seguridad alimentaria y amplias posibilidades agrícolas como sí lo son los grandes ríos navegables que discurrían por la Europa continental -del Volga al Ebro-. Enrique VIII de Tudor -recién ascendido al trono meses antes del gran año hispano de 1492- había quebrado sus relaciones con la Iglesia -para poder divorciarse de Catalina de Aragón y dar rienda suelta a su pasión por los racimos de la carne- y no había sido -paradojas- capaz de engendrar un heredero legítimo que lo suceda. Muerto en 1547, Inglaterra no había establecido pie en América y su legado era incierto.

La corona quedó en disputa entre una de sus hijas naturales -heredera, por cierto, de la audacia de su padre en su juventud temprana y también heredera de la neonata fe anglicana-, Isabel de Tudor y de su prima católica y reina de los escoceses, María Estuardo. Tras una compleja seguidilla de intrigas, espionaje y guerra de baja intensidad, María fue decapitada por órdenes de Isabel -pueden recordarlo la próxima vez que brinden con un Bloody Mary, allí el origen- e Inglaterra quedó bajo el mando de la “reina virgen” que se encargaría de repeler -con una mezcla milagrosa entre el clima, la necedad de algunos capitanes españoles y la habilidad superlativa en las aguas de Francis Drake- el ataque de la vencida armada invencible de Felipe II de Habsburgo, hijo de Carlos I de esa casa. Hijo a su vez de Juana -hija de Isabel y Fernando- y de Felipe de Austria. Una joven reina había empezado a caminar hacia la consolidación imperial.

Pero ese gran momento británico -grande para los británicos únicamente, dígame- estaba solo germinando. Cuando Isabel de Tudor logró contener la invasión ibérica, el Imperio español había ya fundado Veracruz (1518), Lima (1535), Buenos Aires (1536) y Caracas (1567) -por mencionar territorios que permitan entender las dimensiones de los territorios ultramarinos controlados desde Madrid-. Como si esto fuera poco los territorios españoles incluían las Filipinas, y vastos territorios europeos. Además de una alianza con los territorios austriacos de los Habsburgo: desde Flandes hasta Viena. La cantidad de oro y plata que llegaron en esos años al puerto de Sevilla dieron origen a la primera “inflación” registrada a cabalidad, expuesta con nitidez por la escolástica salamanquina en su momento. La conquista del Norte de América seguía siendo una ficción fantástica que en Inglaterra se cobijaba. Pero nada más que eso.

No fue hasta 1607 que la colocación real de enclaves de poder y proyección británicos empezaron a llegar a América. Fue en ese año que los pioneros (no conquistadores, pioneros -en esa diferencia lingüística se esconde un mar de distancias futuras-) llegaron a una tierra que bautizaron como Virginia, en honor su reina, la “reina virgen”. Pero el establecimiento de Jamestown pasaría por una y mil calamidades -incluyendo el hambre del que Pocahontas -muerta en 1617- intento menguar- y no fue sino hasta la llegada del Mayflower en 1620 que se puede hablar con propiedad del establecimiento de pioneros y peregrinos (punto que retomaremos pronto) en el Norte de nuestro continente. Se puede entonces afirmar que ya se proyecta luz sobre una gran distancia entre nuestros dos

encuentros continentales: al Sur llegó el Imperio -con su Iglesia, sus encomiendas, su milicia y su ley-. Al Norte llegó el individuo, no la colectividad.

Advertimos, permítanmelo, retomar con la anunciada prontitud el término “peregrino”. Y es que al norte no solo llegaron hombres libres en empresas privadas buscando nuevas tierras para establecerse en ellas y prosperar, mientras nacía la potente industria de comercio del tabaco y pieles -potente en términos relativos; si se compara con los galeones repletos de oro y plata que anclaban en Sevilla-. Al Norte llegaron peregrinos protestantes que huían de la primera gran guerra religiosa que sacudiría a la Europa moderna: la guerra de los 30 años (1618 - 1648) que terminaría solo con el nacimiento del Derecho Internacional Público -y racionalista estructuralmente de Hugo Grocio (tema al que también volveremos: *recht*)-. La fe en Dios -en el católico, uno y trino y su Iglesia como manifestación en la tierra llegó a América del Sur-; la fe en el dios protestante -presbiteriano, anglicano, luterano, y otros- llegó al Norte.

Por más que pareciera que abro la puerta para darle la bienvenida a Weber y su visión de la ética y su empate económico, el dato con el que cierro el párrafo previo me permitirá, justamente, alejarme de esa idea: hay una diferencia esencial entre el catolicismo y las formas de protestantismo que llegaron al Norte de América -y para los fines de este ensayo la ética y los recovecos teológicos son menos importantes que lo siguiente-: la Iglesia Católica es una, apostólica y romana. El Papa es el designado por Dios en la tierra y el Vaticano es hoy un Estado, sería un ucronismo decir que ya lo era en el siglo XVII, pero tenía la misma vocación que siempre ha tenido: la Iglesia católica es la estructura

organizada jerárquicamente más antigua -y quizás más poderosa- de nuestra civilización. Desde los monaguillos, a diáconos, curas, obispos, arzobispos, cardenales y el Papa hay un ejército burocrático para ordenar a la fe católica.

Desde Wittemberg, el protestantismo plantea una relación -apoyada por un pastor- directa entre cada individuo y el Dios al que adora. Entonces, y sin entrar en comparaciones teocráticas aquí irrelevantes, la Iglesia fue parte esencial de la conquista del Sur: la partida de bautizo le daba una existencia frente al poder, el matrimonio derecho de sucesión y la muerte herencias. Sin previsión alguna, con la fe católica llegó al Sur la burocracia, el proto-estado y la visión clara de que la propiedad de la riqueza encontrada en estas tierras nuevas era de la corona por designio de Dios. Al Norte llegó un grupo de inicialmente desconcertadas gentes buscando -con máximas pocas de experiencia- organizarse socialmente para mantener la civilidad en un mundo nuevo. Las casacas rojas, el poder imperial, el sistema de colonias y la ilustración europea llegarían después. Cuando los órdenes espontáneos ya caminaban con fuerza.

Así las cosas, los pueblos que se establecieron en el Norte de América tuvieron que ver florecer -como había pasado antes ya en procesos de expansión- a la costumbre como fuente esencial de creación de nuevos derechos: se asignaron títulos de propiedad para poder proteger la tierra de inmediato, los juristas -poquísimos en una etapa inicial- fueron investidos raudamente como magistrados, y a falta de juristas los hombres más sabios recibieron la capacidad para ejercer jurisdicción. En ambos casos, sin embargo, lo hicieron entendiendo que siendo un grupo heterogéneo de gentes y en un intento por crear un sistema

dinámico, tanto los juristas, como los sabios que como juristas fungieron se vieron sometidos a un poder mayor: el de la costumbre. El de los usos y formas de las gentes. La transustanciación de esa figura -aglutinante y exégeta de un espacio y tiempo histórico- es una institución anglosajona: el jurado.

### **III. Los herederos de la democracia y del Derecho romano**

En la inmensa mayoría de escuelas de Derecho de América hispana se enseña como una premisa que los nuestros son sistemas cuyo origen está en el Derecho romano. De hecho, se imparten cursos de Derecho romano y los latinazgos son harto frecuentes para explicar principios generales jurídicos. Se estudia, ineludiblemente el Código de Justiniano como primer gran esfuerzo recopilador de leyes y se ratifica la idea de que en la Roma imperial yacen las raíces de nuestro sistema de organización y pensamiento jurídico. Esto, por más que algunos pretendan aferrarse a aquella romántica idea no es tan cierto. Si bien hemos heredado -como buena parte de la civilización occidental- bases democráticas de Atenas y su sistema de separación de poderes y máximas teóricas del Derecho romano, es un error con profundas consecuencias creer que la esencia de la forma romana de entender la ley es la que aquí pregonamos.

La Historia del imperio romano es compleja y vastísima, desde el mito fundacional de Rómulo y Remo, hasta la real alianza y convivencia de Lazios y Etruscos en lo que hoy es la ciudad de Roma; sin embargo, el sistema de Derecho romano tiene su ebullición con la explosión demográfica del Imperio. En las épocas de Augusto y posteriormente en el gobierno de la dinastía antonina,

el águila de las legiones se posaba desde la lejana Caledonia -la de María Estuardo- hasta la Anatolia y la Palestina. Así, el sistema de gobierno romano empezó a experimentar un problema: para gobernar las lejanas provincias de las que el Imperio se iba haciendo, había que enviar a burócratas que gobiernan cada rincón del Imperio de acuerdo con las formas romanas; no obstante, la vastedad de Roma hizo que muchos ciudadanos romanos -dueños de todos sus derechos- tengan hijos en las provincias. ¿Tendrían los mismos derechos?

En el año 212d.C. el emperador Caracalla emitiría un histórico edicto que lleva su nombre: el edicto Caracalla reconocía que todos los nacidos de hombres libres dentro de los confines del Imperio tendrían la calidad de ciudadanos. Si bien -y así lo cuentan varios historiadores de la época- el edicto no fue especialmente bien recibido por las poderosas y antiguas familias de patricios romanos, no quedó más que aceptarlo. El cambio en la visión del Imperio no solo fue demográfico, sino que puso luz sobre una cuestión que quizás no había sido comprendida dentro del análisis inicial de quienes diseñaron la medida: la aplicación del Derecho. Y para entender las raíces esenciales del sistema romano no es solo necesario explicar -brevemente- lo que sucedió antes del edicto de Caracalla, sino cuál era la forma en la que los romanos gobernaban normativamente su civilización antes del año 212d.C. y qué cambió luego.

Cada ciudadano romano poseía un “derecho de acción” que podía -siguiendo un sencillo procedimiento burocrático- activar y conducirlo a donde un juez -un tercero intersubjetivo imparcial- que conocería su causa. El juez, instruido en los principios romanos de Derecho y conocedor de los usos y costumbres de su

pueblo decidía bajo la idea de *iuria novit curia* (el juez conoce el Derecho). Así, lo que el juez resolviese se cumplía bajo la mirada atenta del poder oponible -a través de la guardia pretoriana- del Imperio. Es fundamental señalar una sola cuestión en este proceso, bastante sencillo -para ser sinceros-: el juez conocía el Derecho. Pero el Derecho no es la ley. La máxima romana y el principio que hasta hoy se cita si es que se pretende hablar del delito de prevaricato en todos nuestros sistemas no es “el juez conoce la ley”, sino “el juez conoce el Derecho”. En el cambio descuidado de esas dos palabras se esconde nuestra respuesta.

El Derecho -los profesores Leoni y Hayek lo explicarían con perfecta nitidez- no es una invención del hombre (la ley sí lo es, sea de un dictador, de un ágora, de un senado o de un parlamento). Es un fruto praxeológico -en palabras del profesor Mises-. Es decir: es resultado de la mera acción humana. Es, volviendo a Hayek, un orden espontáneo que carece de planificación central y que es más bien sujeto al dinamismo y a la evolución que la humanidad les imprime a los sistemas en la persecución de su eficiencia y de su propia prosperidad, contribuyendo así de manera insospechada -pero inmensa- a la creación de tinglados sociales mejores y más eficientes. De vuelta a Mises y a parte de su tratado en Economía (“La acción humana”) la praxeología hace imposible el cálculo. Si bien Mises se refería a la planificación central de la economía y a los medios de producción, su lectura de la acción humana es mucho más amplia.

El profesor Hayek, su discípulo -y disculparán ustedes la digresión; en seguida volvemos a Roma- amplió el espectro de análisis de su maestro y señaló que los órdenes espontáneos eran las creaciones más elevadas de la humanidad y cuya

invención no podía endilgarse a un hombre o a una mujer en particular, sino al uso del colectivo del pensamiento (esto lo desarrollaría en su estupendo ensayo sobre el uso del conocimiento en la sociedad): así la generación de riqueza, el lenguaje, la música y Derecho fueron catalogados por Hayek -con todo sentido- como órdenes espontáneos. Que permitieron una aproximación a la Economía que revolucionaría para siempre el mundo y a la que llegaremos más adelante, cuando expliquemos el rol que la ley artificial y exógena ha generado en coartar las libertades en América. Pero antes volvamos al viejo Imperio romano y a la forma en cómo resolvió un problema que surgió de pronto.

La inmensidad del territorio que desde Roma se gobernaba hasta Constantino (que dividiría la administración en dos capitales: Roma y Constantinopla), el sistema de Derecho -que los romanos entendían como expresión máxima de su civilidad, y no como un compendio de leyes- empezó a sufrir una complicación: cuando los ciudadanos ejercían su derecho de acción frente a un juez, el magistrado -muchas veces foráneo al lugar del diferendo- no conocía en realidad el "Derecho" como Roma lo entendía. Pues, si bien conocía los principios y algunas normas básicas, desconocía por completo los usos y las costumbres del lugar en el que debía ejercer jurisdicción. Así, los magistrados romanos encontraron una traba a la hora de ejercer el Derecho, pues parte de lo que en el Imperio se consideraba estructural del sistema: la costumbre local. Fue así, que el Imperio se vio forzado a crear una figura que permita conocer el Derecho local.

Poco tiempo después de la promulgación del edicto Caracalla nacería en el sistema romano de Derecho la figura del pretor peregrino. Su función era sencilla, pero esencial en el esfuerzo de lograr que el juez que fuese a conocer una causa realmente conociese el Derecho. Los pretores peregrinos debían recorrer cada recoveco del imperio tomando nota puntillosa de los usos y costumbres que en cada región se aplicaban. Estas notas eran luego alcanzadas a los jueces para que a la hora de que cualquier ciudadano active su derecho de acción, los magistrados puedan realmente conocer el Derecho entendiendo el elemento esencial que la costumbre jugaba a la hora de impartir justicia. Ahora bien: algunos historiadores han pretendido ver en estas anotaciones de los pretores los primeros antecedentes de la codificación. Y erran: la diferencia está en que las anotaciones recogían costumbres dinámicas. Y los códigos no.

Los códigos, que nacerían en Roma, cobrarían mayor fuerza en Roma Oriental tras la caída de Roma Occidental (476d.C.) y durante la edad media lo que los glosadores y más adelante ya los propios codificadores generarían difiere por completo del viejo trabajo de los pretores peregrinos por un sencillo motivo: los códigos no buscan recoger la costumbre como un elemento dinámico de origen espontáneo y -por tanto- supuesto al cambio que la sociedad trae consigo y el paso del tiempo: los códigos buscan darle perpetuidad a las normas y oponibilidad más allá de cualquier costumbre. Los códigos tienen vocación de homologación y de imposición de las normas, que ya no tienen como fuente principal la costumbre; tienen como fuente principal a la ley. Creación de las mejores mentes jurídicas para ordenar y planificar la sociedad de acuerdo con detalladas reflexiones, pero ajenas necesariamente al ritmo consuetudinario.

Una vez que hubo caído en manos de los bárbaros el Imperio romano de Occidente, la Iglesia católica -que había sido adoptada como fe oficial del imperio por la constante sugerencia de Santa Helena al emperador Constantino, su hijo- se convirtió en uno de los pocos elementos de amalgama entre las naciones europeas. En aquellos siglos, en los que nacería el sistema feudal, Europa sería además invadida por los musulmanes desde lo que hoy es Marruecos, saqueada por los pueblos Vikingos desde Escandinavia hasta el propio mediterráneo y por las tribus magiares venidas del este de Eurasia. El poder regio de las casas gobernantes de proteger a sus súbditos se desmoronó y -otra vez tropezándonos con un ucronismo- el “pacto social” se quebró entre gobernantes y gobernados. Estos últimos prefirieron la seguridad de los señoríos feudales y el sistema de vasallaje a cambio de la protección y la estabilidad de los castillos medioevales.

Los efectos del feudalismo han sido sobremanera estudiados desde prácticamente todas las áreas del conocimiento humano (la aproximación del profesor Rothbard en su “Historia del pensamiento económico” es brillante); sin embargo, la mayoría de los trabajos publicados giran en torno a lo que sucedió con la Economía: la desaparición de la moneda, la ralentización del comercio, la contracción en la generación de riqueza y el aislamiento de varios mecanismos complementarios de generación de conocimiento. Sin embargo, lo que aquí es relevante es que sucedió con el Derecho. La Iglesia católica jugó un rol fundamental, pues la ley de Dios empezó a convertirse en la ley de los hombres. De hecho, la diferencia entre el dolo eventual (dolo) y la culpa consciente (culpa)

es exactamente la misma que teológicamente se plantea entre pecados veniales y pecados mortales. La influencia de la Iglesia en Europa fue mucho más allá.

En una discusión conocida como “Las constituciones de Clarendon”, Thomas Becket argumentaría -frente a la disyuntiva de si la última palabra de ley era la de Dios o la de los hombres- que *ne bis in ídem* (no nos veces por lo mismo, principio fundamental de todos nuestros sistemas de Derecho. Becket lo hizo citando el viejo Libro de Nahum -del antiguo testamento- con su énfasis la caída de Nínive. Así, mientras la alta edad media llegaba a Europa y la burguesía emergía como clase económicamente influyente, se fundaban claustros de pensamiento a lo largo de Europa y se empezaban a sembrar lo que siglos después serían las revoluciones enciclopédicas, ilustradas, industriales y sociales -así como el renacimiento-. La cuestión es que algunas pocas centurias después de Becket, Enrique VIII -de quien ya hablamos- escindiría a su reino de la esfera de influencia de la Iglesia Católica. Y a eso hay que sumarle la distancia marítima.

Europa continental, entonces, empezó un frenético proceso de codificación que llegaría a sus más elevados grados en el reino de Prusia -luego Alemania- y en la Francia napoleónica. Las mentes jurídicas ilustradas se enfrascaron en un intento por interpretar la realidad y tallar las conductas correctas, los usos idóneos y las acciones punibles en códigos que los jueces debían aplicar sin exceder los propios confines que la ley les planteaba. En el continente, lo que se heredó fue el sistema de derecho romano germánico y no el verdadero derecho romano. Las repúblicas americanas somos herederas del *recht* alemán y no del

*ius* romano, mientras que -paradójicamente- los anglosajones sí mantuvieron intacta la esencia del viejo derecho consuetudinario romano. Basta con decir que el Reino Unido no tiene una Constitución propiamente, que los precedentes son la principal fuente de derecho y sigue habiendo pretores peregrinos modernos.

Con la costumbre como fuente esencial de un derecho espontáneo, el sistema anglosajón necesita exégetas que interpreten la realidad en un contexto determinado y sin espacio para divorcios entre los principios de la ley, los antecedentes y el momento y circunstancia histórica. Hoy, sin embargo, ya no es necesario que se vaya a buscar a la costumbre para alimentar a un sistema de Derecho centralizado; pues la costumbre ya se descentralizó. Lo que es necesario es recoger a la costumbre y llevarla a la justicia como interprete de la realidad. Y en ese sistema está la transición del pretor al jurado: un grupo de ciudadanos normales y ajenos a las complejidades del derecho, que interpretan los hechos de su nación y lugar de origen con conocimiento social y sentido común. El derecho anglosajón mantiene el cordón umbilical con el derecho consuetudinario, con el derecho espontáneo, libre y dinámico.

Volviendo, entonces, a las consecuencias del encuentro de Europa con América regresamos a hacer alusión a la fundamental importancia que tiene el contexto histórico y el nivel de madurez imperial de las potencias conquistadoras. Mientras a América Latina llegó un Imperio en pleno auge, a América del Norte llegó un Imperio que se preparaba -recién- para convertirse en la principal potencia mundial. Ese vacío, que el Reino Unido completaría en el tiempo, abrió el espacio -dejó un vacío de poder- para que en los Estados Unidos el Derecho

emerja desde los ciudadanos hasta los tribunales. De manera consuetudinaria, como sucedió en las viejas tierras de las que migraron los nuevos americanos. Aquí, en América del Sur, se impuso un sistema improvisado de leyes que luego se convertiría en las leyes de Indias y que fue diseñado desde la ley para moldear la costumbre. Quizás en ese divorcio reside el origen de la informalidad.

#### **IV. El constitucionalismo mágico y la ley hechicera**

Durante la edad media -y sobre todo en la época del milenarismo- se consideraba que las palabras cargaban en sí mismas con un poder modelador de la realidad. Ejemplos de esto hay miles: desde la maldición del último maestro de la Orden del Temple, Jacques de Molay, a Felipe IV y la extinción de la casa de los Capeto hasta el simple hecho de que se creía que una maldición proferida podía dañar al espíritu del receptor. Por siglos se creyó en la magia de la palabra como un elemento distorsionador -transformador- del entorno de quien la conjuraba. Como dijo -inmortal- el viejo Borges: "Si (como afirma el griego en el Cratilo) el nombre es arquetipo de la cosa, en las letras de "rosa" está la rosa y todo el Nilo en la palabra "Nilo". Prosa invencible, ideas afiladas -quizás un Spinoza más cercano-, pero poeta y genio, a fin de cuentas. Ni estadista ni jurista. El problema está en que en América Latina aún no hallamos la diferencia.

Nuestras constituciones parecen poseídas de la magia que Borges le regaló a las palabras y hemos por más de dos siglos operado bajo las premisas de que si consignamos algún principio o valor -sea en la Constitución o en la ley- las palabras se despertarán del barro como el Golem y transformarán como Fausto

la realidad. -Ja, ja, ja; übermensch- hubiera dicho Mefistófeles frente a tal creencia casi mística de que la conducta humana puede ser -en lo jurídico- planificada y diseñada por ingenieros sociales -fungiendo de legisladores- que logren prever y comprender escribiendo las más sofisticadas leyes y reglamentos para un conjunto de pueblos que, como a un mal injerto, las rechaza. Pues le son ajenas, contradictorias, lejanas y no asumen como ingrediente central las propias costumbres que pretenden ser reguladas y moldeadas. Ejemplos sobran.

En América Latina se cree, por ejemplo, que cambiando la Constitución se va a cambiar la realidad. Cuando las repúblicas no cambian de constituciones, las enmiendan. El error, como explica el profesor Hayek, es una fuente extraordinaria de conocimiento. Si las constituciones son repositorios de errores pasados... ¿Cómo se explica la latinísima vocación por andarlas cambiando? En el Perú, por ejemplo, se ha cambiado de Constitución trece veces. La realidad sigue siendo la misma. En los Estados Unidos nunca se ha cambiado la Constitución, aunque se ha enmendado en numerosas oportunidades, y vaya que ha cambiado la realidad del país, pues hay un vínculo uterino entre la ley y la gente. Entre el pueblo y el sistema. Entre el Derecho y los ciudadanos. La propia declaración de independencia de los Estados Unidos -pieza de alta literatura de Madison- le exige al pueblo nunca dejar subyugarse por el poder.

Queda claro en aquella declaración libertaria y formidable que la Constitución y las leyes están para proteger al individuo del monolítico poder del Estado y no al revés. Es tácito que la minoría más pequeña -como diría luego Ayn Rand- es el individuo y que nada ni nadie tiene derecho a impedirle la persecución de su

felicidad y la búsqueda de su prosperidad con trabajo duro y disciplina. En esa sola idea, algo percutida por el tiempo, reside uno de los conceptos más revolucionarios de la Historia de la humanidad: el sueño americano. Y no hago alusión a la casa de suburbios con la reja blanca frente al porche, sino a la idea de que la creatividad, el temple y el esfuerzo podrán permitir el crecimiento de quien se lo proponga, con un Estado que asegure la vida, la paz, la propiedad y -antes que nada- la libertad de cada uno de sus ciudadanos. Así, hay un matrimonio añejo y real entre el pueblo de los Estados Unidos y sus leyes.

En América Latina el Derecho -por más influencia que hayamos recibido de pensadores brillantes como Andrés Bello o Dalmacio de Vélez Sasrfield- tiene como principal fuente la ley. Y la ley tiende a buscar perpetuidad en el tiempo; lo que -justamente- la aleja de la búsqueda necesaria por comprender el simbolismo cultural, la semiótica, la tradición mestiza y el alma de nuestros pueblos. Eso, por un lado, genera a legisladores en todas nuestras latitudes que creen con convicción que -de lograr una mayoría- pueden derogar la ley de la gravedad sin problemas. Pero por otro lado, y mucho más grave, lleva a que nuestros pueblos no cumplan con las normas no solo por el alto costo que cumplirlas supone, sino porque no han nacido de cada uno de nuestras naciones, sino de injertos cambiantes en el tiempo diseñados por “científicos de la ley” y no por exégetas de la costumbre: allí mismo estriba el origen de la informalidad nuestra.

## **VI. La formalidad como orden espontáneo**

Como hemos dicho ya, la escuela austriaca de economía hizo su principal aporte al pensamiento social, poniendo en evidencia que muchas de las cuestiones que la humanidad entendía como fruto de la naturaleza o de la acción artificial no eran ni una ni la otra; eran más bien fruto espontáneo de la mera acción humana. De la búsqueda de cada individuo por satisfacer sus intereses y del intercambio de valores subjetivos que significa el comercio. Intercambio que -vale recordar- enriquece a ambas partes. Esta contribución quebró el mito de la economía como suma una cero, difundida extensamente por el marxismo; pero también permitió aproximaciones mucho más precisas a fenómenos que han, desde siempre, estado presentes en las discusiones que los pensadores han abordado. Usaré, como ejemplo y analogía, la creación de la riqueza para poder plantear con solvencia mi tesis sobre la formalidad en América Latina y en otras partes.

La informalidad es una condición que ha sido vista, desde siempre, con valoraciones peyorativas por quienes ostentan el poder y ha intentado ser combatida en los países que mayores índices muestran en la región -como el Perú o Guatemala-. La pandemia del CoVid-19 que ha asolado a nuestras naciones este año ha desnudado la fragilidad de muchos de nuestros Estados por justamente no poder ejercer control sobre millones de ciudadanos que viven al margen de la formalidad y que escapan de las regulaciones y normas. Ciudadanos que además no pueden, bajo ninguna lógica, soportar las condiciones de medidas como cuarentenas rígidas, pues sus economías familiares están basadas en modelos de subsistencia en donde lo que se come cada día es fruto del trabajo del día anterior. La informalidad, sin embargo, no es una condición peyorativa. La revolución de América Latina está escondida allí.

Regreso a la generación de riqueza como ejemplo: por mucho tiempo, la academia se preguntó cómo se debía hacer para combatir la pobreza. Poco después, desde la escuela austriaca y varios de sus mejores exponentes se planteó que la pregunta era una contradicción en sí misma. Se explicó que la pobreza no puede ser combatida porque no tiene origen; la pobreza es incausa. La pobreza es la condición humana. Todos los seres humanos nacieron pobres, al igual que las naciones. La cuestión está en que algunos seres humanos y algunas naciones lograron escapar de esa condición y generar riqueza y prosperidad. Bajo esas premisas, el combate de la pobreza es una lucha quijotesca contra un enemigo cuyas raíces no existen. Lo que sí tiene origen y puede estimularse con medidas ya puestas en práctica es la riqueza. Y no es un juego de palabras: la pobreza no tiene origen, la riqueza sí. Generemos riqueza.

Sucede -para ampliar el ejemplo- lo mismo con la ignorancia. La ignorancia es la condición humana y, por tanto, no se puede combatir. No tiene origen y es imposible luchar contra un enemigo cuyas raíces no pueden ser identificadas. Lo que tiene origen es el conocimiento. Y ciertamente hay formas miles de generarlo. Las sociedades han invertido tiempo y dinero -costos ambos- en generar conocimiento que les ha permitido, a través de la tecnología imponerse las unas a las otras y brindarle a su pueblo mayor bienestar. No tendría ningún sentido enfrascarse en una lucha que pretenda derrotar a la ignorancia; mientras que tiene muchísimo sentido invertir lo necesario para generar conocimiento. Esa curiosa paradoja de andar luchando contra condiciones incausas es la que

tiene imbuida a muchas de las repúblicas de esta región del mundo. Sucede, pues, que la informalidad no tiene origen. Es la condición natural de los hombres.

En cambio, la formalidad sí tiene origen. El respeto por las normas y la vocación de contribuir con un pueblo a través del estricto cumplimiento de las normas sí tiene una causa: y esa está en la construcción de sistemas de Derecho que asuman a la costumbre de nuestras naciones -crisoles de cien las sangres y de mil culturas- como la principal fuente de derecho y que deje de entenderse a la informalidad como una condición peyorativa de la que gozan quienes no quieren formar parte de una república -o de un ensayo de república-. La formalidad en nuestras naciones tiene un altísimo costo, supone altas barreras de entrada y -a cambio- poquísimos beneficios. La ley ha terminado siendo un dique de contención con el que el Estado, operado por políticos, perpetúa prebendas y coarta libertades de los ciudadanos. La formalidad en esta región del mundo se ha tratado de imponer, cuando ha debido emerger de las propias gentes.

Uso de ejemplo el Perú: el 70% de la Economía es informal. El 30% de formales considera que el 70% son una banda de pillos que ha escapado del imperio de la ley y que hace sus vidas de espaldas al contrato social que la Constitución reclama. Lo curioso es que este trato, casi de parias, que reciben los informales es bastante extraño cuando estadísticamente los informales son la mayoría, la normalidad. Si es que entendemos a lo normal como una predicción de orden empírico, fáctico y promedial, la informalidad es la norma en el Perú. La formalidad es una excepción que por factores extensos y complejos ha terminado en una posición en la que le resulta más sencillo (y beneficioso)

cumplir con los rigores de la ley cabalmente. Pero se busca a toda costa combatir la informalidad. Y se cae en la fatal arrogancia de la que tanto hemos huido: la informalidad no puede ser combatida porque no tiene causa; la formalidad sí.

## **VII. La revolución está en la ley**

Por mucho tiempo, quizás demasiado, quienes defendemos la libertad económica nos hemos concentrado en la importancia (superlativa por supuesto) del libre mercado, el justo capitalismo y la ausencia de barreras y costos de transacción tienen para nuestros sistemas económicos; sin embargo, todas las medidas que puedan aplicarse regirán solo para aquellos que están dentro del paraguas de la formalidad. La informalidad, que existe en distintos niveles en toda América Latina, parece ser un universo paralelo de transacciones ajenas que el libre mercado permite y que la ley no incluye. Craso error. En la informalidad natural y en su transición espontánea a una nueva formalidad está el león que económicamente duerme en nuestra América. Si diseñamos políticas públicas que se concentren en incluir -con beneficios e incentivos- a los mal llamados informales al cauce de la formalidad nuestro crecimiento será gigante.

Estamos hablando de millones de personas que han sido postergadas por un grupo de Estados paquidérmicos incapaces de ver la potencia creativa, innovadora y de generación de riqueza que en este inmenso grupo olvidado reside. Son millones de americanos que viven sin derechos de propiedad, sin acceso al crédito, sin sistemas de aseguramiento, sin tributar y sin recibir los justos servicios básicos que nuestros Estados ofrecen, al menos en sus

constituciones mágicas. Las repúblicas que logren entender que en esa informalidad natural se esconde la posibilidad de crear un nuevo derecho, solo enmendando el actual, que incluya a esos ciudadanos abrirá la puerta para el primer mundo de la próxima generación. Las revoluciones económicas de apertura a los mercados libres ya se dieron en Chile, Perú, Colombia, Costa Rica, Panamá, México y Uruguay, por ejemplo. Falta la segunda revolución.

Falta la revolución que rompa con el yugo de las cadenas de la ley mágica y que permita sistemas legislativos diseñados para incluir a todos en el mercado libre y en la búsqueda justa de prosperidad. Los socialistas han conquistado -con populismo y retórica obtusa- a buena parte de nuestro continente agudizando contradicciones y planteando una nueva lucha de clases en la que ya no habrá ricos y pobres -solo habrá pobres-; la respuesta que el liberalismo debe plantear a eso está en la forma en cómo se entienda a la informalidad: esas masas inmensas de ciudadanos -con todos sus derechos- pueden, en una sola partida de ajedrez semántico, ser proletarios, sí. Pero también pueden ser emprendedores de nuevas repúblicas que empiecen a permitir concebir un sueño latino. Uno en donde el trabajo libre se vuelva prosperidad y propiedad y que genere riqueza para todos, sin abandonar nuestras tierras por otras lejanas.

Tras doscientos años de la emancipación de los últimos enclaves de poder español en nuestra región hemos sido independientes. Pero todavía no hemos sido libres. Si entendemos a la libertad como ausencia de coacción, seguimos encadenados por la ley mágica y la formalidad importada y mal injertada. Nuestros pueblos no necesitan del Estado para florecer y generar la prosperidad

que América Latina reclama desde hace dos siglos. Necesitan de sistemas legales que les permitan ser parte de estados eficientes y muy pequeños que construyan sistemas jurídicos que sean un calco dinámico de las costumbres mestizas, criollas, indígenas y americanas de las que somos orgullosos herederos. Si esa idea empieza a recorrer a la América nuestra y convertimos a los independientes en libres no habrá fuerza capaz de detener el crecimiento poderoso y geométrico que nuestros pueblos hace demasiado merecen.

Libres solo seremos cuando el poder comprenda que las repúblicas no pueden tener a ciudadanos divididos por la ominosa línea de la formalidad. Es tarea menester diseñar mecanismos de inclusión, incentivos y beneficios para que quienes han quedado al margen de la libertad que ya se logró se integren. La consecución de la libertad será el único camino para que esta tierra repleta de recursos y de posibilidades deje de contrastar con la áspera pobreza de demasiados. La victoria de la libertad -que está más cerca de quienes le temen se atreven a admitir- solo se consagrará cuando no haya ríos profundos que separen a unos ciudadanos de otros en la legítima competencia por alcanzar sus sueños. Y que en esa carrera generen, espontáneamente, riqueza y bienestar para los que los rodean. La independencia ya es nuestra; la libertad para todos está solo a la vuelta de la esquina. Es solo cuestión de ver las cosas al revés.

